

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE

DIREITO

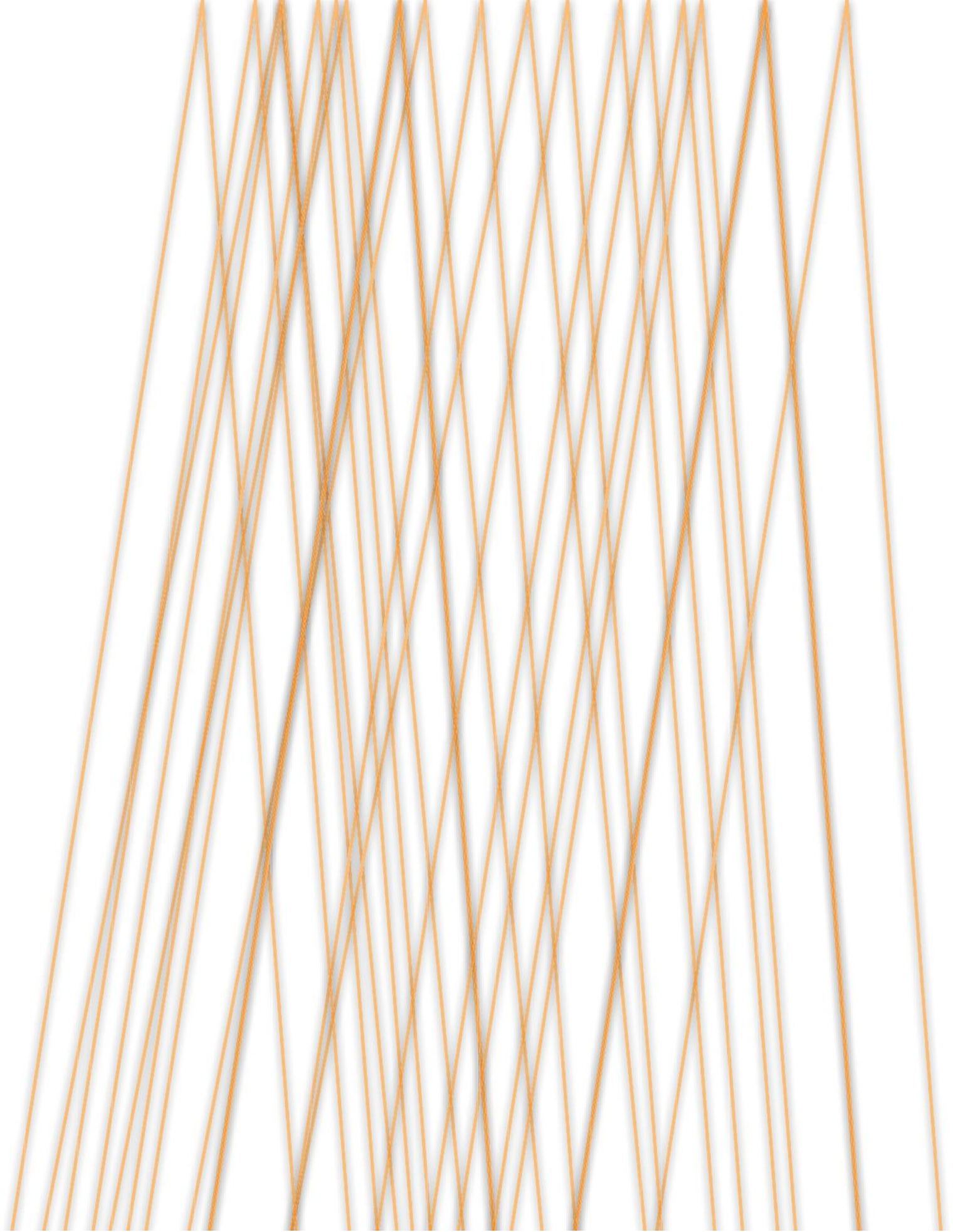
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

Número 21
2/2013



Newton

Quem se prepara, não para.



ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE

DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

Número 21
2/2013



Newton

Quem se prepara, não para.

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva / Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2013-. Disponível na Internet: <
http://npa.newtonpaiva.br/direito/?page_id=34>
n.1.-

Semestral
ISSN 1678-8729

1. Direito - periódicos. 2. Revista Científica. I. Centro Universitário Newton Paiva

CDU 050:34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton Paiva)

Centro Universitário Newton Paiva
Campus Carlos Luz, 220
Unidade Buritis
Belo Horizonte – Minas Gerais



Quem se prepara, não para.

EXPEDIENTE

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE

Antônio Roberto Beldi

REITOR

João Paulo Beldi

VICE-REITORA

Juliana Salvador Ferreira

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO

Marcelo Vinicius Santos Chaves

SECRETÁRIA GERAL

Dorian Gray Rodrigues Alves

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO

Emerson Luiz de Castro

EDITOR DA REVISTA

Gustavo Costa Nassif

CONSELHO EDITORIAL

Professora Mestre Cândice Lisboa Brandão (Newton)

Professor Mestre Emerson Luiz de Castro (Newton)

Professor Doutor Gustavo Costa Nassif (Newton)

Professor Doutor Jorge Claudio de Bacelar Gouveia (Universidade Nova de Lisboa)

Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães (UFMG)

Professor Doutor Ricardo Rabinovich-Berckman (Universidade de Buenos Aires)

Professor Doutor Rubén Martínez Dalmau (Universidade de Valência - Espanha)

Professora Doutora Tatiana Ribeiro de Souza (Newton)

APOIO TÉCNICO

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS DO
CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON
<http://npa.newtonpaiva.br/npa>
Cynthia Mara da Fonseca Pacheco

EDITORA DE ARTE E PROJETO GRÁFICO
Helô Costa
Registro Profissional: 127/MG

ESTAGIÁRIOS DA DIAGRAMAÇÃO:
Laura Senra
Márcio Júnio



EDITORIAL

Caro Leitor,

É com grande satisfação que lhe apresentamos a 21ª edição da Revista Eletrônica do Curso de Direito, um espaço acadêmico aberto ao pluralismo de ideias.

A edição atual é fruto de um grande esforço da comunidade acadêmica que passa por um momento turvado na educação superior e que convive com o imperativo do resgate de um vazio cultural e, não raro, com a desesperança pessoal dos membros que a compõe. Como já assinalado nas edições anteriores, a produção acadêmica é um ato de resistências que se move como um rastro na tensão existente entre o título e o conhecimento. Tradicionalmente os títulos sozinhos nunca foram capazes de formar lideranças, haja vista a necessidade de estarem alinhados com o conhecimento.

Assim, a Revista Eletrônica de Direito tem contribuído para o aprofundamento e a disseminação do saber jurídico, permitindo uma maior aproximação entre a produção do conhecimento técnico e a realidade social.

Além disso, comemoramos os 15 anos de sucesso do Curso de Direito, a razão da existência das nossas publicações. Após uma badalada semana jurídico-cultural, promovida em homenagem a esta renomada Escola, adveio para coroar, o merecido descanso para os incansáveis professores em atenção ao seu dia.

Esta nova edição da Revista Eletrônica de Direito contemplou importantes artigos de professores e convidados; no caderno "Opinião" explorou o ponto de vista jurídico e a experiência de mais um jurista de renome nacional; em homenagem aos nossos alunos, foram publicados os artigos selecionados entre os apresentados como trabalhos de conclusão de curso (TCC).

É assim que resistimos às formas arcaicas do ensino jurídico com uma atuação voltada para o aprimoramento da formação do bacharel em Direito e do amadurecimento da comunidade acadêmica.

Professor Gustavo Costa Nassif
Editor da Revista



SUMÁRIO

OPINIÃO

REFLEXÕES SOBRE A LEGÍSTICA

Raimundo Cândido Júnior

14

CONVIDADOS

CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – PRINCÍPIOS INFORMADORES

APLICÁVEIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ana Luiza Gomes de Araujo, Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Isabel Araújo Rodrigues

17

LICITAÇÕES EXCLUSIVAS: COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO FORMA DE FOMENTO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Gustavo Henrique Campos dos Santos, Josiane Vidal Vimieiro, Maria Isabel Araújo Rodrigues

27

REORGANIZAÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS: INCORPORAÇÕES E CISÕES

Márcio Xavier Coelho

39

O DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS - THE CONSUMER RIGHTS IN VIRTUAL CONSUMER RELATIONS

Michael César Silva, Wellington Fonseca dos Santos

63

PROFESSORES

A DESIGUALDADE DOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS - EM RELAÇÃO AOS DEMAIS TRABALHADORES REGIDOS PELA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo, Vitória Aparecida Pereira Salvio

79

A USUCAPIÃO FAMILIAR E O ABANDONO DO LAR

Leandro Henrique Simões Goulart, Joseane Soares Lapa

91

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 475-J DO CPC NO PROCESSO DE EXECUÇÃO TRABALHISTA

Daniela Lage Mejia Zapata, Marcelo Augusto Pinto de Souza

96

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM: UM BREVE ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO

Aline Serakides Gonçalves, Valéria Edith Carvalho de Oliveira

106

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM CASOS DE CRIMES AMBIENTAIS

Gabriela Cristina Leite Gomes, Iara Veloso Oliveira Figueiredo, Emmanuel Fernandes Versiani,

Larissa de Paula Macedo, Cristian Kiefer da Silva

119

O CRIME É ILUSÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RISCOS E BENEFÍCIOS DAS PRÁTICAS CRIMINOSAS Carlos Magalhães	133
A CONDUÇÃO COERCITIVA DO ACUSADO/INVESTIGADO E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA Ronaldo Passos Braga	145
CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS DEMANDAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, ORIUNDA DE CONTRATO DE TRABALHO: JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 586453 E 583050. Millena Jardim Sousa, Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz	150
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PEC 33/2011 À LUZ DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES Ludmila Stigert, Marcela Santos Leite, Michele Rocha Cortes Hazar, Eduardo Henrique Pereira	164
DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO Flávia Luísa Firmo e Santos, Amanda Helena Azeredo Bonaccorsi	170
PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM: POSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO APÓS A MORTE DO SUPOSTO PAI AFETIVO Fernando Gonçalves Coelho Júnior, Aline Serakides Gonçalves	181
DIREITO PENAL ESPECÍFICO APLICADO ÀS PESSOAS JURÍDICAS: UM DEBATE PARA IDENTIFICAR A SOCIEDADE EMPRESÁRIA DELINQUENTE Weser Francisco Ferreira Neto	184
LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA VERSUS LIBERDADE SEXUAL: RELAÇÕES HOMOAFETIVA NO BRASIL Emerson Barreiros da Silva, Maraluce Maria Custódio	197
ALUNOS	
A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL Camila Cristina Azevedo Castro Teixeira	206
A EQUIPARAÇÃO SALARIAL EM CADEIA Angela Mayara Ribeiro Serra	214
A ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES Cláudia Ruth da Silva	218

TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NAS GRANDES CIDADES URBANAS Débora Lopes Rosa	229
IMPRESCRITIBILIDADE DO BEM PÚBLICO SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE Wallace Santos Silva	239
A INCONSTITUCIONALIDADE DA GUERRA FISCAL RELATIVA A ARRECADAÇÃO DE ICMS Emmanuel Lucas Costa Viana	243
A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TETO SALARIAL NAS HIPÓTESES DE CUMULAÇÃO REMUNERADA CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS Marco Afonso Batista da Silva Júnior	255
A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL Henrique Oliveira Bontempo	261
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ROMPIMENTO DO NOIVADO Nathália Pimenta Braga	266
A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS DO MAIOR DE SETENTA ANOS Alaine Soares Martins Vieira	272
A ADOÇÃO INTERNACIONAL COMO OPÇÃO PRIMÁRIA PARA OS MENORES BRASILEIROS QUE AGUARDAM UMA FAMÍLIA Roannitta Gimenez	278
ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO DIREITO BRASILEIRO Marina Veiga Santos Vitor	284
APLICAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO ESPECIAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 209/2012 Sérgio Henrique Fortes de Castro	289
APLICAÇÃO DA TEORIA DO PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO BRASILEIRO Mariana Baudson Godoi de Queiroz	297

A REVISTA DE PERTENCES COMO FORMA DE CONTROLE: VIOLAÇÃO À INTIMIDADE DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO Fernanda Rodrigues Tavares	309
OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO FEDERALISMO COOPERATIVO Alcione Rodrigues	317
O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS E O ATIVISMO JUDICIAL Letícia Silva de Oliveira	327
A ORTOTANÁSIA SOB A LUZ DO SISTEMA JURÍDICO E SOCIAL BRASILEIRO Adriana Oliveira, Claudio Roberto, Diogo Henriques, Emily Assumpção, Fábio Gomes, Fernanda Mota, Maximilian Barroso, Verônica Macedo	335
BENEFÍCIOS E IMPACTOS DA DESAPOSENTAÇÃO: PROPOSIÇÃO DE DISCUSSÃO Elaine Cristina Oliveira e Guerra	346
DANO MORAL: CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL Luiz Henrique Ferreira Seibert	354
DIREITO DE VISITAS DOS AVÓS Milena Andrade dos Santos	360
DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA Renata Cardoso Lisboa	365
EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA: INEFICÁCIA DIANTE DA IMPENHORABILIDADE DE VERBAS SALARIAIS Gabrielle Ramos da Silva Ribeiro	375
EMBRIAGUEZ NO DIREITO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE AO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 12/2011 Karen Poliana da Silva	383
EVASÃO FISCAL: REFERENTE AO IMPOSTO DO ICMS NO TRANSPORTE ILEGAL DE PASSAGEIROS NO ÂMBITO INTERMUNICIPAL NO ESTADO DE MINAS GERAIS Grazielle Reis de Moraes Pinto	393
GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO A EMPREGADA GESTANTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO. Duanne David Brumkhorst	406

GOVERNANÇA CORPORATIVA Clinton Neyder Leite Junior	414
A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO: UMA FORMA DE FACILITAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO Mateus dos Santos Barros	425
LEI Nº 12.551/2011 E A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CLT: A APLICAÇÃO DA CLT AO TELETRABALHADOR Larissa Rodrigues D'Angelis	432
DA CONSTITUCIONALIDADE DA SOLICITAÇÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO ELABORADO PELA POLÍCIA MILITAR PARA INFRAÇÕES PENAIS PREVISTAS NA LEI 10826/03 E LEI 11343/06 Antônio Gustavo Diniz Matoso	442
NECESSIDADE DO COMUM ACORDO PARA INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA Rosane Ferreira Pinto Alves	454
O CONTROLE DO CORREIO ELETRÔNICO: O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM OPOSIÇÃO AO DIREITO A INTIMIDADE DO EMPREGADO Guttenberg Quinoca da Silva	461
O CONTROLE DOS E-MAILS DENTRO DAS EMPRESAS Cristiane Ribeiro Seabra Antunes	469
O FENÔMENO DA DUPLA PATERNIDADE À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO Bárbara Rodrigues Faria	478
O ICMS TURÍSTICO E A LEI HOBIN HOOD Luciano Guimarães França	488
O PODER DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONFERIDO AO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 Douglas Santiago Diniz	492
O TRABALHO DA CRIANÇA NA MÍDIA TELEVISIVA Marina Silva Torquetti Drosghic	503
O TRIBUNAL DO JURI: JUIZ LEIGO Desiree Tavares da Silva	512

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS E A COMPATIBILIDADE ENTRE O INSTITUTO E AS EMPRESAS SEM FINS LUCRATIVOS	523
Lúcio Márcio de Assis	
POR QUE CONSULTAR OS POVOS INDÍGENAS?	529
Caromi Oseas	
DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE AOS PAIS SOLTEIROS E CASAIS HOMOAFETIVOS MASCULINOS	537
Raissa Izabella Antunes, Prof. Fernando Gonçalves Coelho Júnior	

OPINIÃO

REFLEXÕES SOBRE A LEGÍSTICA

Raimundo Cândido Júnior

Doutorando em Processo Coletivo pela Faculdade de Direito da UFMG; Ex-Presidente da OAB/MG; Professor de Direito Processual Civil

Os modernos computadores, quando neles digitada a palavra *Legística*, sublinham-na de vermelho, como se fosse vocábulo inexistente no nosso léxico, fato a revelar que se trata de ciência ainda desconhecida por muitos, pelo menos com esse nome.

A propósito, lembra Nóbrega Netto que a *Legística*, é área de conhecimento relativamente recente, que se ocupa da elaboração das normas, visando dar qualidade aos atos normativos (1).

Assunção Cristas, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, define *Legística* como "o ramo do saber que visa estudar os modos de concepção e de redação dos atos normativos", dizendo tratar-se da arte de bem fazer as leis, reunindo um conjunto de fundamentos com o objetivo de elaborar a melhor norma possível (2).

Para os professores de Genebra, Alexandre Flückiger e Jean-Daniel Delley, a *Legística* visa racionalizar a produção legislativa, apoiando-se nas ciências sociais, para estabelecer elo com a realidade, e no estudo da comunicação e da linguagem, para a elaboração das normas (3).

Em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFMG, sobre a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação, bem observou Fabiana de Menezes Soares, a *Legística* é um conhecimento sistematizado ainda pouco conhecido no Brasil, tendo ela trazido a cotejo outros vocábulos que designam esse ramo do conhecimento jurídico sobre o qual discorreu: Legisprudência, Legislação, Ciência da Legislação. Segundo ela, a *Legística* deve ser entendida como saber jurídico que evolui com a necessidade de uma legislação mais eficaz (no sentido de estar mais atuante e disponível para a produção de efeitos), com o desafio de compatibilizar o direito codificado com os reclames da sociedade. Mas Fabiana de Menezes Soares adverte que se deve fazer o questionamento da lei, como instrumento exclusivo para consecução de mudanças sociais e com a necessidade de democratizar o acesso aos textos legais (4).

Para André Leandro Barbi de Souza, a *Legística* é a ciência que deve produzir conhecimento para elaboração de uma lei, visando proporcionar qualidade, racionalidade, clareza, coe-

rência, efetividade à norma. Para ele, em termos mais simples, pode-se dizer que a *Legística* dedica-se ao estudo da lei, da sua concepção, da sua redação e da sua razoabilidade. Assim, duas são as áreas de sua inserção: a construção da matéria que comporá a lei (*legística material*); e a redação do conteúdo normativo (*legística formal*).

No dizer de Morand, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Genebra, a *Legística* ficou, por muito tempo, confinada à redação dos textos legais. Contudo, trata-se, segundo ele, de uma disciplina mais vasta, que deve cuidar, também, da maneira como o direito pretende resolver os problemas sociais. Para Morand, deve ser feita, pois, essa distinção entre a *legística formal* e a *legística material*, destacando que "le point commun de ces deux aspects de la légistique réside dans la recherche de l'efficacité" (5).

Para Morand, a *legística formal* estaria ligada à comunicação legislativa, à edição dos textos legais, enquanto a *legística material* trataria de outros aspectos ligados ao conteúdo da legislação. O ponto em comum desses dois aspectos da *legística* residiria na busca da eficácia, evitando-se o que, no Brasil, é comum dizer e se constata, na prática: há leis que pegam e há leis que não pegam. A propósito, enquanto parlamentar, assustado com a sanha legislativa do Parlamento, Delfim Neto dizia temer, a qualquer momento, a revogação da "lei da gravidade", pelo Congresso Nacional...

A lei, *de per se*, não resolve os problemas vivenciados pela coletividade. Os representantes do povo, no melhor estilo *Volksgeist* na voz de Kant, nem sempre disso têm consciência. Por isso, muitas vezes elaboram os textos legais de acordo com a sua própria conveniência e oportunidade. Basta lembrar que a Câmara dos Deputados, recentemente, contrariando as expectativas do povo brasileiro, não cassou o mandato de parlamentar condenado por sentença transitada em julgado e que cumpre pena privativa de liberdade. O artigo 15 da Constituição da República, no seu inciso III, estabelece como hipótese de perda e de suspensão de direitos políticos a "condenação criminal transitada em julga-

do, enquanto durarem seus efeitos". Mas o § 2º do artigo 55 do texto constitucional impõe que, neste caso, a perda do mandato do deputado ou senador "será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa".

Batendo-se contra o ato da Câmara, o deputado Carlos Sampaio e outros impetraram mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal, distribuído à relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que deferiu liminar, suspendendo os efeitos da deliberação do plenário daquela casa legislativa, até o julgamento definitivo daquele *mandamus*.

Segundo Antônio Álvares da Silva, essa medida liminar deferida pelo Min. Barroso estaria a revogar expressamente o citado § 2º do art. 55 da Lei Maior. "Não cabe ao intérprete substituir a vontade da Constituição pela sua própria, colocando-se em posição superior a outro Poder e rompendo o equilíbrio democrático entre eles", pontuou. Desse embate entre os Poderes Legislativo e Judiciário, o professor Antônio Álvares tira uma lição: "a Constituição tem que ser respeitada não só pelo Congresso que a fez, mas também pelo Supremo que a interpreta e, finalmente, por nós, o povo, que temos nela a defesa de nossos direitos e a garantia de nossa liberdade" (6).

Desde os primórdios da humanidade, o homem definiu a lei como o traço que separa os bárbaros dos civilizados. Os seres humanos perceberam a necessidade de regular as ações entre si, para que, na medida do possível, pudessem ter uma convivência pacífica ou quiçá menos conflituosa.

Passagens bíblicas revelam que o próprio Cristo, quando questionado sobre a desobediência à lei sabática pelos discípulos, que se puseram a colher espigas num dia de sábado, foi categórico: -"O sábado foi feito para o homem, não o homem para o sábado!". Sim, porque, também no sábado, era preciso matar a fome. Ou seja, a lei não pode ser feita para escravizar o homem, mas para libertá-lo para as ações indispensáveis à sua sobrevivência digna. Na elaboração das leis, perguntar sobre quais são nossas primeiras preocupações ajudará a escolher o que é mais

essencial para a vida humana. Se fariseus se preocupavam com o cumprimento frio da lei, Jesus quis, através dela, garantir a vida e a dignidade às pessoas.

Dos romanos é conhecida a máxima *legem habemus*: temos lei. E, ainda que seja dura, *dura lex sed lex*, é preciso cumpri-la. Dos italianos vem outro ditado, que questiona o anterior: *fatta legge trovato l'inganno*. Sim, porque, muitas vezes, editada a lei, logo se descobre o seu engano. Sem menoscular os hermeneutas e suas diversas teorias sobre a interpretação das leis, podemos, com Fernando Sabino, invocar o *dura lex sed lex*(7), ou seja, a lei é dura mas estica, não só para os ricos, como sugeria o conhecido romancista mineiro, mas para todos, a fim de que se alcancem os fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum.

Sabemos que não é de hoje a preocupação com a elaboração de boas leis e esse caminho vem sendo perfilhado, ao longo dos tempos, pelos cientistas do direito. O Poder Legislativo, um dos sustentáculos da democracia, é composto por representantes eleitos pelo povo e tem como uma de suas competências a elaboração das normas jurídicas nos âmbitos federal, estadual e municipal. Na formulação dos preceitos que regulam a vida da sociedade e garantem o desenvolvimento do País, mediante a elaboração dessa diversidade normativa, vários aspectos e princípios devem ser observados para a produção do ordenamento jurídico, como a organização sistemática de seus dispositivos, a linguagem a ser utilizada, o preparo técnico de quem o elabora, a intenção política do legislador, a avaliação periódica da norma, entre outros (8).

A inflação legislativa, porém, tem perturbado o ordenamento jurídico, não dando chances para a segurança jurídica nas contendas dos tribunais. Lamenta-se que os elaboradores da lei, muitas vezes atendam aos interesses do governo, sem, contudo, atender aos interesses dos destinatários da norma, dando ensejo, portanto, a uma frustração coletiva. Se houvesse o bom exercício da *Legística*, poderiam ser evitadas invasões do Poder Judiciário no controle legal das normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo. Que o exercício da *Legística* obedeça à sinfonia e à sincronia da vontade democrática, é o nosso desejo.



CONVIDADOS

CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – PRINCÍPIOS INFORMADORES APLICÁVEIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ana Luiza Gomes de Araujo¹

Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto²

Maria Isabel Araújo Rodrigues³

RESUMO: A questão atinente aos limites impostos ao controle jurisdicional de políticas públicas é a tônica deste estudo. As políticas públicas são de grande relevo por sua capacidade de dar efetividade aos direitos fundamentais. Por ser instituto ainda novo para o Direito, elas, ora vêm sendo consideradas atividade política do Estado e, conseqüentemente, não passíveis de controle, ora submetem-se a controle que excede seus limites, definindo a alocação de recursos e as prioridades a serem adotadas. O presente artigo propõe-se a demonstrar a viabilidade do controle jurisdicional, delimitando especificamente os princípios expressos e implícitos aplicáveis a ele. Sobreleva, assim, o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, sem extrapolar os limites constitucionais impostos à sua atuação.

PALAVRAS-CHAVES: Controle; políticas públicas; princípios.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Administrativo e Direito Constitucional

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe a discussão a respeito da incidência do controle jurisdicional sobre as políticas públicas e dos princípios informadores desse controle. Constitui característica do Estado Democrático de Direito a ampliação dos mecanismos de controle sobre a atuação estatal, sendo as políticas públicas manifestações de tal atuação limitadas pelo ordenamento jurídico.

É preciso considerar que o debate a ser empreendido acerca da possibilidade de existência de controle jurisdicional sobre as políticas públicas não exclui a aplicação de outras formas de controle, tais como o controle interno, o controle social e o controle externo exercido pelo Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas. Tais controles, todavia, não são objeto deste estudo.

Luiz Werneck Vianna (1999, p. 22) vislumbra a criação no Poder Judiciário, de uma nova arena pública, na qual os “procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais”, o que, a princípio, não seria propício à formação de homens livres e de uma democracia de cidadãos ativos.

Se, por um lado, a expansão do controle jurisdicional pode gerar certo abandono à opção pelas formas de participação social, por outro, no controle da atuação pública, indubitavelmente, esse enfraquecimento no controle social não pode ser inteiramente atribuído à expansão do controle jurisdicional, mas, sim, à pouca efetividade do controle social, pela carência

de mecanismos coercitivos que levem os poderes a respeitar as decisões adotadas em instâncias de deliberação social.

Visto sob outra ótica, o controle jurisdicional apresenta as vantagens de consistir em mais uma arena de controle, relevante em um país como o Brasil, em que as práticas de vida associativa ainda são incipientes, visto que foram reprimidas por muito tempo, além de possibilitar a tutela das minorias sociais pelo amplo acesso a uma Corte imparcial. Ademais, a opção de controle jurisdicional promove a cidadania ativa se atrelada à democratização do acesso ao Poder Judiciário. Nesse sentido é o magistério de Luiz Werneck Vianna (1999, p. 44): “Importa também que a democratização do acesso à Justiça possa ser vivida como arena de aquisição de direitos, de credenciamento à cidadania e de animação para uma cultura cívica que dê vida à República”.

2 CONCEITO DE CONTROLE E FINALIDADE

Do ponto de vista etimológico, associa-se o controle à idéia de conferência, decorrente de termo de origem francesa. Controle, segundo ensinamentos em aula proferida por Júlio César dos Santos Esteves, citado por Pires e Nogueira (2004, p. 89), deriva de *rôle*, significando listagem contida em longos pergaminhos, nos quais constavam registros de nomes, atos, inventários. O *contre-rôle* era a lista em que se efetuava o confronto com o registro original e servia para verificar os dados. Abrange também as noções de vigilância, orientação e correção, conforme lições de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 632).

Desse modo, mais que simplesmente fiscalizar e corrigir, a função de controle também se destina a orientar a atuação dos órgãos públicos, sentido esse relevante para o trabalho que se está a erigir.

A idéia de controle jurisdicional mudou consideravelmente ao longo dos paradigmas modernos do Estado. Pode-se afirmar que, no Estado de Direito, o controle se limitava meramente à observação da conferência com a lei, exercendo o Poder Judiciário o mero papel de ser a boca que balbucia as palavras da lei.

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário assume papel mais atuante: aplica todo o ordenamento jurídico diante do caso concreto, utilizando de maneira construtiva os princípios e regras, de modo a buscar a adequabilidade da decisão às nuances do caso concreto. Nesse sentido, a decisão tomada consiste em um processo intersubjetiva e racionalmente formado, e não mais na mera aplicação "fria" e isenta da lei.

Por se considerar o controle jurisdicional a partir de seu caráter de definitividade e, ainda, tendo em vista que a jurisdição inclui-se entre as formas de se realizar os fins do Estado, visando à promoção de justiça social e à realização dos direitos fundamentais (PAULA, 2002, p. 88), faz-se, neste trabalho, a opção metodológica por estudar o controle jurisdicional de políticas públicas.

2.1. DISCUSSÕES ACERCA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A efetivação das políticas públicas destina-se à concretização dos direitos fundamentais, submetendo-se ao sistema do Direito. A jurisdicização da política é fato não somente no que se refere ao Direito Administrativo, mas também em outras áreas do conhecimento científico, por exemplo, o Direito do Trabalho. A cada dia, matérias que eram consideradas políticas passam a se submeter ao código do Direito. E, por consequência lógica, tais matérias passam a se sujeitar também às diversas modalidades de controle, dentre eles o controle jurisdicional, configurando-se o que alguns denominam "judicialização da política".

Nesse sentido, afirma-se que a Constituição da República permite e promove a judicialização da política, especialmente a partir da universalização dos direitos e da definição das matrizes de atuação do Poder Público, de modo a realizá-los.

Gilberto Bercovici, citado por Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 61), ao defender o controle de constitucionalidade de políticas públicas, argumenta:

a ideologia constitucional não é neutra, é política, e vincula o intérprete. Os princípios constitucionais fundamentais, como o art. 3º da Constituição de 1988, são a expressão das opções ideológicas es-

senciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, cuja realização é obrigatória para os órgãos e agentes estatais e para a sociedade [...].

Assim sendo, conclui-se que ao Estado cabe garantir a efetividade dos direitos fundamentais e a concretização dos fins previstos no art. 3º da Constituição, de modo que "ante a falha do Poder Executivo (ausência de ação) e a falha do Poder Legislativo (ausência de legislação), resta a atividade do Poder Judiciário para conferir eficácia forçada à política social determinada no art. 3º, da CF". (PAULA, 2002, p. 62)

Nesse sentido, o Poder Judiciário assume o importante papel de primar pela realização da justiça social, estando legitimado por força do princípio do acesso a justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, a apreciar as ocorrências de lesão aos direitos fundamentais, envolvendo políticas públicas a ele submetidas. Não há que se conceber que estaria, assim, o Poder Judiciário substituindo o administrador público, uma vez que aquele atuará em prol da tutela aos direitos fundamentais, em razão de alguma ofensa a eles, e limitadamente aos princípios decorrentes do ordenamento jurídico.

A esse propósito, lembra Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 25) que há forte debate a respeito da legitimidade do Poder Judiciário para apreciar políticas públicas, sob o argumento de que os juízes não são eleitos pelo sufrágio popular, em razão da escolha da maioria, por isso, não poderiam substituir o administrador ou o legislador, por força do princípio da separação dos poderes. Respondendo a esses argumentos, afirma o autor:

A democracia não significa simplesmente governo da maioria. [...] Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).

Nesse sentido, convém questionar a quem interessa a neutralidade e a omissão do Judiciário no que se refere às políticas públicas. Se o princípio da separação dos poderes foi inicialmente idealizado com a finalidade de conter o arbítrio estatal, pode-se afirmar que, atualmente, a remissão a ele de modo a justificar a impossibilidade do controle jurisdicional sobre as políticas públicas visa tutelar a manutenção do *status quo*, dando caráter de "juridicidade" à omissão estatal em seus deveres de realizar os direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Se, o princípio da separação dos poderes foi criado com

a finalidade de coibir os abusos estatais, não se pode remeter a ele para respaldar semelhante abuso estatal que consiste na omissão em efetivar os direitos fundamentais.

Também assim é o entendimento de Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 38): “Constatamos [...] ser um arrematado absurdo apontar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais, uma vez que tal interpretação aniquila a efetividade (correta aplicação) da separação dos poderes”. O autor sugere que o princípio da separação dos poderes seja revisitado, de modo a se redimensionar a função judicial na materialização da Constituição.

Por outro lado, a substituição da Administração Pública pelo Poder Judiciário, que em determinadas circunstâncias chega a formular políticas públicas, face à alegada omissão, também constitui abuso estatal, que merece ser rechaçado.

Nesse sentido, mostra-se inegável a subversão da ordem relativa à supremacia do interesse público sobre o privado, que se dá no âmbito das decisões individuais. Uma decisão que ordene o gasto de um terço do orçamento de um município com a aquisição de medicamentos para um único indivíduo compromete o direito à saúde de toda a população local. Em casos como esse quem acaba por alocar os recursos é o Poder Judiciário, o que sem dúvidas, é uma grande distorção do modelo.

Situações como essas denotam “o discurso dos direitos fundamentais se voltando contra os direitos fundamentais”, na expressão de Daniel Sarmento (2000). As perspectivas da supremacia do interesse público e da proporcionalidade são fundamentais. A judicialização da política pode conduzir, assim, à assunção de um papel assistencialista pelo Poder Judiciário em face de um Executivo que enfrenta crises de financiamento e legitimidade. Convém considerar assim, que tão temerosa quanto a instabilidade legislativa e administrativa casuística é a presença de tal vício na prestação da tutela jurisdicional.

Ademais, conforme alerta Vanice do Valle, a solicitação judicial por uma prestação permite tão-somente presumir que quem demanda não dispõe daquilo que pede. O que importa é saber se esse não dispor decorre de omissão estatal, de ação existente mas defeituosa, ou antes de uma escolha legítima que não priorize o atendimento daquele tipo específico de necessidade em favor daquele segmento de pessoas – e que, portanto, não deva desafiá-la revisão judicial. Contudo, o Judiciário ao exercer o controle de políticas públicas, na grande maioria das vezes, não faz essa reflexão, partindo do pressuposto de que a situação constitui omissão indevida do poder público, que implica no descumprimento dos direitos fundamentais, tutelados pela Carta Constitucional.

O discurso do Estado insensível aos deveres de proteção à dignidade da pessoa humana é sempre mais fácil – e evita o en-

frentamento de questões tormentosas sobre a formulação de escolhas trágicas (Wanderley Guilherme dos Santos 1987) por uma sociedade que não dispõe de recursos (financeiros, humanos, naturais, de toda ordem) infinitos para atender à pluralidade de necessidades decorrentes de condição humana.

É preciso avaliar, portanto, com olhar crítico se é real a suposta aptidão transformadora da judicialização das políticas públicas, ou se ela acaba por reproduzir em maior escala, a diferenciação social vivenciada, aumentando ainda mais o fosso da distinção por comprometer a prestação de políticas públicas, a quem mais depende delas, e que, por razões variadas, não teve acesso ao Judiciário. Não se pode negar que a esmagadora maioria das demandas envolve a solução de casos singulares que, por isso mesmo, tendem a não se revelar significativos no seu potencial de promover efetivamente as desejadas transformações sociais. Cria-se assim, uma seletividade dos direitos fundamentais, o que não é contemplado pela teoria de tais direitos. A título de exemplo, pode-se imaginar o direito à saúde, assegurado no texto constitucional sob o signo da universalidade, culmina por ser tutelado tão-somente àqueles que têm acesso ao Poder Judiciário.

Ademais, não se pode olvidar que o juiz no âmbito de sua decisão judicial não tem conhecimento de quantas outras sentenças já foram proferidas em face do ente público, assegurando determinado direito, de modo que, no limite, pode vir a proferir uma decisão judicial impossível de ser cumprida, pela impossibilidade material do objeto (por exemplo, assegurar a internação compulsória de um paciente, em um hospital psiquiátrico, no qual todos os leitos já estão cheios, ocupados por pacientes que adquiriram provimento judicial).

Sinaliza ainda, Vanice do Valle que a formação exclusivamente jurídica limita a capacidade de compreensão da realidade controlada (especialmente das políticas públicas correspondentes). “Há um distanciamento entre a lógica de quem julga e a realidade de quem executa”.

É tarefa do Poder Judiciário a tutela à Constituição e a garantia de sua efetividade, não podendo, portanto, encontrar guarida no princípio da separação dos poderes, a omissão estatal desarrazada no cumprimento desse dever. Apontam-se as vantagens de se admitir o controle jurisdicional, que configura como mais uma arena de controle, permitindo a expansão do pluralismo, sendo necessário, é claro, a observância de limites a atuação do Judiciário no controle, sob pena de o controlador se tornar, ele próprio, sem controle. Contudo, a matéria exige cautela de modo que “não seja o texto fundamental, principal pilar da isonomia, o pretexto para a consagração – em seu nome – da prática judicial da desigualdade.” (Vanice Valle)

Feitas essas observações e considerando, ainda, que o controle jurisdicional de políticas públicas, quando apropriado à questão submetida à análise deve sofrer limitações em razão de condicionantes decorrentes do ordenamento jurídico, é que se procederá a um esforço, semelhantemente ao que já foi feito pela doutrina em matéria de licitações e serviços públicos, de tentar delimitar princípios a serem observados no controle jurisdicional de políticas públicas.

2.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste tópico, tentou-se delimitar princípios implícitos e explícitos, decorrentes da aplicação do ordenamento jurídico, que servirão de limites à atuação do Poder Judiciário no controle do planejamento, execução e avaliação de políticas públicas, bem como nos casos de omissão.

2.2.1 Princípio da universalidade

As políticas públicas se concretizam visando garantir a efetividade aos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República. Tais direitos se destinam a todos, indistintamente, não sendo cabível discriminações de qualquer natureza, exceto se para realizar o princípio da igualdade, como vem ocorrendo nas ações afirmativas. Esse é o entendimento de Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 23), segundo o qual “a exigência é de que os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (idéia de universalidade) implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário tratamento idêntico”.

Assim, o Poder Judiciário deve adotar como baliza no exercício do controle sobre as políticas públicas a idéia de que estas devem se destinar a toda a coletividade, atendendo a todos aqueles que se encontrem em situação semelhante, só sendo cabíveis as exclusões de atendimento que decorram de limites razoáveis, genéricos e objetivos.

Mostra-se necessário orientar-se na busca da plena universalização e efetividade dos direitos fundamentais, pois, nas palavras de Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 22), “deve-se partir do princípio que tudo que está na Constituição Federal obriga”.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que, no Brasil, as carências pela efetivação de direitos fundamentais são inúmeras e a sua realização condiciona-se a critérios variáveis de região para região, tais como a capacidade financeiro-orçamentária, o que fez com que, de modo geral, ganhasse relevância o princípio oriundo do direito alemão da reserva do possível, segundo o qual os direitos subjetivos à prestação material do Estado encontram-se condicionados a disponibilidade de seus recursos financeiros.

Alerta Andreas Krell (2002, p. 53) que no Brasil, assim como em outros países periféricos, questão que assume grande relevo na aplicação do princípio da reserva do possível diz respeito à delimitação de quem terá a legitimidade para definir o que seja “o possível na área de prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos”. Ao que parece, a delimitação do “possível” deverá ser adotada em cada caso, com a participação de todos os interessados e prováveis afetados, não se limitando à análise do Poder Judiciário.

A aplicação desse princípio ao caso brasileiro apresenta inúmeras limitações, dado que não se pode buscar transferir a discussão dos limites do Estado Social europeu e sua redução no que diz respeito à prestação de determinados direitos para um país como o Brasil, que sequer chegou a vivenciar, de fato, o Estado de Bem-Estar Social.

No caso brasileiro, “o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero” (KRELL, 2002, p. 54). Desse modo, no controle de políticas públicas devem ser consideradas as variáveis financeiras orçamentárias, mas sem desconsiderar a necessidade do atendimento ao “mínimo existencial”, idéia oriunda do direito alemão.

A noção de mínimo existencial está intimamente relacionada à garantia de condições materiais de existência digna, e para que ela seja usada sem que gere uma minimização dos direitos fundamentais é indispensável que seja conjugada com o princípio da progressividade do atendimento que será tratado em seguida.

Pode-se concluir, portanto, que a extensão do mínimo existencial em países em desenvolvimento como o Brasil é muito maior do que nas nações européias onde surgiu tal princípio, dado que no Brasil as necessidades mais básicas dos cidadãos ainda não foram satisfeitas.

Sendo assim, compete ao Poder Judiciário, no exercício do controle sobre as políticas públicas concretizadas, firmar, diante do caso concreto e com a ampla participação das partes, o que deve ser considerado como o mínimo existencial, em uma situação de “reserva do possível”, em prol da universalização da prestação social.

2.2.2 Princípio da progressividade do atendimento

Como afirmado, o princípio da progressividade do atendimento pode ser adotado juntamente com o princípio do mínimo existencial, de maneira a garantir o mínimo de satisfação de direitos sociais fundamentais necessários à dignidade da pessoa humana, e que a esse mínimo vá crescendo sucessivamente, outros direitos fundamentais, de forma progressiva.

Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 21) ao tratar dos direitos sociais fundamentais, assevera que seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. A caminhada a que Clève se refere, que dependerá da expropriação e da alocação de recursos, sugere a idéia de se tratar do planejamento orçamentário. De modo que a prestação de direitos sociais decorrerá da capacidade orçamentária do Estado, sempre de maneira progressiva.

O princípio da progressividade do atendimento apresenta como consequência lógica a impossibilidade de retrocesso. Cumpre considerar que ocorre aceitação geral à não-efetivação de todos os direitos sociais tais como previstos na Constituição em razão de questões orçamentárias, e limitações de ordem financeira e econômica. Logo, por essas questões financeiras se aceita a prestação do "mínimo existencial" para a realização da dignidade da pessoa humana, quando, na realidade, a Constituição da República consagra muito mais que o mínimo. Todavia, contenta-se com o mínimo sob a justificativa da progressividade do atendimento, ou seja, de que no longo prazo todos os direitos sociais serão efetivamente prestados à coletividade. Destarte, sob esse raciocínio, seria contraditória a idéia do retrocesso, no princípio da progressividade de atendimento.

Vedado o retrocesso, compete ao Judiciário barrar políticas públicas que venham a ser executadas, de modo a revogar programas prestacionais anteriores, sem criar nova forma de tutela no que concerne aos direitos que vinham sendo prestados. Importante, ainda, considerar que as prioridades a serem progressivamente satisfeitas não podem ser eleitas *a priori*, posto que apenas diante do caso concreto, com a participação e o embate dos interessados, será possível apontar os focos mais carentes da atuação estatal.

Destarte, os recursos públicos devem ser bem alocados e tal alocação não compete ao Poder Judiciário. Segundo Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 26), "o cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas".

2.2.3 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência possui *status* constitucional, estando previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República, por força da Emenda Constitucional n° 19/98. Tal princípio, nas palavras de Juarez Freitas (2004, p. 73) preceitua, em síntese, que "o administrador público está obrigado a trabalhar tendo como parâmetro a busca da melhor atuação (fundamentável como tal)", tendo o compromisso indeclinável de buscar a "solução mais adequada economicamente ao gerir a coisa pública".

Aplicando-se esse princípio às políticas públicas, afirma-se que estas devem buscar sempre a solução que melhor atenda aos interesses coletivos com o menor custo. Todavia, entende-se que o princípio da eficiência não se limita apenas a essa abordagem econômica, envolvendo as variáveis de custo e benefício. Além disso, há que se abordar também a eficiência social que leva muitas vezes à adoção de comportamentos que, embora ofereçam custo nominal mais alto, apresentam externalidades positivas, em virtude dos benefícios sociais gerados. Por exemplo, é eficiente, sob o aspecto social, comprar determinada mercadoria por valor superior ao valor de mercado, se o produto em questão é fabricado por crianças carentes, auxiliadas por programas assistenciais que se mantêm economicamente pelo dinheiro arrecadado nas vendas. Essa mesma lógica deve ser aplicada às políticas públicas, que devem buscar não só a eficiência do ponto de vista econômico, como também sob o aspecto social.

Segundo Juarez Freitas (2004, p. 75), a necessidade prementemente da observância do princípio da eficiência se deve ao fato de que nosso país insiste em praticar, em todas as searas, desperdícios ignominiosos dos escassos recursos públicos. Não raro, prioridades não são cumpridas. Outras tantas vezes, obras restam inconclusas, enquanto se principiam outras altamente questionáveis. Traçados de estradas são feitos em desacordo com técnicas básicas de engenharia. Decisões de obras são tomadas em rompantes conducentes a erros amazônicos. Mais: escolas são abandonadas e, ao lado, inauguram-se novas. Hospitais são sucateados, enquanto se iniciam outros. Materiais são desperdiçados acintosamente. Obras apresentam projetos básicos que discrepam completamente dos custos finais em face de erros elementares.

Por essas razões, apresenta-se a eficiência como princípio de grande relevância no exercício do controle jurisdicional de políticas públicas, de modo a coibir que sejam formuladas políticas destituídas de preocupações relevantes de cunho social em áreas que, muitas vezes, não são prioritárias, meramente com intuítos secundários, ou eleitoreiros.

2.2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme preceitua o art. 1º, III, da Constituição da República. Para o autor português Paulo Ferreira da Cunha, citado por Andreas Krell (2002, p. 62), não haverá direito à vida sem direito à vida digna. Donde, se é lícito daí deduzir direitos de defesa contra o arbítrio e mesmo direitos políticos [...], *a fortiori*, ou, ao menos *a pari* se poderá reclamar a exigência de meios materiais de sobrevivência mínimos: uma certa propriedade [...] e alguns direitos sociais, assistenciais.

Tal princípio encontra-se diretamente relacionado ao princípio

do mínimo existencial, uma vez que o principal parâmetro à configuração desse "mínimo" é a realização da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a generalidade da concepção de dignidade da pessoa humana, de acordo com Ana Paula de Barcellos (2000, p. 159), chega até mesmo a contemplar concepções diversas, eventualmente contraditórias, por se tratar de um princípio vago e de conteúdo indeterminado.

Salienta a autora (2000, p. 175) que a Constituição da República, em alguns de seus dispositivos, prescreve direitos mínimos que compõem a noção de dignidade da pessoa humana, como o são, por exemplo, o acesso ao ensino fundamental, o direito à saúde mínima e a assistência aos desamparados.

Nos outros casos, diante da situação apresentada, caberá ao Poder Judiciário sopesar o que se faz necessário para realizar a dignidade da pessoa humana e, ainda, que tipo de comportamento atenta contra tal princípio, considerando em seu julgamento que "uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contido naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em terreno jurídico" (BARCELLOS, 2000, p. 178).

De sorte que, o controle jurisdicional a ser exercido sobre as políticas públicas, com a finalidade de realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, não se dá de maneira livre, uma vez que o próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana, embora amplo, comporta seu conteúdo mais essencial, diretamente relacionado ao mínimo existencial tutelado pela Carta Constitucional. De outro modo, a dignidade da pessoa humana, não é um conceito indeterminado, exceto se considerar que tais conceitos comportam interpretação, e nunca discricionariedade em sua aplicação, como o faz Eros Grau (1995, p. 317).

2.2.5 Princípio da instrumentalização dos direitos fundamentais

Andreas Krell (2002, p. 18) apresenta, com grande propriedade, a situação paradoxal brasileira, em que, a despeito de a Constituição da República estipular uma série de direitos fundamentais sociais, para a maioria da população essa aparenta ser uma "categoria referencial bem distante". Nas palavras do autor, encontram-se em contradição flagrante a pretensão normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a maioria da sua população.

Discute-se, cada vez mais, a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional mediante realização de programas e políticas governamentais. Agravando essa situação de distanciamento entre a Constituição e a realidade, ressalta-se o disposto no art. 5º, § 1º, mediante o qual

"as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Mostra-se, assim, que nem mesmo tal dispositivo constitucional conseguiu dar a concretude necessária aos direitos sociais fundamentais, o que é grave, dado que "a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos" (KRELL, 2002, p. 23).

Nesse contexto, o planejamento e a execução de políticas públicas apresentam o relevante papel de instrumentalizar os direitos fundamentais, dando-lhes efetividade. Pode-se afirmar, assim, que o planejamento e a execução de políticas públicas são instrumentos utilizados para dar concretude aos direitos fundamentais.

Nesse prisma, o Judiciário, ao exercer o controle sobre o planejamento e a execução de políticas públicas, além de observar o respeito aos princípios previstos no art. 37, da Constituição da República, a universalidade e a progressividade do atendimento, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana, deverá analisar também se eles destinam à efetivação dos direitos fundamentais.

2.2.6 Princípio da construção discursiva das políticas públicas

Além de apresentarem o caráter instrumental, uma vez que se destinam à efetivação dos direitos fundamentais, as políticas públicas, no paradigma do Estado Democrático de Direito, devem ser construídas de maneira discursiva.

Tal paradigma envolve a idéia de construção emparceirada das decisões públicas, ou seja, a sociedade civil é convidada a participar da formação da vontade estatal e da Administração Pública. "Essa nova conformação da esfera pública é dada no intuito de substituir a autonomia privada do indivíduo pela autonomia social dos participantes no procedimento" (DIAS, 2003, p. 151)

Para tanto, faz-se necessária a ampliação dos canais de participação, conferindo a todos os interessados a possibilidade de vocalização de suas demandas e participação nas decisões, no procedimento de formação do direito e das políticas públicas.

A idéia de procedimentalidade e a de discursividade apropriadas à formação de políticas públicas conferem-lhe legitimidade, uma vez que pressupõem que os destinatários da política pública participaram na sua elaboração, mediante deliberação coletiva. Além do caráter discursivo, as políticas públicas possuem também caráter emancipatório.

Nesse sentido, afirma-se que a verdadeira cidadania é emancipada. Sob essa máxima, as políticas públicas devem se prestar à integração dos cidadãos, e não à mera inclusão deles. A noção de integração carrega em seu bojo a idéia de emancipação, pois parte do pressuposto de que, uma vez assegurado aos cidadãos o acesso igualitário a bens e serviços, eles estão capacitados para enfrentar

as dificuldades sociais sem necessidade de recorrer às políticas assistencialistas. Desse modo, é necessário integrar para emancipar.

Sendo assim, ao Poder Judiciário, em observância a esse princípio, compete, no controle sobre as políticas públicas, examinar a igualdade de condições e a autonomia dos interessados na participação nos processos de deliberação de políticas públicas, visto que, segundo Habermas, citado por Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 153), no paradigma procedimental do direito “presupõe-se a institucionalização de procedimentos comunicativos para uma formação de vontade e de opinião discursivas que, por sua vez, habilita o exercício da autonomia política dos indivíduos”.

Uma vez discutido o controle jurisdicional sobre as políticas públicas, tomando como parâmetro, para tanto, os princípios explícitos e implícitos condicionadores da atuação do Poder Judiciário, faz-se, a seguir uma abordagem a respeito da aplicação do princípio da reserva do possível, pelo Poder Judiciário, em matéria de políticas públicas, à luz da teoria da ponderação de interesses.

3 A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 45 E A RESERVA DO POSSÍVEL

O princípio da reserva do possível foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal, entre outras ocasiões, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 45, ajuizada no Supremo Tribunal Federal, pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), no dia 15/10/2003, contra ato do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, que consistiu no veto sobre o § 2º do art. 55, posteriormente renumerado para art. 59, da proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 – Lei de Diretrizes Orçamentárias. Confira-se o dispositivo vetado:

§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

O autor ingressou com a ADPF por entender que o veto presidencial consistiu em afronta a preceito fundamental consubstanciado na Emenda Constitucional n° 29/2000, que foi promulgada com o fito de garantir o repasse de recursos mínimos destinados à aplicação nas ações e serviços públicos de saúde.

O Presidente da República, após ter emitido o veto ao dispositivo citado, remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei que se converteu na Lei n° 10.777/2003, cujo art. 1º restau-

rou integralmente o mandamento do citado § 2º que havia sido vetado. Desse modo, deu-se a perda do objeto da ADPF 45.

Não obstante a perda de objeto, o Ministro Relator Celso de Mello não se limitou a declarar o arquivamento dos autos, mas tratou a respeito da tarefa da concretização de políticas públicas, a qual, segundo ele, evidencia, de forma expressiva, a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF, que não pode se esquivar do encargo de “tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais [...] sob pena de o Poder Público por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”.

Afirma o relator que, apesar de não se incluírem entre as funções do Judiciário a formulação e a implementação de políticas públicas, que competem ao Executivo e ao Legislativo, tais incumbências, excepcionalmente, poderão caber ao Judiciário, quando os órgãos estatais competentes “vierem a comprometer [...] a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”.

Complementa o Ministro Celso de Mello a respeito das normas programáticas:

O caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converte-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposter-gável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

A despeito de entender que as normas, ainda que de caráter programático, devem ser efetivadas, o Ministro Celso de Mello relativiza a aplicação das normas delimitadoras de direitos fundamentais sob a alegação de que serão implementadas no “limite do possível”, o que leva à concepção de que seriam valores e, não normas, passíveis, portanto, de ser aplicados em diversos graus, como afirma Marcelo Galuppo (1999, p. 196). Desse modo, apresenta o relator justificativa para o descumprimento dos direitos fundamentais pelo Poder Público, mediante a retirada de normatividade de tais direitos.

Tal possibilidade de realização dos direitos fundamentais na medida do possível denota o caráter axiológico com o qual são tratados pelo Supremo Tribunal Federal. Como afirma Marcelo Galuppo (1999, p. 196), “se é possível uma aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídi-

cas”, as quais se situam no âmbito deontológico (do dever ser) e, portanto, possuem um código binário e não gradual de aplicação.

Nesse sentido, segundo o autor, a possibilidade de gradação de aplicação de princípios em confronto, diante do caso concreto, retiraria deles a normatividade, denotando serem eles valores.

A par dessas considerações doutrinárias a respeito de se a hierarquização entre princípios diante do caso concreto, mediante a técnica de ponderação (Alexy), denotaria ou não caráter axiológico, ou se, diante do caso concreto, apenas um princípio poderia ser aplicado (Dworkin), a preocupação que surge, na realidade, quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à validade dos direitos fundamentais, condicionada aos limites impostos da reserva do possível, situa-se na possibilidade de que o fato da (in) existência de recursos públicos sirva como limite à aplicação dos direitos fundamentais.

Não se ignora a limitação de recursos e o impacto que ela apresenta na atividade prestacional estatal. Mas o princípio da reserva do possível não pode ser considerado aprioristicamente como o critério definidor da solução para a situação contenciosa, sob pena de, mediante simplificação da prestação da tutela jurisdicional, distanciar-se do ideal de justiça, pela desconsideração da complexidade que envolve o ordenamento jurídico, da concorrência de outras normas aplicáveis, que, no atual paradigma, devem ser observados diante do caso concreto.

A adoção exclusivamente da reserva do possível parece inadequada no Estado Democrático de Direito, considerando-se, de antemão, que o fato relacionado à disponibilidade financeira do Estado é o limite à aplicação das normas. Há vários outros princípios que devem ser observados diante do caso concreto, como o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, e que não devem ser obstados pela limitação financeira estatal. Nesse mesmo sentido é o magistério de Daniel Sarmiento (2000, p. 74) segundo o qual

a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a situação mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.

É o que se sugere seja considerado na atuação do Poder Judiciário que nem deve se exceder, criando políticas públicas, nos casos de omissão do Executivo e Legislativo, exercendo

atividade que compete à órbita das decisões políticas que envolvem a escolha de prioridades e alocação de recursos em matéria de políticas públicas, nem deve se omitir sob o fácil argumento da reserva do possível.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tese da incidência do controle jurisdicional sobre políticas públicas encontra, na doutrina administrativista, focos de resistência, seja por uma compreensão restritiva do princípio da separação dos poderes, seja pela disseminação da noção de que atos políticos não se sujeitam ao controle pelo Poder Judiciário.

Contudo, pode-se afirmar que, se o princípio da separação dos poderes foi inicialmente idealizado com a finalidade de conter o arbítrio estatal, atualmente, a remissão a ele de modo a justificar a impossibilidade do controle jurisdicional sobre as políticas públicas visa garantir a manutenção do *status quo*, dando um caráter de pretensa “juridicidade” à omissão do Estado quanto aos seus deveres de realizar os direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Nesse sentido, entende-se competir ao Poder Judiciário, à luz do princípio da separação dos poderes, a tarefa de tutelar a Constituição, de modo que os preceitos nela contemplados tenham efetividade, não podendo, portanto, encontrar guarida na doutrina da separação dos poderes, a omissão estatal desarrazoada no cumprimento desse dever.

Por outro lado, a idéia de que as políticas públicas não são passíveis de controle pelo Poder Judiciário, ao argumento de que seriam atos políticos também não merece prosperar, uma vez que na Constituição brasileira, a previsão do controle jurisdicional é garantia dos cidadãos, não havendo, assim, exceção a permitir a crença em atos não sujeitos ao controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV).

Além disso, experimenta-se uma aproximação cada vez maior da política em relação ao sistema do direito, o que se dá, notavelmente, por meio da Constituição, podendo-se falar atualmente em políticas públicas jurisdicizadas já no plano constitucional.

Desse modo, o controle jurisdicional apresenta-se como aplicável às políticas públicas em suas várias fases, planejamento, execução e avaliação, as quais sofrem diferentes limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Se, por um lado, a expansão do controle jurisdicional pode gerar certo abandono à opção pelas formas de participação social no controle da atuação pública, indubitavelmente, esse enfraquecimento no controle social não pode ser inteiramente atribuído à expansão do controle jurisdicional, mas, sim, à pou-

ca efetividade do controle social, pela carência de mecanismos coercitivos que levem os poderes a respeitar as decisões adotadas em instâncias de deliberação social.

Visto sob outra óptica, o controle jurisdicional apresenta as vantagens de consistir em arena especial de controle, relevante em um país como o Brasil, em que as práticas de vida associativa ainda são incipientes, uma vez que foram reprimidas por muito tempo, além de possibilitar a expansão do pluralismo, garantindo que minorias e grupos de pequena expressão possam questionar e influir nas decisões estatais, mediante o acesso a uma Corte imparcial, que não pode se eximir de julgar os casos que lhe sejam apresentados.

Para que isso realmente ocorra, necessária se faz a criação de instrumentos de garantia de democratização do acesso ao Poder Judiciário, além da demarcação de princípios limitadores à atuação jurisdicional, no controle sobre políticas públicas, sob pena de o controlador se tornar, ele próprio, sem controle. Nesse sentido, o objetivo maior com este trabalho foi identificar tais princípios aplicáveis à atuação do Poder Judiciário, em sua atividade de controle sobre políticas públicas.

Em termos práticos, diante da omissão na implementação de políticas públicas que não tenham suas matrizes de planejamento positivadas, não poderá o Judiciário, substituindo o administrador público, formulá-las de modo a sanar a omissão. Havendo, contudo, matrizes do planejamento da política positivadas, o Poder Judiciário atuará cuidando para que elas sejam executadas, o que se dará por mero controle de legalidade.

Diante das políticas públicas já concretizadas, o Poder Judiciário poderá analisar a observância aos princípios constitucionais, situação na qual tal órgão atuará em observância aos princípios da progressividade de atendimento, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, entre outros.

Finalmente, em sua atuação de controle às políticas públicas, o Poder Judiciário deverá estar atento ao seu papel preponderante de tutela à ordem constitucional e efetividade aos direitos fundamentais, de modo a não se eximir de tão relevante função, por meio de alegações evasivas referentes à separação dos poderes ou à reserva do possível. Tais limitações à atuação judicial existem, de fato, mas não devem ser consideradas aprioristicamente, e, sim, diante de todas as nuances e circunstâncias envolvidas no caso concreto.

REFERÊNCIAS:

BARCELLOS, Ana Paula de. *Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 159-188, v. 221, jul./set. 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, jul./dez. 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno. Novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALUPPO, Marcelo. *Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. *Controle da administração pública e tendências à luz do estado democrático de direito*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 2, abr./jun. 2004.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A trágica condição da política social*. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde podem nos levar as asas de Ícaro*. Disponível em <http://www.academia.edu/3333603/JUDICIALIZACAO_DAS_POLITICAS_PUBLICAS_NO_BRASIL_ATE_ONDE_NOS_PODEM_LEVAR_AS_ASAS_DE_ICARO> Acesso em: 20 abril de 2013

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, especialista em Direito Público pela PUC/MG. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Gerente do Núcleo de Referência da Memória do Professor Paulo Neves de Carvalho. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Áreas de interesse: Direito Administrativo e Administração Pública. Endereço para correspondência: Alameda das Acácias, 70, 2º andar, São Luís, CEP 31275-150, Belo Horizonte/MG. Email: ana.araujo@fjp.mg.gov.br; tel. 3448.9636

2 Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela UFMG, especialista em Auditoria e Controle Externo pela PUC/MG. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação Lato e Stricto Sensu da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Diretora-Geral da Escola de Governo/FJP. Servidora de carreira do TCE/MG. Áreas de interesse: Direito Administrativo, Administração Pública, Auditoria e Controle. Endereço para correspondência: Alameda das Acácias, 70, 2º andar, São Luís, CEP 31275-150, Belo Horizonte/MG. Email: luciana.raso@fjp.mg.gov.br; tel. 3448.9712

3 Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo/FJP, especialista em Auditoria e Controle Externo pela PUC/MG. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Coordenadora do Curso de Administração Pública da Escola de Governo. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Áreas de interesse: Direito Administrativo e Administração Pública. Endereço para correspondência: Alameda das Acácias, 70, 2º andar, São Luís, CEP 31275-150, Belo Horizonte/MG. Email: isabel.rodriques@fjp.mg.gov.br; tel. 3448.9592

LICITAÇÕES EXCLUSIVAS: COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO FORMA DE FOMENTO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Gustavo Henrique Campos dos Santos¹

Josiane Vidal Vimieiro²

Maria Isabel Araújo Rodrigues³

RESUMO: As microempresas e empresas de pequeno porte representam um grande potencial de geração de emprego e renda, contribuindo para incremento da economia brasileira. Segundo o Sebrae, em 2010, as pequenas empresas eram responsáveis por 99% dos estabelecimentos brasileiros, mais da metade dos empregos formais e por parte expressiva da massa de salários paga aos trabalhadores deste segmento. O Estado de Minas Gerais, por meio de política de fomento deste segmento, editou o Decreto nº 45.749, que estabelece a obrigatoriedade de exclusiva participação das entidades de menor porte nas licitações de até R\$ 80.000,00 promovidas pela sua Administração direta, autárquica e fundacional. À luz da referida norma, o estudo faz uma análise econômica e de participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações de Minas Gerais após promulgação do Decreto. Como resultado da pesquisa, comprovou-se que houve aumento no volume total de recursos homologados para as pequenas empresas, bem como aumento na participação do total de processos vencidos.

PALAVRAS-CHAVE: Microempresas; empresas de pequeno porte; licitações exclusivas.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Administrativo

1 INTRODUÇÃO

A crescente automação dos processos produtivos e o achatamento da estrutura organizacional tem ocasionado uma maior redução dos postos de trabalho nas médias e grandes empresas brasileiras. Tal fenômeno tem colocado em pauta a importância das micro e pequenas empresas (MPE) para o crescimento do País.

Fato é que os pequenos negócios possuem grande potencial de geração de emprego e renda, contribuindo para o desenvolvimento da economia brasileira. Calcula-se que as micro e pequenas empresas são responsáveis por 99% dos estabelecimentos brasileiros, mais da metade dos empregos formais e por parte expressiva da massa de salários paga aos trabalhadores deste segmento (SEBRAE, 2011a).

O potencial das entidades de menor porte é reconhecido pelo Estado, que, focado em estratégias de modernização, sempre busca alternativas de fomento a estas atividades. A exemplo disto, foi publicada em 14 de dezembro de 2006, a Lei Complementar nº123. Conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a norma simplifica obrigações administrativas e tributárias destas entidades, além de estabelecer tratamento diferenciado e especial nas compras públicas promovidas pela União, Estados e Municípios.

Em meio a este processo, o Estado de Minas Gerais, buscando alinhar o seu poder de compras ao desenvolvimento da economia

mineira e também da nacional, editou, em 05 de outubro de 2011, o Decreto nº 45.749, que estabelece a obrigatoriedade de exclusiva participação das entidades de menor porte nas licitações de até R\$ 80.000,00 quando promovidas pela sua Administração direta, autárquica e fundacional.

A importância do setor de compras governamentais pode ser aferida pelo volume de recursos despendidos na compra de bens e serviços. Em Minas Gerais, de acordo com dados do Portal de Compras do Estado de Minas Gerais, os valores relativos às compras giraram em torno de R\$2,67 bilhões em 2011 e alcançam R\$2,35 bilhões nos 10 primeiros meses de 2012.

Diante do exposto, o objetivo do presente artigo é analisar a mudança introduzida pelo Decreto nº 45.749/2011 e se houve, após sua edição, um aumento da participação das micro e pequenas empresas no volume total gasto em compras pelo Estado de Minas Gerais.

Cabe ressaltar que todas as informações aqui apresentadas referem-se aos últimos dados disponíveis nas respectivas fontes. Dessa forma, as variáveis utilizadas e o período a que se referem não são homogêneos.

2 MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

A definição objetiva do que é uma microempresa ou empresa de pequeno porte foi dada pelo art. 3º da Lei Comple-

mentar nº 123/2006⁴.

Microempresa é, na forma da lei, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil Brasileiro⁵, devidamente registrado no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, desde que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta⁶ igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais).

Empresa de pequeno porte é, por sua vez, a que, nas condições acima, aufera receita anual superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)⁷.

O valor total do faturamento das MPE's em 2009 foi da ordem de R\$ 400 bilhões. Para se ter uma ideia do que isso significa, a título de comparação, o PIB brasileiro naquele ano foi de aproximadamente R\$ 3,1 trilhões. Ou seja, o faturamento das MPE's representou cerca de 12,7% do PIB (SEBRAE, 2011b).

Em 2010, o Brasil possuía aproximadamente 6,16 milhões de empresas formais, sendo que 6,1 milhões eram MPE's, ou seja, elas respondiam por 99% da atividade empresarial brasileira. Em 2000, havia apenas 4,2 milhões destes estabelecimentos. Portanto, na última década, houve criação de aproximadamente 1,9 milhão de novos estabelecimentos, representando um crescimento médio de 3,7% a.a (SEBRAE, 2011a).

As MPE's estão distribuídas pelo país com destaque para São Paulo, que detém 30,58% dos estabelecimentos, seguido por Minas Gerais, com 11,25% e Rio Grande do Sul, com 9,83% (SEBRAE, 2011a).

Seguindo o movimento de formalização de toda a economia, cresceram também os empregos com carteira de trabalho assinada, assim como o rendimento médio recebido. Em 2010, as micro e pequenas empresas foram responsáveis por 51,6% dos empregos formais privados não-agrícolas no país e quase 40% da massa de salários⁸. Nesta década, dos 12,6 milhões de empregos formais gerados nos estabelecimentos privados não-agrícolas, as micro e pequenas empresas criaram 6,1 milhões de empregos com carteira assinada, alcançando 14,7 milhões de postos em 2010. Em média, de cada R\$ 100 pagos aos trabalhadores, aproximadamente R\$ 41 foram gerados pelas micro e pequenas empresas. No período, a remuneração média real⁹ dos empregados formais nas MPE's cresceu 1,4% a.a., passando de R\$ 961, em 2000, para R\$ 1.099, em 2010. Este resultado ficou acima tanto da média do total de trabalhadores (0,9% a.a) do mercado formal, quanto daqueles alocados nas médias e grandes empresas (0,4% a.a), conforme dados extraídos do Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2010-2011. Os números reforçam a importância das MPE's na economia brasileira.

Em relação à situação em Minas Gerais, o Sebrae-MG, por meio do *Perfil dos Pequenos Negócios 2011*, apontava que as MPE's, em Minas Gerais, representaram, em 2010, 99,2% do total de empresas formais no estado, demonstrando a proporção ser bastante similar a verificada nacionalmente.

A participação das micro e pequenas empresas na geração de emprego foi bem expressiva em relação ao número de estabelecimentos, da ordem de 55,8% em 2010, e apresentou grande aumento comparativamente a 2000, quando esse percentual foi de 44,3% (SEBRAE-MG, 2011). Segundo o estudo do Sebrae-MG de 2011, a massa salarial de empregados das microempresas e empresas de pequeno porte representou, no ano de 2010, 42,9% do total, índice similar ao verificado na média nacional. Neste ano, a renda média de um empregado de microempresa era de R\$777,53, enquanto que na pequena empresa era de R\$1.013,24 (SEBRAE-MG, 2011). A título de comparação, o salário mínimo em 2010 era de R\$ 510,00, conforme Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010.

Diante da importância que representam as empresas de menor porte na economia brasileira, é importante que o Estado fomente tais negócios, contribuindo para a sobrevivência destas entidades. Todos estudos no Brasil e no mundo mostram que os dois primeiros anos de atividade de uma nova empresa são os mais difíceis, o que torna esse período o mais importante em termos de monitoramento da sobrevivência. (SEBRAE, 2011c).

Segundo o estudo *Taxa de Sobrevivência das Empresas no Brasil*, publicado pelo Sebrae em Outubro de 2011, tomando como referência as empresas brasileiras constituídas em 2005, a taxa de mortalidade das empresas com até 2 anos de atividade foi de 28,1%. Esse nível de mortalidade foi superior à taxa das empresas com até 2 anos, no grupo das constituídas no ano 2006 (26,9%). Em Minas Gerais, somente em 2010-2011, 35.680 negócios de menor porte encerraram suas atividades e cancelaram seus registros na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, o que equivale a 5,87% do total de empreendedores de pequeno porte no Estado (SEBRAE-MG, 2012b).

De acordo com a Vox Populi, no estudo *Fatores Condicionantes e Taxa de Mortalidade das MPE (Volume III)*, publicado em 2005, dentre as micro e pequenas empresas formalmente constituídas no Brasil nos anos de 2003, 2004 e 2005 que encerraram suas atividades, as principais razões para o fechamento das empresas foram a falta de clientes (29%), a carga tributária/encargos/impostos (22%), a falta de capital de giro (13%), a divergências com sócio/proprietário (11%) e a dificuldade financeira (11%).

Dos dados apresentados, basta somar os 29% das MPE's que fecham por falta de clientes com os 24% que fecharam por falta

de capital de giro ou dificuldades financeiras e concluir que 53% do total fecham por problemas que não se solucionam com a autorregulação do mercado, ficando, portanto, carentes de políticas públicas específicas para o setor.

A adoção de licitações exclusivas para empresas de menor porte no Estado de Minas Gerais, através da promulgação do Decreto nº 45.749/2011, tem o intuito de aumentar a participação das MPE's nas vendas para o Governo e, com isso, tentar reduzir o maior fator de mortalidade do segmento: a falta de clientes/mercado.

3 EXCLUSIVA PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES DE MENOR PORTE NA LICITAÇÃO

A Lei Complementar nº 123/2006 estabeleceu em seu capítulo V – Do Acesso Aos Mercados, Seção Única – Das Aquisições Públicas, modificações no regime de licitação para conferir tratamento favorecido às micro e pequenas empresas, visando assim que estas tenham mais competitividade na contratação com o setor público.

O Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte criou quatro instrumentos tendentes a ampliar o acesso das MPE's às licitações e contratos da Administração Pública: (i) prazo especial para a comprovação de regularidade fiscal quando da sua habilitação (art. 43, § 1º); (ii) empate ficto com as empresas de maior porte nas licitações de modalidades pregão e concorrência (arts. 44 e 45); (iii) garantia do recebimento de seus créditos gerados nos empenhos liquidados, por meio de emissão de cédulas de crédito microempresarial (art. 46); (iv) *tratamento diferenciado e simplificado*, que consiste na preferência de contratação para a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica (arts 47, 48 e 49).

Em relação ao último instrumento apontado, a Lei Complementar nº 123/2006 delimitou as medidas que podem ser tomadas, enquanto tratamento diferenciado e simplificado nas em licitações, pelos entes federados nesse sentido, discriminando-as em seu art. 48, respeitadas as condições do art. 49. Tem-se:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de peque-

no porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

§ 1o O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

§ 2o Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 2006).

Por sua vez, há igual previsão de tratamento diferenciado às pequenas e microempresas na Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989, conforme disposto em seu art. 233,V, §1º:

Art. 233 - O Estado adotará instrumentos para:

[...]

V - apoio à pequena e à microempresa;

[...]

§ 1º - O Estado dispensará tratamento jurídico diferenciado à microempresa e à empresa de pequeno porte, assim definidas em lei, com a simplificação

de suas obrigações administrativas, tributárias e creditícias, ou com a eliminação ou a redução destas por meio de lei (MINAS GERAIS, 1989).

Em atendimento ao art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006 e ao art. 233, V, §1º da Carta Estadual de 1989, o Estado de Minas Gerais expediu o Decreto nº 44.630, em 03 de outubro de 2007, que dispõe sobre o tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas do Estado. Em sua redação original, os benefícios estavam dispostos no arts. 6º ao 10 do Decreto:

Art. 6º Os órgãos e entidades contratantes poderão realizar aquisições e contratações de bens e serviços destinadas exclusivamente à participação de pequena empresa nas contratações quando o valor não ultrapassar R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

Parágrafo único. No caso em que não acudirem interessados à licitação, nos termos do caput, o procedimento licitatório deverá ser refeito, podendo participar as demais empresas.

Art. 7º Os órgãos e entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de pequena empresa, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a trinta por cento do total licitado.

§ 1º Caso previsto no edital, fica facultada à empresa a subcontratação em limites superiores.

§ 2º. A pequena empresa a ser subcontratada deve estar indicada e qualificada pelo licitante com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores.

§ 3º A exigência de subcontratação não será aplicável quando o licitante for:

I - pequena empresa;

II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e

III - consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de

subcontratação.

Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens e serviços, cujo objeto possa ser dividido, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, os órgãos e entidades contratantes poderão reservar até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de pequenas empresas.

§ 1º O disposto neste artigo não impede a contratação das pequenas empresas na totalidade do objeto.

§ 2º O instrumento convocatório deverá prever que, não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado.

§ 3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação da cota reservada deverá ocorrer pelo preço da cota principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada.

Art. 9º. O valor licitado nos termos do disposto nos arts. 6º a 8º não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

Art. 10. Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º nas seguintes hipóteses:

I - os critérios de tratamento diferenciado às pequenas empresas não estiverem, expressamente, previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como pequenas empresas sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as pequenas empresas não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; e

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

§ 1º. O Estado poderá nas contratações diretas fundamentadas nos incisos I e II do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, realizar cotação eletrônica de preços exclusivamente em favor de pequenas empresas, desde que vantajosa a contratação.

§ 2º. Considera-se não vantajosa a contratação

quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência (MINAS GERAIS, 2007).

Com a publicação do Decreto nº 45.749/2011, foi alterada a redação dos art. 6 e 10 do Decreto nº 44.630, que passaram a vigorar da seguinte forma a partir de Dezembro de 2011:

Art. 6º Os órgãos e entidades deverão realizar aquisições e contratações de bens e serviços destinadas exclusivamente à participação de pequena empresa quando o valor estimado para a contratação não ultrapassar R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

§ 1º A regra de participação exclusiva de pequenas empresas na contratação, estabelecida no caput, deverá estar expressamente prevista no instrumento convocatório.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput às contratações diretas fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, inclusive quando realizadas por cotação eletrônica de preços.

§ 3º As exceções à aplicação da regra estabelecida no caput, previstas no art. 10, deverão ser justificadas nos autos pela autoridade competente pela autorização de abertura do processo de compra.

[...]

Art. 10. Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º nas seguintes hipóteses:

I - os critérios de tratamento diferenciado às pequenas empresas não estiverem, expressamente, previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como pequenas empresas sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as pequenas empresas não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, salvo na hipótese do inciso II do seu art. 24;

V - quando não acudirem interessados à licitação realizada nos termos dos arts. 6º a 8º, hipótese na qual o procedimento licitatório poderá ser feito prevendo a possibilidade de participação das demais empresas; e

VI - quando houver comprometimento da continuidade de atividades de educação, saúde ou segurança pública (MINAS GERAIS, 2007).

Observa-se que o Decreto nº 45.749/2011, salva algumas exceções, obriga que as licitações que não ultrapassem R\$ 80.000,00 tenham como participantes, exclusivamente, micro e pequenas empresas, ao contrário do art. 48, I da Lei Complementar nº 123/2006, que apenas deixa como facultativo ao administrador público a realização de licitações exclusivas.

É polêmica o que o tema desperta: pode o decreto (ato regulamentar administrativo privativo de chefe do poder executivo), norma de hierarquia inferior, sobrepor à lei? Na visão de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelato Dotti, o decreto não pode impor um dever ao agente público quando a lei lhe defere apenas uma faculdade, nem o agente poderia interpretá-la restritivamente (PEREIRA JUNIOR e DOTTI, 2012). Este é o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU - dado no Acórdão nº 2.957/2011, Plenário.

Outra polêmica seria a inovação que o Decreto nº 44.630/2007 faz ao possibilitar a realização de Cotação Eletrônica de Preço¹⁰ (COTEP) exclusivamente para micro e pequenas empresas (antigo §1º do art. 10), quando o art. 49, IV da Lei Complementar nº 123/2006 veda qualquer tratamento diferencial às entidades de menor porte nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Posteriormente, com a edição do Decreto nº 45.749/2011, as COTEP's e as Compras Diretas (art. 24, II da Lei nº 8.666/1993) dos órgãos da Administração Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais são obrigatoriamente, salvo exceções do art. 10 do Decreto nº 44.630/2007, realizadas com a participação exclusiva de MPE's, dada a inclusão do §2º do art. 6º, até porque o limite de uma COTEP encontra-se dentro do valor da regra da exclusividade, R\$ 80.000,00.

Mais uma discussão seria em torno da possibilidade em se conferir exclusividade à participação de empresas de pequeno porte em licitação cujo preço total ultrapasse os R\$80.000,00, em relação aos lotes que individualmente não superem esta cifra. O art. 48, I da Lei Complementar nº 123/2006 e o caput do art. 6 do Decreto nº 44.630/2007, estabelecem o critério da exclusividade nas contratações. Nenhum dos dispositivos estabelece que a exclusividade deva ocorrer nas licitações cujo valor seja de até R\$80.000,00. Conforme entendimento da doutrina, em licitações divididas por lotes, cada um representa uma licitação separada das demais, com julgamento e adjudicações independentes, mesmo na hipótese em que há um único vencedor para todos os lotes (PEREIRA JUNIOR e DOTTI, 2012).

Desta forma, tem-se que numa mesma licitação, cujo preço

total seja superior à cifra de exclusividade, existindo vários lotes com valores iguais ou inferiores a R\$80.000,00, para cada um deles o edital deverá regulamentar a exclusiva participação de entidades de menor porte (condição indispensável à licitação exclusiva para MPE's, conforme art. 6º, §1º do Decreto nº 44.630/2007). Por outro lado, para os lotes que ultrapassem ao montante legal, deve ser estendida a participação para empresas de qualquer porte, havendo a possibilidade de "empate ficto" (art. 5º, Decreto nº 44.630/2007). É o entendimento do TCU dado no Acórdão nº 3.771/2011, Primeira Câmara.

Outro ponto de abordagem seria a exceção à realização de licitação até R\$80.000,00, com exclusiva participação de MPE's, quando representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado (art. 10, III, *segunda parte*, Decreto nº 44.630/2007 e art. 49, III, *segunda parte*, Lei Complementar nº 123/2006).

Em algumas situações, as micro e pequenas empresas possuem estruturas e capacidade técnica inferiores às entidades de grande e médio porte. Nestes casos, mesmo havendo possibilidade de se realizar um certame com participação exclusiva de MPE's, o administrador público deve abrir a licitação para entidades de todos os portes, se o atendimento à regra trouxer risco de prejuízo à satisfatória execução do conjunto ou complexo do objeto. Entendimento confirmado por Jessé Pereira Jr e Marinês Dotti:

Basta a previsibilidade do prejuízo, não se exigindo certeza sobre a real dimensão, até porque esta somente seria passível de apuração ao final da execução do contrato, ou seja, quando o dano já estivesse consumado e pudesse ser avaliado em toda a sua extensão, o que, por evidente, sentido algum teria em termos de proteção do erário e do interesse público. Mas é fundamental que a Administração demonstre, objetivamente, quais riscos que configuram essa potencial lesão à satisfatória execução do objeto do contrato.

Por outro lado, o legislador previu a possibilidade de ser afastada a aplicação da regra da exclusividade de participação de micro e pequenas empresas em licitações quando o tratamento não for vantajoso para a Administração, conforme art. 10, III, *primeira parte*, Decreto nº 44.630/2007 e art. 49, III, *primeira parte*, Lei Complementar nº 123/2006. O extinto §2º do art. 10 do decreto mineiro dispunha, ainda, que a contratação não seria vantajosa quando resultasse em preço superior ao valor estabelecido como referência.

O problema decorrente disso estaria no fato de que a escolha

de uma licitação como sendo de exclusiva participação de MPE's é feita na fase interna da licitação, ou seja, quando está sendo realizada a pesquisa de mercado para composição do preço de referência. Desta forma, não seria possível aplicar esta exceção em uma primeira licitação para determinada contratação, uma vez que só é possível verificar se o preço é superior à referência no momento em que forem recebidas as propostas comerciais das empresas participantes da licitação, ou seja, no julgamento das propostas, que ocorre na fase externa do certame. Somente em licitação posterior para a mesma contratação, a Administração seria capaz de afastar a regra da exclusiva participação, por saber da ocorrência do preço superior ao estimado no primeiro certame.

A Lei Complementar nº 123/2006 ainda estabelece, em seu art. 49, II, uma última exceção à aplicação de regra da exclusividade de participação de entidades de menor porte nas licitações, previsto também no art. 10, II do Decreto nº 44.630/2007: quando não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

A grande questão é definir o que seria a expressão *sediados local ou regionalmente*. O Tribunal de Contas da União entende que, nas licitações exclusivas as micro e pequenas empresas, não se deve restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado onde estiver sediado a entidade pública licitante, como seria razoável de se imaginar. É o entendimento dado no Acórdão nº 2.957/2011, Plenário.

Acredita-se que, em decorrência das formas eletrônicas de licitação, que amplia o escopo de potenciais empresas aptas a participarem de um certame, inclusive às classificadas como de menor porte, dificilmente, em todo território nacional, não existiram no mínimo três MPE's capazes de atender a determinado objeto. Desta forma, dificilmente a exceção será usada para afastar o tratamento diferenciado dado pela exclusividade de participação.

Por fim, duas exceções à aplicação de licitações destinadas às MPE's, que não possuem correspondência no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, são encontradas no Decreto nº 44.630/2007, art. 10, V e VI: quando licitação anterior, realizada com participação exclusiva de entidades de menor porte, tiver sido *deserta*, ou seja, não teve interessados ou, ainda, quando houver comprometimento da continuidade de atividades de educação, saúde ou segurança pública.

Crê-se que a primeira exceção foi realmente esquecida pelo legislador federal, pois não haverá qualquer ofensa ao tratamento favorecido às pequenas empresas, protegido pela Carta Constitucional, ao se abrir uma nova licitação para participação de empresas de qualquer porte, desde que tenha sido amplamente realiza-

da a divulgação e respeitados os prazos legais de publicação do certame anterior.

Abordados tais pontos do Decreto n. 45.749/2011, as regras impostas pela legislação mineira, que extrapolam a legislação federal, devem ser vistas muito mais como intuito do Governo em fomentar, por meio das compras governamentais, a atividade das empresas de menor porte, do que uma extrapolação de hierarquia de normas. Deve-se ver o desejo do legislador mineiro como expressão máxima da política pública constitucional protegida pelo art. 170, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4 ANÁLISE DOS DADOS ECONÔMICOS E DE PARTICIPAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na presente sessão serão apresentados números relativos aos seguintes dados econômicos e de participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações do Estado de Minas Geraís:

valor homologado segundo porte das empresas,

entre 2009 a outubro de 2012;

número de processos vencidos¹¹ segundo porte das empresas, entre 2009 a outubro de 2012; e

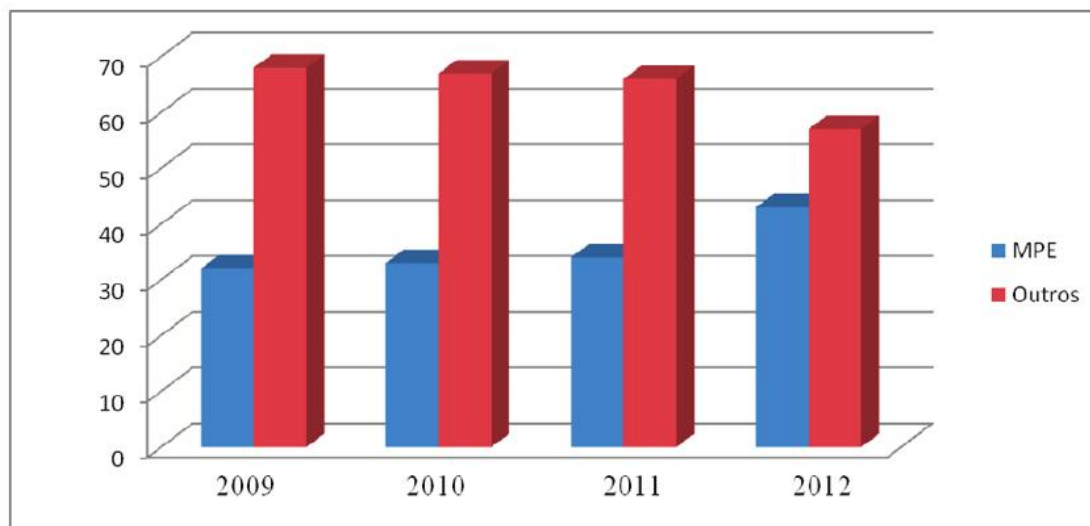
percentual de fornecedores participantes, segundo por porte das empresas, dos procedimentos de COTEP e pregão eletrônico, entre 2009 a outubro de 2012;

A amostra da pesquisa são os órgãos e entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional do Estado de Minas Gerais que, obrigatoriamente, fazem parte do Sistema Integrado de Administração de Materiais e Serviços de Minas Gerais e que realizaram alguma contratação de bens ou serviços a partir de 2009, ano em que foi criado o conceito de *Portal de Compras do Estado de Minas Gerais*. A consulta ao banco de dados do Portal de Compras de Minas Gerais foi realizada na primeira quinzena de Novembro de 2012. A seguir serão demonstrados os resultados.

O Gráfico 1 representa o volume financeiro homologado por porte de empresas.

Gráfico 1

Participação nos valores homologados segundo porte de empresa, nas contratações via COTEP e pregão eletrônico realizadas pelos Órgãos e Entidades da Administração Direta, Autárquica e Funcional da Estado da Minas Gerais, 2009 - Out. 2012



Fonte: Banco de Dados do Portal de Compras de Minas Gerais.

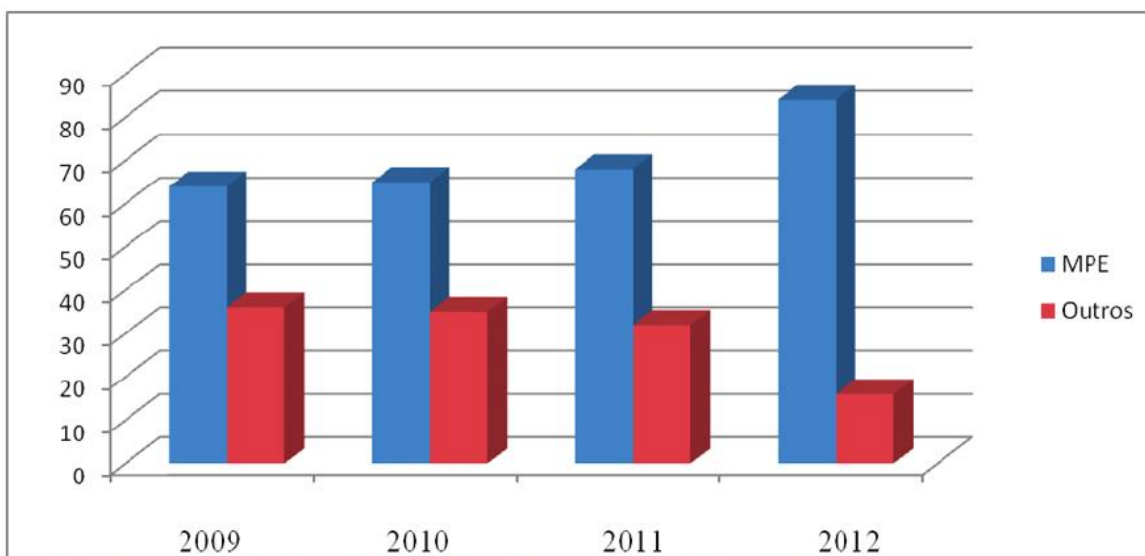
Entre Janeiro e Outubro de 2012, quando obrigatoriamente as contratações até R\$80.000,00 passam a ter participação exclusiva de micro e pequenas empresas, estas aumentaram sua participação nos volumes financeiros homologados. Até outubro de 2012, as entidades de menor porte contaram com 43% do total do valor homologado, ou seja, em relação aos três anos anteriores, um crescimento de 30% na distribuição dos

recursos financeiros totais, se comparado às médias e pequenas empresas.

No Gráfico 2 foi apresentado percentual de processos vencidos, segundo porte das empresas, nas contratações via COTEP e pregão na forma eletrônica, que representam 93,04% dos processos realizados entre 2009 a outubro de 2012, segundo dados do Portal de Compras de Minas Gerais.

Gráfico 2

Participação no número de processos de COTEP e pregão eletrônico vencidos, segundo porte de empresa, nas contratações realizadas pelos Órgãos e Entidades da Administração Direta, Autárquica e Funcional do Estado de Minas Gerais, 2009 - Out. 2012



Fonte: Banco de Dados do Portal de Compras de Minas Gerais.

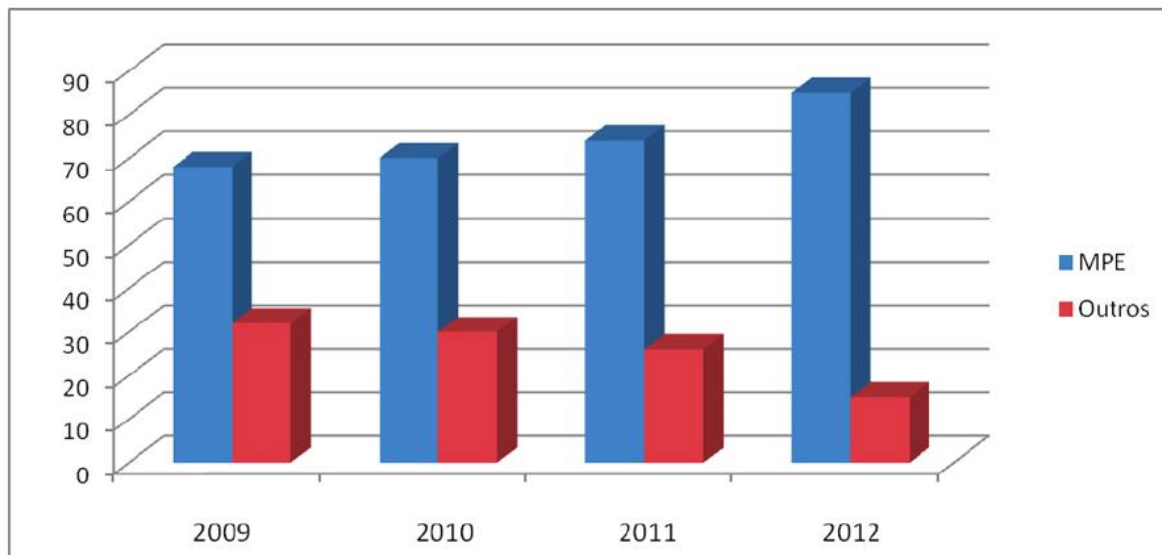
No período de Janeiro a Outubro de 2012, primeiro ano da obrigatoriedade de licitações até R\$80.000,00 com exclusiva participação de micro e pequenas empresas, o percentual de processos vencidos por estes portes foi de 84% do total. Se comparado à média dos três anos anteriores, o crescimento da participa-

ção de micro e pequenas empresas nos primeiros dez meses de 2012 foi de 27,92%.

Finalmente, o Gráfico 3 representa a participação segundo porte de empresas nas contratações via COTEP e pregão eletrônico.

Gráfico 3

Percentual de fornecedores participantes, segundo por porte das empresas, dos procedimentos de COTEP e pregão eletrônico realizados pelos Órgãos e Entidades da Administração Direta, Autárquica e Funcional do Estado de Minas Gerais, 2009 - Out. 2012



Fonte: Banco de Dados do Portal de Compras de Minas Gerais.

Nos 10 primeiros meses de 2012, quando obrigatoriamente as contratações até R\$80.000,00 passam a ter participação exclusiva de micro e pequenas empresas, estas tiveram ainda maior participação nos procedimentos estudados. Até outubro de 2012, 85% do total dos fornecedores que participaram de COTEP's ou pregões eletrônicos da Administração direta, autárquica e fundacional do Estado de Minas Gerais, eram empresas de menor porte, contra 15% dos portes médio ou grande.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão instigadora do artigo foi: a política de fomento do Estado de Minas Gerais às micro e pequenas empresas por meio da obrigatoriedade de licitações exclusivas, introduzida pelo Decreto nº 45.749/2011, conseguiu aumentar a participação dessas entidades no volume total gasto em compras pelo Estado?

Nas seções anteriores verificou-se a importância das micro e pequenas empresas na economia brasileira, representando 99% dos estabelecimentos, 51,6% dos empregos formais privados não-agrícolas no país e quase 40% da massa de salários. Também destacou-se principais problemas que assolam estes negócios: a informalidade e a mortalidade. Por isso, foi destacada a importân-

cia do Estado, principalmente das compras governamentais, no fomento destas entidades e o caso mineiro, que tornou obrigatória a exclusiva participação das empresas de menor porte em licitações até R\$80.000,00.

Em seguida, foram apresentados números relativos à participação deste segmento nas contratações via COTEP e pregão, na forma eletrônica, da Administração direta, autárquica e fundacional do Estado de Minas Gerais, entre os anos de 2009 a outubro de 2012, e impactos na economia destas empresas.

Os estudos realizados permitem concluir que, em decorrência da edição do Decreto nº 45.749/2011, houve um incremento na participação do volume total de processos homologados às micro e pequenas empresas, em torno de 27%, nas contratações via pregão eletrônico e COTEP, nos 10 primeiros meses de 2012.

Outra importante observação foi de que com o advento das licitações exclusivas também houve aumento expressivo na proporção de processos vencidos por entidades de menor porte. Nos dez primeiros meses de 2012, elas foram vencedoras de 84% das contratações via pregão eletrônico e COTEP.

Por fim, pode ser percebido, ainda, que houve um aumento no percentual de participação das empresas de menor porte nas

contratações via COPEP e pregão eletrônico realizadas pela Administração direta, autárquica e fundacional do Estado de Minas Gerais. Com a edição do Decreto nº 45.749/2011, que tornou obrigatória a exclusiva participação de empresas de menor porte nas licitações até R\$80.000,00, o percentual de participação de MPE's estava em 85% até outubro de 2012.

Conclui-se, portanto, que, com a edição do Decreto nº 45.749/2011, houve aumento na participação das micro e pequenas empresas no volume total de recursos gastos com compras pelo Estado de Minas Gerais. Posteriores pesquisas serão importantes para comprovar a eficácia da obrigatoriedade de exclusiva participação das entidades de menor porte nas licitações mineiras ao longo dos próximos anos. A princípio, percebe-se grande impacto do Decreto, mesmo tendo sido pequeno o período da análise (janeiro a outubro de 2012), em decorrência da prematuridade da norma.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm> Acesso em: 21 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm> acessado em 14 set. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 14 set. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp128.htm> Acesso em: 14 set. 2012.

BRASIL. Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010. Dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1º de janeiro de 2010, estabelece diretrizes para a política de valorização do salário mínimo entre 2012 e 2023 e revoga a Lei 11944, de 28 de maio de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp128.htm> Acesso em: 14 set. 2012.

gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12255.htm> Acesso em: 16 out. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011. Altera dispositivos da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp139.htm> Acesso em: 14 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.957/2011, Plenário. Relator Min. André Luis de Carvalho, Processo nº TC 017.752/2011-6. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.771/2011, Primeira Câmara. Relator Min. Wender de Oliveira, Processo nº TC 010.601/2011-2. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 out. 2012.

MINAS GERAIS. Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989. Disponível em <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=CON&num=1989&comp=&ano=1989&texto=consolidado>>. Acesso em: 14 set. 2012.

MINAS GERAIS. Decreto nº 43.698, de 11 de dezembro de 2003. Institui o Sistema de Cotação Eletrônica de Preços no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Disponível em < <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=43698&comp=&ano=2003>> Acesso em: 14 set. 2012.

MINAS GERAIS. Decreto nº 44.630, de 03 de outubro de 2007. Dispõe sobre o tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas do Estado de Minas Gerais, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em < <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=44630&comp=&ano=2007>> Acesso em: 14 set. 2012.

MINAS GERAIS. Decreto nº 45.018, de 20 de janeiro de 2009. Dispõe sobre a utilização e gestão do Sistema Integrado de Administração de Materiais e Serviços do Estado de Minas Gerais - SIAD-MG do Poder Executivo Estadual. Disponível em <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45018&comp=&ano=2009>> Acesso em: 01 nov. 2012.

MINAS GERAIS. Decreto nº 45.749, de 05 de outubro de 2011. Altera o Decreto nº 44.630, de 3 de outubro de 2007, que dispõe sobre o tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas do Estado de Minas Gerais, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em < <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45749&comp=&ano=2011>> Acesso em: 14 set. 2012.

MINAS GERAIS. Resolução SEPLAG nº 61, 29 de novembro de 2005. Regulamenta os procedimentos para realização de Cotação Eletrônica para aquisição de bens e contratação de serviços de pequeno valor por dispensa de licitação, com fundamento nos incisos I e II do art. 24 da Lei Federal Nº 666/93, no âmbito da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. Disponível em <<http://www.compras.mg.gov.br/legislacao/cotacao-eletronica>> Acesso em: 14 set. 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Martinês Restelato. As licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte: regras e exceções. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 11, n. 123, p. 9-18, mar. 2012.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Anuário do trabalho na micro e pequena empresa: 2010-2011*. 4. ed. Brasília, DF: Dieese, 2011a. 208p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *As pequenas empresas do simples nacional*. Brasília, DF, 2011b. 636p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Fatores Condicionantes e Taxas de Sobrevivência e Mortalidade das Micro e Pequenas Empresas no Brasil 2003–2005*. Brasília, 2007. 60p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Taxa de Sobrevivência das Empresas no Brasil*. Brasília, DF, 2011c. 30p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MG). *Anuário Estatístico Micro e Pequena Empresa*. Belo Horizonte, 2009. 104p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MG). *Características das micro e pequenas empresas do Estado de Minas Gerais: estatísticas dos estabelecimentos e do quadro social*. Belo Horizonte, 2012a. 24p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MG). *Características das micro e pequenas empresas do Estado de Minas Gerais: situação jurídica das micro e pequenas empresas*. Belo Horizonte, 2012b. 30p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MG). *Perfil dos pequenos negócios: 2011*. Belo Horizonte, 2011.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (SP). *Onde estão as Micro e Pequenas Empresas no Brasil*. São Paulo, 2006. 148p.

VOX POPULI. *Fatores condicionantes e taxa de mortalidade das MPE 2005*. Belo Horizonte, 2007. Vol. III.

NOTAS DE FIM

1 Pós-Graduado em Gestão Estratégica pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pregoeiro Titular da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

2 Pós-Graduada em Gestão Estratégica pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Diretora da Superintendência de Planejamento, Gestão e Finanças da Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

3 Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo/FJP, especialista em Auditoria e Controle Externo pela PUC/MG. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Coordenadora do Curso de Administração Pública da Escola de Governo. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

4 Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.

5 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

6 O conceito de receita bruta foi dado pelo § 1º do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006: “§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos”.

7 Com a publicação da Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011, a partir de 1º de janeiro de 2012, o faturamento máximo de uma micro empresa passou de R\$ 240.000,00 para R\$ 360.000,00. Por sua vez, o faturamento máximo de uma empresa pequeno porte passou de R\$ 2.400.000,00 para R\$ 3.600.000,00. Estima-se que 143.915 empresas migraram de “EPP” para “ME”. Na outra ponta, existiam, em 2009, no Simples Nacional, 2.503 empresas cujo faturamento se encontrava entre R\$ 2.400.00,00 e R\$ 3.600.000. São essas empresas que passaram a ser consideradas de pequeno porte (SEBRAE: 2011b).

8 Representada pelo resultado do produto entre a remuneração média dos empregados e o número de empregos.

9 Calculada pela divisão da massa salarial pelo número de empregados total.

10 A Cotação Eletrônica de Preços (COTEP), instituída pelo Decreto nº 43.698/2003, com regulamentação de seus procedimentos feita pela Resolução SEPLAG nº 61, 29 de novembro de 2005, enquadra-se como dispensa de licitação por limite de valor, nos termos dos incisos I e II do art. 24 da Lei n.º 8.666/1993, para contratação de obras e serviços de engenharia no valor de até R\$ 16.000,00 ou contratação de outros serviços e compras no valor de R\$ 8.000,00.

11 Os processos de compras podem ter a seguinte situação: a) desertos, quando não acudiram interessados em participar do certame; b) fracassados, não temos um vencedor, por não terem sido habilitados ou por terem suas propostas rejeitas pelo não atendimento às condições do edital; c) revogados, quando em decorrência de fato superveniente ou força maior, não existir mais interesse por parte da Administração em celebrar o contrato; d) anulados, quando o processo está com eivado de erro, que, se a contratação persistir, ela não atenderá sua finalidade; e e) com vencedor, quando temos terceiro que satisfaz todas as condições para contratar com a Administração, nos casos em que houve total respeito aos princípios da licitação.

O DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS THE CONSUMER RIGHTS IN VIRTUAL CONSUMER RELATIONS

Michael César Silva¹

Wellington Fonseca dos Santos²

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo viabilizadas pelo comércio eletrônico, em específico o comércio varejista das lojas virtuais. A expansão da internet na rede mundial e a popularização de sua utilização pela sociedade de consumo como meio célere, facilitador de busca aos mais diversos produtos e serviços para atender aos seus anseios e necessidades em uma economia globalizada, rompeu fronteiras geográficas e presenciais para se contratar. Obviamente, o Direito, como ciência que perscruta o mover social, não deixaria de abarcar em sua ampla seara protetiva o consumidor nessas relações comerciais – essencialmente do seu direito de se arrepender do negócio jurídico realizado, dentro dos parâmetros definidos em lei.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor - internet - comércio eletrônico - lojas virtuais - boa-fé objetiva.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito do Consumidor

1 INTRODUÇÃO

Em duas décadas de vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), este se mantém eficaz e plenamente aplicável, como procura demonstrar esta análise, em direção a uma nova fronteira, qual seja, o mundo cibernético, para onde se deslocaram os mesmos negócios jurídicos já conhecidos e regulamentados desde outrora na realidade física.

No entanto, há peculiaridades na relação de consumo virtual, que exigem uma adequação das normas consumeristas, considerando-se a complexidade técnica, tecnológica e jurídica, em que se efetiva esta relação jurídica, garantindo-se, assim a efetiva aplicabilidade do CDC, bem como, a plena proteção ao consumidor no ambiente virtual.

Os problemas e dificuldades no ambiente virtual ensejados das controvérsias e questionamentos estabelecidas a respeito da relação de consumo virtual, encontram-se relacionados ao meio e aos mecanismos, pelos quais, a relação jurídica se efetiva – Internet, softwares, equipamentos eletrônicos e informáticos – os quais evoluíram tecnologicamente em espantosa velocidade nessas duas últimas décadas. Contudo, tal avanço não refletiu em efetiva regulamentação legal da matéria, e, sobretudo, no desenvolvimento jurisprudencial

Nesse sentido, o estudo propõe proceder a uma releitura das relações virtuais de consumo, a partir dos princípios norteadores do Direito do Consumidor, os quais se amoldam a essa

nova realidade mercadológica-tecnológica. De igual modo, tem-se como relevante analisar ainda as repercussões do direito de arrependimento (artigo 49 CDC) sobre as relações de consumo virtuais, o papel das sociedades empresárias virtuais, alocadas fisicamente no espaço cibernético – estabelecimentos virtuais ou lojas virtuais – e por fim o impacto da publicidade realizada pelos fornecedores no ambiente virtual. Pretende-se, ainda, delinear breve histórico sobre a proteção do consumidor, determinar o âmbito das relações de consumo, e os parâmetros norteadores impostos pela principiologia contratual contemporânea.

Nesta esteira, o princípio da informação, transparência e confiança, em consonância com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva, apresentam-se como fundamentais, no intuito de garantir contratações no ambiente virtual, que assegurem a justiça contratual através da consagração da igualdade material entre os contratantes.

2. A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

2.1. Escorço histórico

O movimento de proteção ao consumidor inicia-se na Europa com o advento da Revolução Industrial no século XVIII e com o aperfeiçoamento do Liberalismo Econômico do século XIX, que veio a consagrar o dogma da autonomia da vontade, através da liberdade de contratação e igualdade (formal) jurídica dos contra-

tantes (NISHIYAMA, 2002, p.21; CORDEIRO, 2005, p.653).

Com as transformações sociais advindas no final do século XIX, e com a crescente massificação dos meios de produção, dá-se o surgimento da denominada sociedade de consumo (mass consumption society), na qual a produção manual dos bens (produtos) passa a ser exceção, pela introdução da mecanização, produção em série etc.

Essa evolução do processo produtivo gerou um aumento progressivo dos riscos gerados aos consumidores, por meio de falhas resultantes desse processo. Nesse contexto, verifica-se o domínio do crédito, marketing, da publicidade ilícita (abusiva e enganosa), práticas abusivas, cláusulas contratuais abusivas, falta de informação adequada, surgimento dos contratos de adesão, os quais diminuíam ou impossibilitavam o exercício da liberdade contratual, bem como impunham dificuldades de acesso à justiça (GRINOVER et al, 2007, p.6-7; NISHIYAMA, 2002, p.24-25).

Portanto, o fenômeno do consumerismo e o advento da sociedade de consumo, encontram-se, diretamente relacionados com a proteção do consumidor, que exsurge para coibir os abusos impostos pelos grandes conglomerados econômicos aos contratantes (consumidores). Havia, também, a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e processual, que já não mais tutelavam eficazmente novos interesses identificados como coletivos e difusos.

Deste modo, o contexto histórico-social, diante dos avanços tecnológicos dos meios de produção e da posição de inferioridade dos contratantes, passou a demandar por uma legislação moderna, que resguardasse não apenas direitos, mas também, que punisse com rigor o desrespeito aos direitos estabelecidos em favor dos contratantes.

É nesse cenário que se desenvolve efetivamente a idéia de proteção ao consumidor, parte presumivelmente vulnerável, em posição de patente inferioridade em face aos conglomerados econômicos, através do reconhecimento desta proteção na esfera dos poderes Legislativo, Executivo e do Judiciário (NISHIYAMA, 2002, p.22).

Entretanto, é recente a inserção da proteção do consumidor em texto constitucional, o que ocorreu, somente, com a promulgação da Constituição Espanhola de 1978. No Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, a proteção ao consumidor foi expressamente delineada no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo a tendência mundial (NISHIYAMA, 2002, p.26-27). A Constituição da República de 1988 adotou a sistemática da proteção ao consumidor, de forma ampla, conforme previsto nos artigos 5º, XXXII, 170, V, CR/88 e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), consagrando-a como direito fundamental (NISHIYAMA, 2002, p.15-16; GRINOVER et al, 2007, p.8).

Tal perspectiva consolida-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que positivou a proteção ao consumidor de forma específica, assegurando direitos individuais e coletivos, através da introdução de princípios contratuais, norteados pela sistemática dos preceitos constitucionais e pela concepção social de contrato esculpida na nova teoria contratual, os quais passaram a direcionar a interpretação da relação contratual de consumo. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei que consagra princípios fundamentais da República, o mínimo essencial para proteção do consumidor e a sobreposição deste em relação aos demais ramos do direito, nos quais se evidencie relações de consumo.

Este foi erigido sob a égide de um sistema de proteção específica destinado ao consumidor, fundado na técnica legislativa das cláusulas gerais (de normas flexíveis, de caráter exemplificativo) visando à constante evolução da legislação consumerista, diante das demandas da sociedade, no sentido de viabilizar a proteção efetiva do consumidor.

Insta destacar, que no âmbito das relações de consumo, exsurge como pressuposto fundamental de reconhecimento da tutela do consumidor, o princípio da vulnerabilidade do consumidor esculpido no artigo 4º, I do Código de Defesa do Consumidor, o qual norteia toda a legislação consumerista. O princípio em comento é reconhecido como o traço marcante, distintivo do Código de Defesa do Consumidor, estando relacionado, intimamente, com os princípios da transparência (artigo 4º, caput CDC) e da boa-fé objetiva (artigo 4º, III e 51, IV CDC), no intuito de garantir o reequilíbrio e a justiça contratual nas relações contratuais de consumo (MARQUES, 2006, p.318-320 e 355).

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor destaca-se como fonte de indiscutível força renovadora da teoria dos contratos, pois é reflexo de uma concepção social do contrato, onde a vontade das partes não é mais a única fonte das obrigações, mas, sobretudo os princípios constitucionais, que migram para o direito privado, e consagram uma nova perspectiva interpretativa do direito contratual, na contemporaneidade.

2.2. Do Consumerismo

Os mais significativos e importantes movimentos sociais que impulsionaram o consumerismo surgiram a partir dos anos 60, quando se sobressaíram as associações de consumidores nos Estados Unidos, questionando as práticas abusivas realizadas pelos fornecedores, culminando com a consagração de direitos fundamentais do consumidor (GIANCOLI; ARAÚJO JÚNIOR, 2009, p.18).

A consagração dos direitos fundamentais do consumidor no

discurso do presidente norte-americano, John. F. Kennedy, em 1962, apresentou-se como um marco do consumerismo no mundo (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p.26).

A defesa do consumidor ganhou, então, amplitude mundial lançando-se as bases do movimento consumerista internacional culminando com a declaração do dia 15 de março de 1962 como sendo dia mundial dos direitos do consumidor.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno trata-se de um ramo do Direito que dispõe de princípios próprios e normas específicas (v.g., responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, inversão do ônus da prova, declaração de nulidade de cláusulas abusivas, tutela coletiva dos consumidores, etc.), que visam a efetiva proteção e defesa dos interesses e direitos dos consumidores, sem, contudo, prescindir de outros princípios e normas de direito, quando necessários, àquela proteção e defesa do consumidor (FILOMENO, 2007, p.4).

No Brasil, o movimento consumerista, iniciou-se timidamente nos anos 70, com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais; em 1974 foi criado o Conselho de Defesa do Consumidor no Rio de Janeiro; em 1976 – Associação de Defesa e Orientação do Consumidor em Curitiba; no ano de 1976 – Associação de Proteção ao Consumidor em Porto Alegre; e, também em 1976, foi promulgado o Decreto 7.890 do Governo de São Paulo, que criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor e em sua estrutura dois órgãos centrais: Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, depois denominada PROCON (GIANCOLI; ARAÚJO JÚNIOR, 2009, p.19).

Com o advento da Constituição da República de 1988, consagrou-se no Brasil a proteção jurídica do consumidor, como direito e garantia fundamental, no artigo 5º, XXXII. Ademais, a Constituição erigiu ainda a defesa do consumidor como princípio a ser observado pela Ordem Econômica conforme preconizado no artigo 170, V, CR/88 (BRASIL, 1988). Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor, surgiu, então, a partir deste comando constitucional, com base no artigo 48 do ADCT (BRASIL, 1988).

Leonardo de Medeiros Garcia preleciona que:

Trata-se de um verdadeiro microsistema jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade. (GARCIA, 2008, p.7, grifo do autor).

Nesse mesmo sentido, José Geraldo Brito Filomeno explica:

Nós diríamos que o Código de Defesa do Consumidor, muito mais do que um conjunto de normas inovadoras, em diversos aspectos do direito, é muito mais uma filosofia de ação, eis que traça uma política ou um conjunto de diretrizes que devem ser seguidas para que o consumidor seja efetivamente protegido e defendido. Com efeito, o seu art. 4º constitui-se numa verdadeira alma, no sentido de que se visa a atender não apenas às necessidades dos consumidores e respeito à sua dignidade – de sua saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria de sua qualidade de vida –, como também à imprescindível harmonia das relações de consumo. (FILOMENO, 2007, p.15, grifos do autor).

No comércio eletrônico, essencialmente, a contratação que se identifica como relação jurídica de consumo, independente de não existir ainda, no caso do Brasil, uma tutela normativa específica, é perfeitamente aplicável o CDC, nos termos de seu artigo 1º, verbis: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.” (BRASIL, 1990).

Ada Pellegrini Grinover et al (2007, p.24) destacam que no artigo 1º do CDC, ao se referir às normas de ordem pública e interesse social, equivale a dizer que tais normas são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, ou seja, são normas que não podem ser descartadas, ou de uso facultativo pelos sujeitos da relação de consumo (consumidores e fornecedores).

[...] tenha-se em conta que o Código ora comentado visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo. Assim, embora destinatária final de tudo que é produzido em termos de bens e serviços, a comunidade de consumidores é sabidamente frágil em face da outra personagem das relações de consumo, donde pretende o Código de Consumidor estabelecer o necessário equilíbrio de forças. (GRINOVER et al, 2007, p.27).

Torna-se evidente que a inderrogabilidade trata-se da impossibilidade de qualquer afastamento da incidência do CDC a toda e qualquer relação de consumo estabelecida, por ser lei de função social. Deste modo, "as normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos." (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p.55).

Portanto, no contrato eletrônico a relação de consumo estabelecida não pode afastar as normas protetivas do direito do consumidor (CDC e as demais leis que compõem o sistema de proteção ao consumidor).

2.3. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A relação jurídica de consumo é estabelecida pela composição de fornecedor e consumidor em lados opostos, e tendo como objeto produto ou serviço, conforme se depreende da análise dos artigos 2º e 3º do CDC.

O conceito de fornecedor encontra-se estabelecido no artigo 3º do CDC.³ Não obstante, outros termos utilizados para denominá-lo, como industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador, ou genericamente como empresário, Ada Pellegrini Grinover e outros explicam que "são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título." (GRINOVER et al, 2007, p.47).

O conceito padrão de consumidor (consumidor strictu sensu) encontra-se esculpido no artigo 2.º, caput do CDC.⁴ Contudo, em face da dificuldade de se precisar o conteúdo e alcance da expressão destinatário final, esculpida no artigo 2º CDC, desenvolveu relevante divergência doutrinária e jurisprudencial, acerca da definição jurídica de consumidor.

Para os finalistas, a interpretação do conceito de consumidor deveria ser mais restritiva, visando a não banalizar o CDC, com base num critério fático-econômico, pautado na figura do destinatário final. Para tanto, entendem que seria necessário não tirar proveito econômico do produto/serviço, fundando sua teoria na distinção se o bem ou serviço adquirido é para uso pessoal ou familiar ou profissional. Para os maximalistas, a aplicação do CDC deveria ser a mais ampla possível, incluindo-se pessoas jurídicas e profissionais liberais, com fundamento num conceito jurídico de consumidor, de índole objetiva, pautado no mero ato de consumir, e sendo a figura do destinatário final interpretada como o destinatário fático do produto ou serviço (BRAGA NETTO, 2011, p.88-94; MARQUES, 2006, p.303-305 e 346-347; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p.70-72).

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mitigou a teoria finalista (teoria finalista mitigada ou finalismo aprofundado) no sentido de aceitar que o profissional ou a pessoa jurídica, seja considerado consumidor, desde que, demonstrado sua vulnerabilidade e produto ou serviço adquirido fora de sua área de especialidade (não implicando na revenda ou comercialização dos mesmos).⁵

No que tange à vulnerabilidade do consumidor, importa destacar que a mesma é reconhecida como princípio disposto no artigo 4º, caput, I, do CDC.⁶ Segundo Leonardo de Medeiros Garcia, a vulnerabilidade do consumidor será constatada a partir da análise do desequilíbrio técnico, jurídico e fático existente entre as partes, como sustenta:

[...] a vulnerabilidade técnica seria aquela na qual o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço, podendo, portanto, ser mais facilmente iludido no momento da contratação. A vulnerabilidade jurídica seria a própria falta de conhecimentos jurídicos, ou de outros pertinentes à relação, como contabilidade, matemática financeira e economia. Já a vulnerabilidade fática é a vulnerabilidade real diante do parceiro contratual, seja em decorrência do grande poderio econômico deste último, seja pela sua posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta, impondo, numa relação contratual, uma posição de superioridade (GARCIA, 2008, p.17, grifos nossos).

Claudia Lima Marques destaca, ainda, a vulnerabilidade informacional, como sendo a vulnerabilidade básica do consumidor, por ser característica intrínseca da sociedade contemporânea, posto que "[...] o consumidor/usuário experimenta neste mundo livre, veloz e global (relembre-se aqui o consumo pela internet, pela televisão, pelo celular, pelos novos tipos de computadores, cartões e chips), uma nova vulnerabilidade." (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p.77, grifos nosso).

O poder da informação sobre os produtos e serviços concentra-se nas mãos do fornecedor e, por conseguinte, é fator de desequilíbrio na relação estabelecida com o consumidor que busca por esses serviços e produtos, ainda mais ao adquiri-los fora do estabelecimento comercial, via Internet, em que a vulnerabilidade tende a se agravar, uma vez que, se de um lado há ampliação da oferta e da informação, por outro as características de distanciamento econômico e de conhecimento, presentes no mundo real, são acompanhadas das tecnológicas (LIMA, 2006, p. 44).

Em resumo, a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo virtual, alcança a jurídica, a fática, e prospera muito mais na informacional e na técnica. Pode-se até dividir esta última quanto ao desconhecimento das características técnicas do produto ou serviço, lembrando-se que no comércio eletrônico o consumidor não tem acesso direto ao produto, nem se faz presente no estabelecimento comercial; e técnica, no sentido de desconhecimento, falta de domínio sobre as próprias ferramentas que manuseia ou que tem acesso, como exemplo: o computador e seus periféricos (scanner, impressora, mouse, teclado, webcam, rede wireless, modem, etc.); e os softwares instalados ou a instalar (browser – Internet Explorer, Firefox, Mozilla; gerenciadores de downloads; gerenciadores de e-mail, antivírus, etc.).

Ademais, o consumidor está sujeito a outros elementos do ambiente virtual, e que podem de alguma forma afetar o processo de contratação via Internet. Por exemplo, pela ação de maliciosos programas de computador disseminados na Internet: vírus, spywares, backdoors, keyloggers, worms⁷, dentre outros; desenvolvidos por agentes experts da informática: hackers e crackers.⁸

Neste contexto tecnológico, Claudia Lima Marques traz novas concepções a respeito dos protagonistas da relação de consumo:

O sujeito fornecedor agora é um ofertante profissional automatizado e globalizado, presente em uma cadeia sem fim de intermediários (portal, website, link, provider, empresas de cartão de crédito, etc.), um fornecedor sem sede e sem tempo (a oferta é permanente, no espaço privado e no público), um fornecedor que fala todas as línguas ou usa a língua franca, o inglês, e utiliza-se da linguagem virtual (imagens, sons, textos em janelas, textos interativos, ícones, etc.) para marketing, negociação e contratação.

O sujeito consumidor é agora um destinatário final contratante (art. 2º do CDC), um sujeito "mudo" na frente de um écran, em qualquer tempo, em qualquer língua, com qualquer idade, identificado por uma senha (PIN), uma assinatura eletrônica (chaves-públicas e privadas), por um número de cartão de crédito ou por impressões biométricas, é uma coletividade de pessoas, que intervém na relação de consumo (por exemplo, recebendo o compact disc (CD) de presente, comprado por meio eletrônico, ou o grupo de crianças que está vendo o filme baixado por Internet, ex vi parágrafo único do art. 2º do CDC) ou a coletividade afetada por um spam ou marketing agressivo (art. 29 do CDC) ou todas

as vítimas de um fato do serviço do provedor de conteúdo, que enviou um vírus "destruidor" por sua comunicação semanal, ou todas as pessoas cujos números da conta corrente ou do cartão de crédito e senha foram descobertos pelo hacker ou cracker que atacou o computador principal do serviço financeiro, ou do fornecedor de livros eletrônicos (e-books) – art. 17 do CDC. (MARQUES, 2004, p.61-63, grifos da autora).

Ademais, o elemento objetivo da relação de consumo, composto pelos produtos e serviços, postos à disposição do consumidor no mercado consumidor são definidos no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º do CDC, in verbis:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990).

Pode-se concluir assim que há uma ampla abrangência da lei no que se refere ao que sejam produtos e serviços no âmbito das relações de consumo, principalmente, no âmbito das relações virtuais de consumo.

2.4. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Toda a legislação consumerista, e em especial, o CDC, erigiu amplo rol de institutos do Direito e seus princípios e garantias para a proteção do consumidor e da relação de consumo harmonizada. Todavia, no contexto da relação de consumo estabelecida via Internet, ater-se-á especificamente no estudo daqueles dispositivos, princípios e direitos do consumidor que lhe são correlatos.

2.4.1 Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se na contemporaneidade como um dos mais importantes princípios do direito privado. Possui grande relevância no direito contratual, dado sua inserção através da positivação expressa tanto no Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º, III e 51, IV CDC) quanto no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422).

O princípio da boa-fé objetiva constitui-se regra de conduta, de comportamento ético, social imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frustrar a legítima confiança, expectativa da outra parte, tendo ainda, a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas (ROSENVALD, 2005, p.80).

Segundo Leonardo de Medeiros Garcia, traduz-se em:

[...] um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após a sua extinção. (GARCIA, 2008, p.41).

Bruno Pandori Giancoli e Marco Antônio Araújo Júnior (2009) explicam que a objetividade da boa-fé é a forma de se indicar o comportamento adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração, exigíveis nas relações de consumo, desvinculando-se, assim, das intenções íntimas do sujeito, ou seja, do caráter subjetivo da conduta.

Destarte, fundamenta-se na necessidade das partes atuarem reciprocamente com cooperação, lealdade, honestidade e confiança (FIUZA, 2006, p.410-411; HIRONAKA, 2003, p.112-113), no intuito de concretizar a diretriz da eticidade preconizada no Código Civil.

O princípio da boa-fé objetiva possui caráter tridimensional, que se exterioriza através de três funções elencadas no Código Civil de 2002, quais sejam: a interpretativa (artigo113), na qual a boa-fé atua como referencial hermenêutico das relações jurídicas contratuais, a de controle (artigo187), na qual visa a limitar o exercício abusivo do direito subjetivo e a integrativa (artigo 422), na qual a boa-fé objetiva, destaca-se como fonte criadora de novos deveres especiais de conduta a serem observados pelas partes durante todo o vínculo obrigacional, e, que, passam obrigatoriamente a integrar qualquer relação obrigacional, como obrigação secundária, visando a garantir seu adimplemento (NORONHA, 1994, p.157; BIERWAGEN, 2003, p.56; MARTINS-COSTA, 2002, p.634; LÔBO, 2005, p.76).

O princípio da boa-fé objetiva criou os chamados deveres anexos de conduta (laterais, instrumentais, etc.), os quais se introjetam em toda relação jurídica obrigacional, no intuito de instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato (NEGREIROS, 2002, p.153-154). Assim, para além do dever da prestação (obrigação principal) surgem também outros deveres de conduta durante a relação jurídica (obrigação secundária)⁹, os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de ofensa a boa-fé objetiva.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva integra o negócio jurídico por meio dos chamados deveres anexos (de proteção, cooperação, informação, etc.), os quais visam a consagrar sua fina-

lidade precípua, o adimplemento do contrato, devendo ser observados na fase pré-contratual, de execução e pós-contratual (MELLO, 2001, p.316; NORONHA, 2007, p.80).

Dentre os deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, o dever de informação (ou de informar) destaca-se como o mais importante dos referidos deveres, pois, a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos de que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária (ROSENVALD, 2005, p.109).

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, firmou-se entendimento no sentido de que, quando se descumpre os deveres anexos de conduta, tem-se a chamada violação positiva do contrato ou adimplemento ruim (GARCIA, 2008), pois, a obrigação principal é cumprida, porém, ocorre o descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).

Deste modo, a boa-fé objetiva destaca-se como elemento transformador de todo o direito obrigacional, irradiando-se para os demais ramos do direito, e em especial, para o contratual (MARTINS-COSTA, 2002, p. 611). Trata-se de princípio a ser concretizado pelo intérprete de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

2.4.2 Princípio da Informação

O princípio da informação impõe as partes o dever jurídico de reciprocamente apresentarem todas as circunstâncias relevantes sobre o contrato, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, para que os contratantes possam, livremente, exercitar sua autonomia privada em consonância com os preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva.

Hoje o contrato é informação, daí a importância de sua interpretação sempre a favor do contratante mais fraco e das expectativas legítimas nele criadas por aquele tipo de contrato. Neste momento, o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo [...] devem ter em conta o seu dever próprio de informar, que inclui o dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dualidades na redação contratual (MARQUES, 2006, p.229).

Isso porque, a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos de que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária. (ROSENVALD, 2005, p.109).

No âmbito das relações de consumo, o direito à informação, esculpido no artigo 6º, III CDC, em consonância com o princípio da informação, expresso no artigo 4º, IV CDC, estabelece a obrigatoriedade da informação, dentre os direitos básicos do consumidor, o qual constitui dever fundamental do fornecedor em prestar informações claras e adequadas ao consumidor, relacionadas aos produtos/serviços fornecidos (FABIAN, 2002, p.157).

[...] a informação, nesse âmbito da ciência jurídica, tem dupla face: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado; e o segundo, com o consumidor vulnerável. (TARTUCE, 2007, p.141).

Claudia Lima Marques sustenta que “o dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico [...] para a harmonia e transparência das relações de consumo.” (MARQUES, 2006, p.646). Esse direito é essencial tratando-se da relação de consumo na Internet, uma vez que o produto ou serviço somente é visualizado pelo consumidor por meio de imagens (fotos, desenhos, esboços, croqui, planta) e ou descrições textuais dispostos nas lojas virtuais, e que em muitas vezes não retratam a realidade física, técnica e informacional do bem.

O princípio da informação apresenta-se como fundamental ao sistema consumerista (BRAGA NETTO, 2011, p.50), e em conjunto com o princípio da transparência, impõem ao fornecedor o dever de veicular informações sobre seus produtos e serviços, de forma clara, correta, precisa e ostensiva, conforme preconizam os artigos 30 e 31 do CDC.¹⁰

Destarte, as informações prestadas devem possuir destaque e clareza em seu conteúdo, para que os contratantes possam ter conhecimento prévio e efetivo de todas as obrigações assumidas no vínculo contratual. Destarte, no ambiente virtual, a informação inserida em uma publicidade ou oferta, por uma loja virtual, vincula o fornecedor, que não pode mais modificar as características da proposta original e permite que o consumidor exija o seu cumprimento forçado, nos termos dos artigos 35 e 84 do CDC.¹¹

O CDC preocupou-se com a oferta nas vendas à distância, o que inclui, por uma interpretação extensiva, as vendas realizadas no comércio eletrônico, dispondo assim em seu artigo 33 que “em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.” (BRASIL, 1990).

Pela força do princípio da informação, corroborando o binômio dever de informar, imposto ao fornecedor, e direito de infor-

mação do consumidor, destaca-se o Projeto de Lei nº. 7.459, de 8 de junho de 2010, do Deputado Celso Russomanno [PP-SP], que obriga as pessoas jurídicas que comercializem produtos ou serviços pela Internet a informar seu número no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, e o endereço e o telefone de suas instalações físicas (BRASIL, 2010). Pela proposta, os vendedores também deverão disponibilizar o número da inscrição estadual ou municipal. O texto prevê que os infratores serão penalizados de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. Encontra-se essa proposta atualmente sob apreciação, na Câmara dos Deputados, da CCTCI - Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática.

Ainda que não esteja expressamente previsto em lei, o fornecedor virtual deve informar o seu CNPJ (cadastro nacional da pessoa jurídica) ao consumidor, ressaltando-se que o item 3.1.1, alínea 1º, das Diretrizes para as Relações de Consumo estabelecidas no comércio eletrônico (Ministério da Justiça - Secretaria de Direito Econômico) determina que os fornecedores devem identificar-se em sua página inicial de Internet, de modo a assegurar o acesso do consumidor às informações relativas ao endereço postal e eletrônico do mesmo, a denominação e forma comercial, bem como, ao seu CNPJ.

2.4.3. Princípio da Transparência

O princípio da transparência (artigo 4º caput CDC) apresenta-se como princípio básico norteador dos contratos de consumo. Preconiza a forma como a informação deve ser prestada ao consumidor no ato da contratação (qualificação da informação), a qual deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre as partes contratantes.

A transparência impõe a qualificação da informação sobre aspectos relevantes durante as tratativas (fase pré-contratual) e, por conseguinte no ato da contratação, sob pena de haver violação do princípio da transparência, por descumprimentos aos preceitos deste princípio (MARQUES, 2006, p.715)

Para Claudia Lima Marques (2006, p.57) o princípio da transparência atua como um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais. Assim, entende-se que o dever de agir com transparência, significa qualificar a informação fornecida de forma ampla ao consumidor, prezando-se pela clareza, lealdade, sinceridade e respeito.

Sendo assim, o fornecedor tem o dever de informar ao consumidor não somente as características do produto ou serviço, mas também sobre todo o conteúdo contratual, sendo que a transparência necessariamente deve ser observada a partir das manifestações pré-contratuais, em especial, a publicidade.

Neste sentido, Felipe Peixoto Braga Netto (2011, p.49) sustenta que a "conduta transparente é conduta não ardilosa, conduta que não se esconde, atrás do aparente, propósitos pouco louváveis." Essas condutas impróprias à boa-fé objetiva que, manifestas pelo fornecedor na publicidade veiculada, caracterizam a publicidade enganosa ou abusiva, descritas nos artigos 36 e 37 do CDC.¹²

O artigo 36 reconhece o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, enquanto o artigo 37 é a forma coercitiva e expressa da lei de se garantir o direito do consumidor de proteção ao engano e ao abuso, nos moldes do inciso IV do artigo 6º do CDC.

Segundo Ada Pellegrini Grinover e outros "a publicidade enganosa provoca [...] uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria." (GRINOVER et al, 2007, p.337). Lado outro, a publicidade abusiva "carreia a idéia de exploração ou opressão do consumidor, [...] mas não se limita a tal, [...] tutelando valores outros que sejam caros à sociedade de consumo, como o meio ambiente." (GRINOVER et al, 2007, p.350).

Assim, a conjugação dos princípios da transparência e da informação, em consonância com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva apresentam-se como instrumentos imprescindíveis a garantir a proteção do consumidor diante de condutas do fornecedor, que venham a infringir as normas basilares do direito consumerista, tendo-se em consideração a vulnerabilidade do consumidor, principalmente, na relação jurídica de consumo virtual.

2.4.5. Princípio da Confiança

O princípio da confiança é considerado por Claudia Lima Marques um novo paradigma no contrato de consumo eletrônico. Segundo a autora "confiar é acreditar (credere), é manter, com fé (fides) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais" (MARQUES, 2004, p.32, grifos no original).

A autora afirma que a era digital desencadeou a "segunda crise do contrato", em razão da despersonalização extrema oriunda dos contratos em massa de adesão e dos contratos firmados no meio eletrônico, onde se verifica uma "desumanização do contrato" (MARQUES, 2004, p.65).

A confiança é colocada no núcleo das relações de comércio eletrônico, impondo deveres anexos específicos, porque, ao contrário do que ocorre no mundo real, onde é possível se utilizar da teoria da aparência, aqui, a própria aparência se desma-

terializou restando, apenas, a transparência, dado ou informação de um texto contratual complexo, rápido e especializado. Com a reumanização do contrato eletrônico, a dogmática da aparência retorna (MATTOS, 2009, p.36).

Destarte, "aquele que utiliza o meio eletrônico e cria a aparência de que este pertence a sua esfera de interesses arca com os riscos e os ônus de demonstrar o contrário." (LORENZETTI, 2004, p.293).

Não há dúvidas de que uma das questões mais relevantes no comércio eletrônico é a da confiança do consumidor nesse novo mercado tecnológico. Por um lado, o consumidor vislumbra uma enormidade de ofertas de produtos e serviços, obtendo diversas vantagens por adquirir em uma loja virtual um produto por um preço bem mais econômico do que o mesmo produto no estabelecimento físico do fornecedor; por outro lado, sente-se inseguro em arriscar fornecer seus dados nesse ambiente, o número do cartão de crédito, por exemplo, ou de não receber o produto após o pagamento efetuado.

Desta análise, considerando-se o princípio da confiança imamente a todo o Direito, o fornecedor, para a manutenção de sua credibilidade no meio eletrônico, deve buscar conquistar a confiança do consumidor, através da observância às regras de boa conduta, colaboração, equilíbrio contratual, respeito às leis consumeristas e aos consumidores enquanto pessoa de direito e agente econômico. Nessa esteira, ao Direito cabe prover ampla informação e educação à sociedade de consumo, sempre inovando suas normas e evoluindo como Ciência que acompanha o avanço social e tecnológico.

3. AS LOJAS VIRTUAIS

Na Internet encontram-se diversas lojas virtuais que oferecem os mais variados tipos de produtos e serviços, o que muito facilita a procura destes pelo consumidor.

Efrain Turban e David King conceituam o estabelecimento virtual, in verbis:

*Uma loja virtual é o site de uma única empresa por meio do qual são vendidos produtos ou serviços. Ela pode pertencer ao fabricante (por exemplo, *geappliances.com*), a um varejista (por exemplo, *walmart.com*), a pessoas físicas que vendem a partir de suas casas, etc. (Turban; King, 2004, p.37).*

Essas lojas virtuais podem ser uma ramificação na Internet de uma rede de estabelecimentos comerciais, já consolidada no mercado tradicional, pertencendo a um fabricante de produtos (Sony, Fiat, e outros), a um prestador de serviços (PUC Virtual, TAM, etc.), ou um varejista comerciante (Renner, Casas Bahia, e outros), e até

mesmo a uma pessoa física - empresário individual -, que vende produtos artesanais ou mesmo revende através de divulgação publicitária na Internet. Todos, sem exceção, são considerados como fornecedores, à luz do artigo 3º do CDC. Assim, o meio virtual ou eletrônico em que realizam sua atividade de caráter empresarial não modifica a qualificação dos mesmos, sendo-lhes impostas todas as regras de responsabilidade, deveres e direitos previstos pela legislação consumerista.

Analice Castor de Mattos (2009, p.85) ressalta que a loja virtual pode ser desenvolvida e mantida por um fornecedor que possui o seu próprio provedor, sendo, portanto, o único responsável pelos danos que causar ao consumidor no comércio eletrônico, como exemplo a Americanas.com. Em outra situação, o fornecedor desenvolve o software da loja virtual e todo o sistema de segurança e política de privacidade, mas terceiriza o serviço de hospedagem em um provedor. Por fim, o fornecedor pode ainda contratar com uma desenvolvedora de software especializada em comércio eletrônico a qual desenvolve a loja virtual, oferece toda a infra-estrutura e sistemas para a negociação eletrônica, podendo hospedar a loja virtual ou contratar este serviço com um terceiro-provedor.

Nos dois últimos casos apresentados, somente a análise do caso concreto, poderá aferir a responsabilidade de cada parte por um dano causado ao consumidor. Há que se analisar o dano e o nexo causal, pois "a empresa de softwares responde solidariamente com o fornecedor por danos que o consumidor venha sofrer em razão de falhas no sistema de segurança eletrônica de dados." (MATTOS, 2009, p. 86).

A conscientização do mercado eletrônico de que o consumidor é peça fundamental para a sua própria existência, mais do que a estrutura e novidade tecnológica dos meios empregados para se negociar, deve atingir o fornecedor virtual nos moldes da evolução do movimento consumerista que, como visto, suplantou as bases da produção industrial e do mercado capitalista a partir da valorização do agente que fomenta o mercado de consumo e, por conseguinte, a economia: o consumidor.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O consumidor que contrata através da Internet possui no instituto da responsabilidade civil a garantia de reparação de eventual dano que venha a sofrer pela violação de um dever jurídico a que se obrigue o fornecedor. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2008, p.1), dispõe que se trata da "conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social.", isto é, uma ordem advinda de um sistema normativo dirigida à vontade dos indivíduos, de modo a criar obrigações para os mesmos.

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor (1990), a responsabilidade civil do fornecedor era subjetiva, ou seja, firmava-se na verificação da existência de culpa, e nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano, regendo-se, até então, pelo artigo 159 do Código Civil de 1916.¹³

O Código de Defesa do Consumidor, inspirado na moderna legislação consumerista da época, contrariamente, adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor, pelos "danos que cause no mercado de consumo, o fornecedor - cujo conceito é amplo para compreender todos que disponibilizam produtos ou serviços com habitualidade, mediante remuneração - responde, sem culpa, pelos danos sofridos pelos consumidores." (BRAGA NETTO, 2011, p.118). É o que preceitua o artigo 12, caput, do CDC, in verbis:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, 1990, grifos nosso).

Todavia, há que se ressaltar a exceção relativa aos profissionais liberais que, segundo o artigo 14, §4º do CDC¹⁴ respondem apenas se apurada a culpa. Também, salientar que há a necessidade do consumidor provar o nexo entre a causa e o dano, para que a responsabilidade seja imputada ao fornecedor e, por conseguinte, a obrigação de indenizar.

Nesse sentido, o acórdão colacionado abaixo demonstra a aplicação da responsabilidade objetiva, independente de culpa, ao intermediário na prestação de serviço:

Apelação - ação de indenização - compra e venda pela Internet - empresa mantenedora de sítio eletrônico de intermediação - fraude - responsabilidade - danos morais - mero descumprimento contratual - recurso parcialmente provido. A empresa, que mantém sítio eletrônico para intermediar venda pela internet e fornece informações no sentido de que os vendedores ali certificados são confiáveis, responde pelos danos materiais suportados pelos usuários que confiaram nas informações prestadas e foram vítimas de ações de falsários. O transtorno decor-

rente de descumprimento contratual, por si só, não enseja indenização por danos morais. (MIRAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 10071080385462001, 2010).

O caso acima é interessante no sentido de que a responsabilidade objetiva, por interpretação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, foi imposta solidariamente ao terceiro na relação de consumo, à pessoa jurídica que mantinha o sítio de Internet e prestava as informações sobre os fornecedores ali cadastrados para ofertar ao consumidor, condenando-a a indenização pelo dano causado ao último por aqueles.

Sobre as causas jurídicas que ensejam a obrigação de indenizar:

As mais importantes são as seguintes: a) ato ilícito (stricto sensu), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; c) violação dos deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança [...]. (CAVALIERI FILHO, 2008, p.5, grifos do autor).

Dentre as causas acima expostas, o ilícito contratual (inadimplemento) talvez seja a causa que mais se verifica quando da responsabilização do fornecedor na relação de consumo estabelecida na Internet, vez que são expressivas as reclamações do consumidor quanto ao descumprimento do prazo ou não entrega dos produtos e serviços adquiridos nas lojas virtuais¹⁵. Saliente-se, novamente, que a violação dos deveres anexos da boa-fé objetiva constitui uma espécie de inadimplemento, independente de culpa, a chamada violação positiva do contrato¹⁶, o que leva à responsabilidade objetiva do fornecedor que deu causa ao inadimplemento contratual por sua inobservância na relação jurídica.

5 DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O direito de arrependimento encontra-se previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, sendo aplicado quando se efetuam vendas fora do estabelecimento empresarial.¹⁷ Segundo José Carlos Maldonado de Carvalho:

O Código ao referir-se às contratações "especialmente por telefone ou a domicílio", o fez de modo

exemplificativo (numerus apertus), razão pela qual sujeita-se também ao direito de arrependimento toda e qualquer contratação celebrada fora do estabelecimento comercial, o que inclui, ipso facto, as que venham a ser realizadas através de fax, videotexto, mala direta, e-mail, em domicílio, etc. (CARVALHO, 2008, p.135-136, grifos do autor).

Quanto às demais situações descritas ao final do caput do artigo 49, as vendas a domicílio ou de porta em porta, estas foram as primeiras modalidades de vendas fora do estabelecimento comercial, merecendo atenção especial na proteção dos direitos do consumidor por não dispor de informações precisas, transparentes e técnicas sobre o produto adquirido através da simples demonstração visual de um catálogo ou de um produto mostruário que o vendedor nem sempre porta consigo.

Posteriormente, surgiram as vendas através do telemarketing, ou seja, o marketing realizado através do meio de comunicação por telefone. Portanto, fora do estabelecimento comercial, a contratação é realizada por uma oferta advinda de uma ligação telefônica no local onde se encontra o consumidor, não podendo visualizar / examinar adequadamente o produto ou mesmo aferir a qualidade do serviço ofertado, em razão de não ter contato efetivo com o produto/serviço. Ademais, o consumidor é abordado em momentos no qual não esperava, encontrando-se muitas vezes vulnerável e exposto a práticas abusivas de fornecedores, donde se fundamenta a necessidade de proteção do consumidor através do exercício do direito de arrependimento, em face da impossibilidade de contato físico com o produto/serviço.

Todavia, manifesta a declaração de vontade do consumidor ao contratar na internet e sendo aceita pelo proponente, surge uma obrigação entre as partes e que impõe a imprescindível observância do princípio basilar da boa-fé objetiva nas relações jurídicas virtuais. Ainda assim, pode o consumidor desistir do negócio realizado no prazo de reflexão de 7 (sete) dias, a contar de sua assinatura ou do recebimento do produto/serviço.

Leonardo Roscoe Bessa expõe que, especificamente, quanto à compra por telefone ou por Internet, a contagem inicia-se a partir do ato de recebimento do produto e não do dia da solicitação (contratação), pois "a interpretação deve prestigiar a finalidade da norma: proteger o comprador que, até o recebimento físico do bem, não pode examinar adequadamente o produto." (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p.292).

O legislador considerou um período razoável ao estipular o lapso de tempo de 7 (sete) dias ao consumidor para que este reflita sobre a contratação realizada. De maneira que, arrependendo-se, efetue a devolução do produto adquirido se já o re-

cebeu; ou desista do serviço contratado.¹⁸ Segundo Leonardo de Medeiros Garcia (2008), a desistência do contrato pelo consumidor é um direito imotivado, sendo qualquer explicação sua um ato voluntário.

Quanto ao parágrafo único do art. 49, o mesmo autor ensina que:

Exercido o direito de arrependimento, o consumidor deverá receber de forma imediata a quantia paga, monetariamente atualizada, voltando ao status quo ante. Assim, todo e qualquer custo despendido pelo consumidor deverá ser ressarcido, como o valor das parcelas pagas, além de outros custos, como os de transporte, por exemplo. Além disso, a norma autoriza que a restituição seja feita de forma imediata, ou seja, o fornecedor não poderá impor prazo ao consumidor para que restitua os valores. (GARCIA, 2008, p.260).

Destarte, o direito de desistir do contrato independe de qualquer vício do produto ou serviço, posto que, "não se trata de defeitos que oportunizam a rescisão contratual." (BRAGA NETTO, 2011, p.295). Nessa esteira, o artigo 51 do CDC¹⁹, enumera um rol de cláusulas abusivas consideradas nulas de pleno direito, dentre elas, faz referência à devolução dos valores pagos pelo consumidor, garantidos pelo parágrafo único do artigo 49. Devem, então, ser restituídos integralmente pelo fornecedor, e com atualização monetária, sendo considerada abusiva e, portanto, nula qualquer cláusula que impossibilite essa restituição ou que imponha qualquer ônus ao consumidor pela sua desistência.

Ada Pellegrini Grinover e outros comentam que:

O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas em domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é ínsita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial. (GRINOVER et al, 2007, p.563).

No entanto, apesar do risco do negócio ser inerente à atividade empresária, Fabrício da Mota Alves (2007) aponta situações que entende caracterizar injustiça social e desequilíbrio nas rela-

ções comerciais em relação ao fornecedor. Cita, então, o comércio eletrônico de passagens aéreas, questionando-se se a venda de passagens aéreas pela Internet deve ou não respeitar o prazo de reflexão do direito de arrependimento.

Em primeiro lugar, considerando a mens legis do CDC, no tocante à necessidade de proteção do consumidor contra técnicas agressivas de marketing publicitário ou aquisição irrefletida ou, ainda, desconhecimento quanto ao produto a ser comercializado, não vemos como possa ser aplicado o art. 49. Isso porque o objeto do negócio jurídico – ou seja, a prestação de serviço de transporte aéreo – é atividade de conhecimento público e notório, que independe de prévia ciência do consumidor quanto à forma elementar de seu funcionamento. Resguardando-se a empresa de divulgar informações essenciais ao consumidor – em atenção, inclusive, ao que dispõe o CDC – como horários dos vãos, conexões, escalas, valor da passagem, tarifas, tipo de aeronave, serviços de bordo etc., estará plenamente satisfeita a exigência legal de publicidade das informações referentes ao serviço a ser prestado. Independe, pois, do desconhecimento do consumidor que pretende contratar o serviço de transporte aéreo. Além disso, a respeito das técnicas de marketing publicitário ou de aquisição irrefletida, também sobre isso não merece prosperar o direito de arrependimento. Ora, o consumidor, ao acessar a internet para adquirir uma passagem aérea, tem à sua disposição uma rede de informações ainda mais completa e de fácil visualização que o consumidor que adquire a passagem pessoalmente, no próprio estabelecimento comercial da empresa. (ALVES, 2007, p.6).

Da mesma forma, o comércio de arquivos digitais de som, imagens ou textos, pela facilidade de reprodução de mídias devido ao avanço tecnológico atual, pode conduzir a quebra da boa-fé objetiva do usuário que, ao abrir o lacre do recipiente que lhe foi enviado ou concluída a transmissão do arquivo digital para o seu computador, estará apto a simplesmente reproduzir o conteúdo e, em seguida, suscitar o seu arrependimento sobre o negócio efetivado, acarretando inegável prejuízo ao fornecedor do produto.

Fabrício da Mota Alves (2007) explica, ainda, que sob a ótica do princípio da isonomia e do equilíbrio das relações comerciais, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, o fornecedor,

a fim de evitar situação de aplicabilidade do direito de arrependimento, deve cercar-se de certas cautelas:

- 1) *No caso de músicas e textos, disponibilizar pequenos trechos, em qualidade suficiente para o conhecimento do consumidor;*
- 2) *No caso de aplicativos, criar chaves de restrição ou desenvolver aplicativos demonstrativos das principais capacidades do programa;*
- 3) *No caso de imagens, apresentar em tamanho reduzido uma pequena amostra. (Alves, 2007, p.2).*

As orientações acima são válidas e poderão evitar que o fornecedor seja prejudicado diante do exercício do direito de arrependimento do consumidor, mas não afastam totalmente a sua incidência, sobretudo porque os critérios de aplicação da norma jurídica são, ainda, muito subjetivos, dada a falta de restrições do CDC. Em linhas gerais, demonstra-se que, no caso concreto, acaso o direito de arrependimento seja utilizado abusivamente pelo consumidor, haverá inegável prejuízo à parte fornecedora da relação de consumo, o que não se compatibiliza com nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, insta ressaltar que o consumidor, em razão da desistência, tem a obrigação de devolver ao fornecedor o produto que adquiriu. E sendo um serviço, por exemplo, de acesso à Internet, solicitar o seu cancelamento dentro do prazo de reflexão.

Do exposto, verifica-se a extrema necessidade de evolução legislativa dessa norma, de forma a garantir o equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores, e atendimento aos novos meios de se contratar, especialmente, no comércio eletrônico.

5.1. Proposições legislativas sobre o direito de arrependimento

Em última análise, o prazo de reflexão para alguns é considerado insuficiente, tendo em vista que, em muitos casos, a complexidade técnica do produto ou serviço exige uma avaliação mais apurada pelo consumidor ao contratar fora do estabelecimento comercial, em especial, ao se tratar de contratação via Internet, no comércio eletrônico praticado por fornecedores através de suas lojas virtuais. As expectativas do consumidor podem ser frustradas ao refletir sobre o negócio celebrado, quando do recebimento do produto ou da prestação do serviço, ou antes, ao ponderar se aquela era a sua vontade de fato.

Sobre o direito de arrependimento do consumidor, consubstanciado no artigo 49 do CDC, o legislador brasileiro tem apresentado propostas para atender à atualização dos negócios efetivados no ambiente da Internet, como se seguem:

PL nº. 371, de 1999: apresentado pelo Deputado

Enio Bacci [PDT/RS], fixava, pela proposta inicial, o prazo de arrependimento em dez dias. Em 11 de novembro 2008 foi aprovado pela CCJ [Comissão de Constituição e Justiça] com redação final alterando o artigo 49 do CDC para fixar o prazo de arrependimento em 15 dias. Em 03 de dezembro de 2008 foi remetido ao Senado Federal. (BRASIL, 1999).

PL nº. 975, de 2003: apresentado pelo Deputado Antônio Carlos Pannunzio [PSDB/SP]. A proposta acrescenta o artigo 48-A à Lei nº. 8.078/1990, ampliando o direito de arrependimento a todos os tipos de contrato, determinando que a devolução do valor pago ocorra de forma imediata, com correção monetária, "ressalvados os custos do fornecedor referentes a transporte e faturamento." A proposta foi apensada ao PL 371/99, sendo arquivada em 18 de fevereiro de 2009. (BRASIL, 2003).

PL nº. 1.451, de 2003: apresentado pelo Deputado Severino Cavalcanti [PP/PE]. A matéria, no tocante ao artigo 49 do CDC, prevê expressamente o direito de arrependimento nas compras realizadas pela via do comércio eletrônico. Foi distribuída às Comissões de Defesa do Consumidor e de Constituição e Justiça e de Cidadania. Na primeira, em 22 de setembro de 2005, recebeu parecer favorável do relator, Deputado Celso Russomano [PP/SP], com substitutivo que amplia o prazo de reflexão para 15 dias, mantendo a proposta original do autor quanto ao comércio eletrônico. Em 6 de março de 2008 a proposta foi arquivada pela Coordenação de Comissões Permanentes. (BRASIL, 2003).

PLS nº. 396, de 2005: no Senado Federal, foi apresentado pelo Senador Rodolpho Tourinho [PFL/BA], propondo a alteração da Lei nº. 8.078/1990, para disciplinar as relações de consumo realizadas por meio eletrônico. No tocante ao artigo 49, a proposta apenas aumenta o rol exemplificativo de transações realizáveis fora do estabelecimento comercial, para abranger aquelas concluídas "pela rede mundial de computadores ou outro meio eletrônico." O projeto encontra-se em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa legislativa, desde 14 de novembro de 2008. (BRASIL, 2005).

PL nº. 5.995, de 2009: apresentado pelo Deputado Antônio Bulhões [PMDB-SP], que propõe a

alteração da Lei nº. 8.078/1990, para estender o direito de arrependimento ao consumidor que adquire produtos ou serviços, ou contrata o fornecimento deles, dentro do estabelecimento empresarial. Esta proposição retornou em 12 de maio de 2010 à apreciação da Comissão de Defesa do Consumidor, tendo em vista ter sido apresentado pelo Deputado Elismar Prado em 16 de março de 2010 um substitutivo a este Projeto, mantendo a redação atual do artigo 49 do CDC, com o prazo de 7 (sete) dias para o exercício do direito de arrependimento quando a contratação ocorrer fora do estabelecimento empresarial, e alterando a parte final da redação para "especialmente por telefone, a domicílio ou por comércio eletrônico." (BRASIL, 2009).

PL nº. 7.194, de 2010: apresentado pelo Deputado César Silvestri [PPS-PR], altera a parte final do caput do artigo 49 do CDC para "especialmente por telefone, a domicílio ou pela internet." Acrescenta o §4º a esse dispositivo para determinar que o direito de arrependimento só se concretize caso o consumidor devolva o produto nas mesmas condições em que o recebeu. Este projeto foi apensado ao PL de nº. 5.995/2009, em 5 de maio de 2010. (BRASIL, 2010).

O que se percebe, portanto, é que as propostas do legislador brasileiro apesar de serem diversas, não chegam a um senso comum, de maneira a atender os anseios do consumidor por uma normatização segura e que contemple todos os aspectos tecnológicos e jurídicos da relação de consumo estabelecida no meio eletrônico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Internet produziu uma revolução para o comércio, fomentando a economia ao movimentar bilhões de reais no e-commerce. Também o acesso à rede mundial deixou de ser um requinte das classes sociais mais elevadas, popularizando-se o seu uso de forma a prover as necessidades humanas de consumo em um mundo imediatista e globalizado.

Em contrapartida aos benefícios apresentados na relação de consumo virtual surgem também novas formas de agressão ao direito do consumidor, exigindo-se que haja um acompanhamento permanente e modulação da regulamentação legal de forma a coibir os excessos da publicidade e do marketing agressivo, e, também, a omissão ou imprecisão de informações na oferta veiculada via internet pelos fornecedores virtuais.

Enquanto no Legislativo os projetos de lei a respeito são diversos e ainda não concluídos, no Judiciário a resolução de conflitos oriundos da contratação eletrônica é feita com fundamento na interpretação doutrinária e jurisprudencial dos atuais diplomas legais, o Código de Defesa do Consumidor, e subsidiariamente, o Código Civil, não se olvidando das demais leis que compõem o sistema de proteção ao consumidor no Brasil. Todavia, as incertezas na aplicação das referidas leis que não alcançam tecnicamente todas as novas situações fáticas desse meio (virtual) causam desconforto e insegurança maior para os sujeitos da relação jurídica de consumo em litígio.

Para tanto, não é a lei somente que deve se modernizar, mas o legislador, para que compreenda o ambiente eletrônico e, cognitivamente, possa se definir dentre os diversos projetos de lei apresentados, pertinentes à matéria contextualizada no direito de arrependimento, ou, então, produzir norma especial que atinja toda a seara do Direito Eletrônico. Quanto à segurança e à confiança no comércio eletrônico, têm sido elas demonstradas nos altos índices de contratações realizadas, cada vez mais firmadas pela utilização de ferramentas tecnológicas, como a assinatura digital e certificação digital.

Essas contratações através da Internet, já se consolidam como indispensáveis ao cotidiano das pessoas, uma vez que, através das lojas virtuais abertas 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias no ano, o consumidor pode efetuar compras durante 7 (sete) dias por semana, 24 (vinte e quatro) horas por dia e em qualquer lugar do mundo.

Todavia, o fornecedor virtual não pode fazer do comércio eletrônico um meio de manipulação, através do marketing direto e agressivo de produtos e serviços, da vontade do consumidor, tendo em vista a vulnerabilidade informacional, técnica, jurídica, econômica e fática deste último. Nesse contexto, não é por um clique do mouse de forma impensada e correspondendo à assinatura de um contrato indesejado, que o consumidor se encontrará obrigado contratualmente.

Também não estará o consumidor obrigado a manter-se vinculado a um contrato, mesmo que tenha sido celebrado por sua declaração de vontade expressa, caso a contratação se dê fora do estabelecimento comercial, in casu, nas lojas virtuais, pois tem o direito de refletir durante o prazo de 7 (sete) dias após o recebimento do produto ou serviço e, independente, de justificativas e sem incidir em perdas e danos, poderá exercer o seu direito de arrependimento. Deve, então, devolver o produto ou cancelar o serviço e, por conseguinte, ser-lhe-ão devolvidos pelo fornecedor todos os valores desembolsados, monetariamente atualizados, inclusive, as despesas com frete e postagem eventualmente pagos.

Na atual estrutura principiológica do Direito do Consumidor

pode-se verificar que princípios como a boa-fé objetiva, da vulnerabilidade do consumidor, da informação, da transparência e da confiança são plenamente aplicáveis como norteadores da conduta das partes na relação de consumo virtual. Destes deveres jurídicos, sobressaem os deveres anexos da boa-fé objetiva que, caso violados geram o inadimplemento do contrato - violação positiva do contrato -, e, por conseguinte, a responsabilidade objetiva, daquele que lhe deu causa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício da Mota. O direito de arrependimento do consumidor: exceções à regra e necessidade de evolução legislativa no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1353, 16 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9605>>. Acesso em: 25 de out. 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 6ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. 540 p.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei nº. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 12 de nov. 2010.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 de out. 2010.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Lei 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 11 de out. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei 371/1999. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15366>. Acesso em: 27 de out. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei 396/2005. Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76025>. Acesso em: 01 de nov. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei 975/2003. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe

[asp?id=115157](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=115157)>. Acesso em: 27 de out. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei 1451/2003. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=124047>. Acesso em: 27 de out. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei 5.995/2009. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=448812>. Acesso em: 28 de out. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei 7.194/2010. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=474817>. Acesso em: 27 de out. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei 7.459/2010. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=480255>. Acesso em: 27 de out. 2010.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: volume 1: parte geral, tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico*. 3. ed. aumentada e inteiramente revista Coimbra: Almedina, 2005.

Enunciado nº24 do Conselho da Justiça Federal. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daeth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JÚNIOR, Marco Antônio. *Direito do consumidor: difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do Direito Civil no Século XXI*. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atuali-*

dades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.93-114.

LIMA, Eduardo Weiss Martins de. Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional. São Paulo: Atlas, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005.

LORENZETTI, Ricardo L. Comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos tãxis: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.611-661.

MATTOS, Analice Castor de. Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico. Curitiba: Juruá, 2009.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.307-324.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção constitucional do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: Direito Civil: atualidades III- princípios jurídicos no direito privado. FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 403-450.

TARTUCE, Flávio. Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2.ed., São Paulo: Método, 2007.

TURBAN, Efraim; KING, David. Comércio Eletrônico: Estratégia e Gestão. - trad. Arlete Simille Marques; revisão técnica Belmiro João, Erico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

NOTAS DE FIM

1 Doutorando e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro da Associação Mineira de Direito & Economia (AMDE). Advogado. E-mail: michael@adv.oabmg.org.br

2 Pós-graduando em Direito Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Promove. Coordenador de Atendimento e Suporte Técnico da PRODABEL (Empresa de Informática e Informação do Município de Belo Horizonte S/A). E-mail: wellington.fonseca@pbh.gov.br

3 Art.3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

4 Art.2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 1990).

5 Nesse sentido ver: MARQUES (2006, p.305-306, 338-339 e 347-353); BRAGA NETTO (2011, p.90-93); BENJAMIN; MARQUES; BESSA (2008, p.72-73).

6 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. (BRASIL, 1990).

7 Spyware consiste num programa automático de computador, que recolhe informações sobre o usuário, sobre os seus costumes na Internet e transmite essa informação a uma entidade externa na Internet, sem o seu conhecimento nem o seu consentimento. Backdoor (também conhecido por Porta dos fundos) é uma falha de segurança que pode existir em um programa de computador ou sistema operacional, que pode permitir a invasão do sistema por um cracker para que ele possa obter um total controle da máquina. Muitos crackers utilizam-se de um Backdoor para instalar vírus de computador ou outros programas maliciosos, conhecidos

como malware. Keylogger (que significa registrador do teclado em inglês) é um programa de computador do tipo spyware cuja finalidade é coletar informações de usuários, como nomes de usuário e senhas de contas de e-mail, sites de relacionamento, mensageiros instantâneos e qualquer outro serviço que precise de senha para se conectar, inclusive dados de acesso à contas bancárias, números de cartão de crédito e afins. Worm (verme, em português), em computação, é um programa auto-replicante, semelhante a um vírus. Enquanto um vírus infecta um programa e necessita deste programa hospedeiro para se propagar, o Worm é um programa completo e não precisa de outro para se propagar. Um worm pode ser projetado para tomar ações maliciosas após infestar um sistema, além de se auto-replicar, pode deletar arquivos em um sistema ou enviar documentos por email.

8 Hackers (singular: hacker) são indivíduos que elaboram e modificam software e hardware de computadores, seja desenvolvendo funcionalidades novas, seja adaptando as antigas. A verdadeira expressão para invasores de computadores é denominada Cracker e o termo designa programadores maliciosos e ciberpiratas que agem com o intuito de violar ilegal ou imoralmente sistemas cibernéticos.

9 MARTINS (2000, p.104-105); MARTINS-COSTA (2002, p.634); LÔBO (2005, p.76).

10 Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, 1990).

11 Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade.

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (BRASIL, 1990).

12 Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, despreze valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (BRASIL, 1990, grifos nossos).

13 Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (BRASIL, 1916).

14 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 1990).

15 Reclamações contra empresas de comércio eletrônico estão em alta, principalmente quando o assunto é atraso na entrega. Para se ter uma ideia, o Procon Municipal de Belo Horizonte recebeu somente nos primeiros 10 meses deste ano 1.268 queixas contra lojas virtuais, sendo que no mesmo período de 2009 esse número era de 767, crescimento de 60,5% em apenas um ano. Matéria veiculada pelo Estado de Minas on-line em 15/11/2010. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2010/11/15/internas_economia,192467/antecipar-compra-em-sites-evita-problemas.shtml>. Acesso em: 16 de nov. 2010.

16 LÔBO (2005, p.300-302). Nesse sentido ver o Enunciado nº24 do Conselho da Justiça Federal, que interpretando o art.422 CC/02, concluiu que "em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa." (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2010).

17 Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados. (BRASIL, 1990).

18 A título ilustrativo colaciona-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que foi negado, por unanimidade, provimento ao recurso de apelação civil contra a sentença que proveu em favor do direito de arrependimento em compra realizada pela internet. EMENTA: Consumidor. Compra e venda fora do estabelecimento comercial. Exercício do Direito de Arrependimento. Pagamento parcelado através de cartão de crédito. Persistência das cobranças em que pese o cancelamento da compra. Responsabilidade solidária da comerciante e da administradora do

cartão. Situação que culmina com a inscrição do nome da demandante em róis de inadimplentes. Danos morais configurados in re ipsa. Recursos desprovidos. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Recurso Cível nº71001783364, 2008).

19 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código. (BRASIL, 1990).

REORGANIZAÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS: INCORPORAÇÕES E CISÕES

Márcio Xavier Coelho¹

RESUMO: Através do presente trabalho desenvolveu-se uma análise da reorganização de sociedades empresárias, pelos mecanismos de incorporação e cisão, analisando-se os procedimentos jurídicos legalmente impostos e seus efeitos, bem como a natureza econômica dos respectivos atos.

PALAVRAS-CHAVE: reorganização de empresa; incorporação; cisão; natureza econômica.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Empresarial

1 INTRODUÇÃO

Independentemente do caráter jurídico que possam assumir, as sociedades enquadram-se em um conceito orgânico, assim como outras estruturas, como é o Estado, por exemplo. Sob este aspecto, há para iguais organizações a legitimidade de sua estruturação, sendo que modernamente os Estados se orientam por suas Constituições, enquanto que as sociedades, como sujeitas à soberania do primeiro, condicionam-se às disposições do ordenamento jurídico estatal soberano.

As organizações desempenham importante papel na formação e desenvolvimento das atividades humanas, quase tudo sendo realizado por meio delas. Os administradores Lacombe & Heilborn (2003: 12) conceituam as organizações como sendo o grupo de pessoas que se constitui de forma organizada para atingir objetivos comuns.

Embora haja quem, como Claude Champaud, citado por Bulgarelli (1999: 196), afirme ser o fenômeno da concentração de empresas uma prática antiga, há que se considerar que as entidades estatais também já o praticavam, como nos casos de união pessoal, união real e união incorporada, segundo lições de Teoria Geral do Estado desenvolvida por Darcy Azambuja (1997: 366/367), além de outras formas modernas como a confederação e a federação. E mesmo antes dessas práticas de Estado, tinham-se elementos mais rudimentares e localizados em partes específicas do corpo social, como as famílias e tribos.

As práticas sociais ou Estatais influenciaram o direito privado, ou foi este o inspirador para estes fenômenos de organização/reorganização estatal? Fato é que organismos estatais se formam de acordo com sua conjuntura social e política.

Aliás, a Constituição da República Federativa do Brasil

(art.18) disciplina para sua organização político-administrativa, a real possibilidade de fusão, incorporação, desmembramento (cisão parcial) ou subdivisão (cisão total) de Estados e Municípios.

As companhias, desde seu surgimento até o atual estágio em que se encontram, passaram por grande evolução, sendo que tratadistas em direito comercial, como Marlon Tomazette (2009: 385) reconhecem nas sociedades coloniais do início do século XVII as primeiras sociedades anônimas, como é o caso da Companhia das Índias Orientais.

Não obstante à análise dos níveis orgânicos supra mencionados, concebe-se da premissa geral de que ao se falar em reorganização societária, presume-se que haja o antecedente de organização, que pode ser definido como a ordenação das partes de um todo. Logo, reorganizar é elaborar nova estrutura do organismo já existente, sendo que no presente trabalho, será analisado o caráter de reorganização das companhias brasileiras, sob o enfoque das técnicas de incorporação e cisão.

Cunha (2007, p.310)² adverte que para as reorganizações societárias deve se ter atenção no exercício da administração, pois, pode ocorrer profunda alteração da companhia e abuso de poder por parte dos controladores, mas ressalva que a legislação procurou resguardar os direitos dos minoritários, com a determinação de certo quórum e conferindo direito de retirada.

2 DEFINIÇÕES CONCEITUAIS DE INCORPORAÇÃO E CISÃO

Para cumprir a missão científica de conceituar, antes mesmo de sistematizar as circunstâncias e pormenores que envolvem tais condições, deve ser reportado à regra base do direito empresarial brasileiro, que a partir da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 unificou a matéria no Código Civil, em especial no Livro II, chamado "direito de empresa". Aliás, o Código Civil assim fixa:

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprova-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Estranho notar que o referido Código Civil, embora conste na rubrica do Capítulo X, do Título II a expressa menção ao nome cisão, não cuidou de realizar definição conceitual. Todavia, a matéria deve ser tratada no âmbito da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedade por Ações - LSA), já que o objeto deste trabalho está limitado ao estudo da sociedade anônima. Neste aspecto:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Ainda em sede de definição conceitual, a LSA também prescreve o conceito jurídico de cisão, a ver:

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Partindo de uma conceituação doutrinária, Borba (2001: 440) conclui:

Na incorporação, uma sociedade absorve outra ou outras que, para tanto, se extinguem; na fusão,

duas ou mais sociedades se extinguem, para que, da conjugação dos vários patrimônios, surja uma nova sociedade; na cisão, a sociedade se subdivide, dando lugar a novas sociedades ou à integração das partes separadas em sociedades existentes.³

Segundo Bulgarelli (1999: 216) a incorporação consiste:

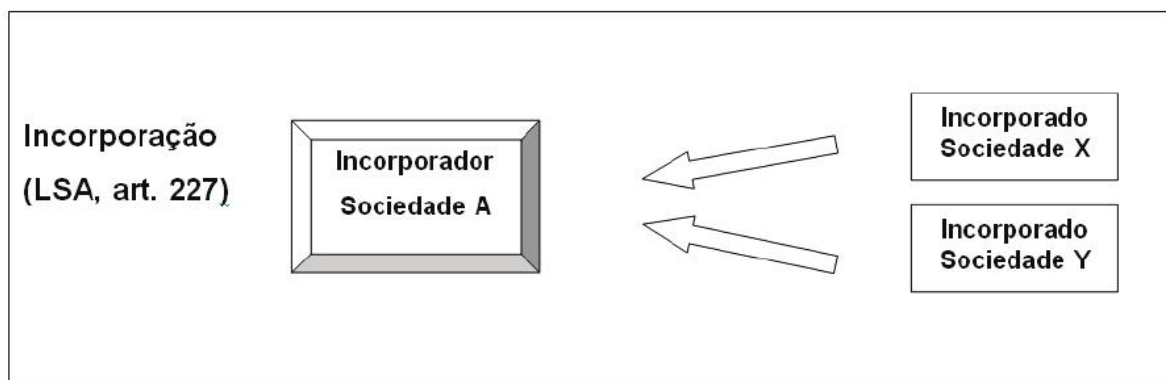
na operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Há, portanto, a transposição, em bloco, do patrimônio e dos acionistas ou sócios das incorporadas para a incorporadora, que, permanecendo, emite ações e as entregas aos acionistas ou sócios das incorporadas, por força da lei, em todos os direitos e obrigações.⁴

Relativamente à cisão, Neto (2008: 652/653) afirma que:

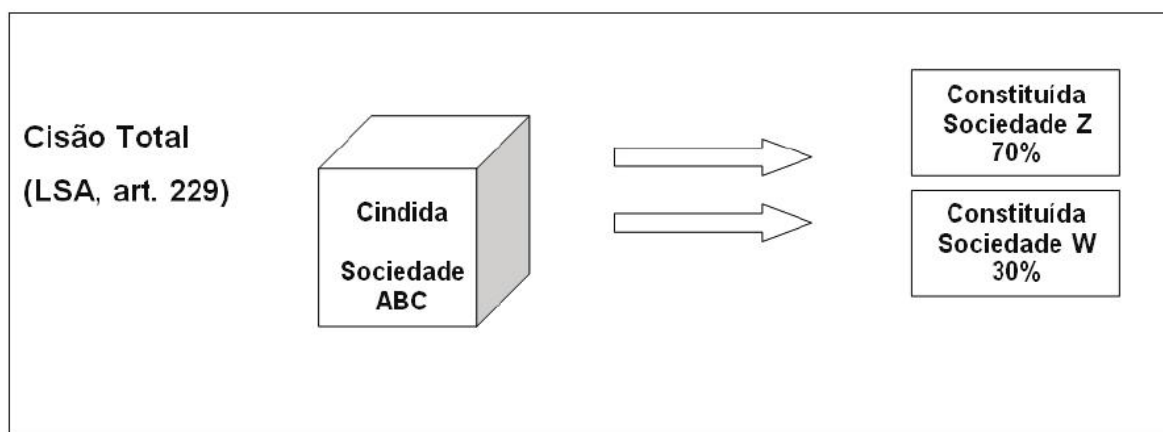
Art. 229: nota 1c. A cisão é o processo pelo qual a sociedade, por deliberação tomada na forma prevista para alteração do estatuto ou contrato social, transfere todo ou parcela do seu patrimônio para sociedades existentes ou constituídas para esse fim, com a extinção da sociedade cindida, se a versão for total, ou redução do capital, se parcial.

Dos dispositivos legais e opiniões doutrinárias mencionadas, pode-se tecer a título de ilustração, as seguintes hipóteses figurativas:

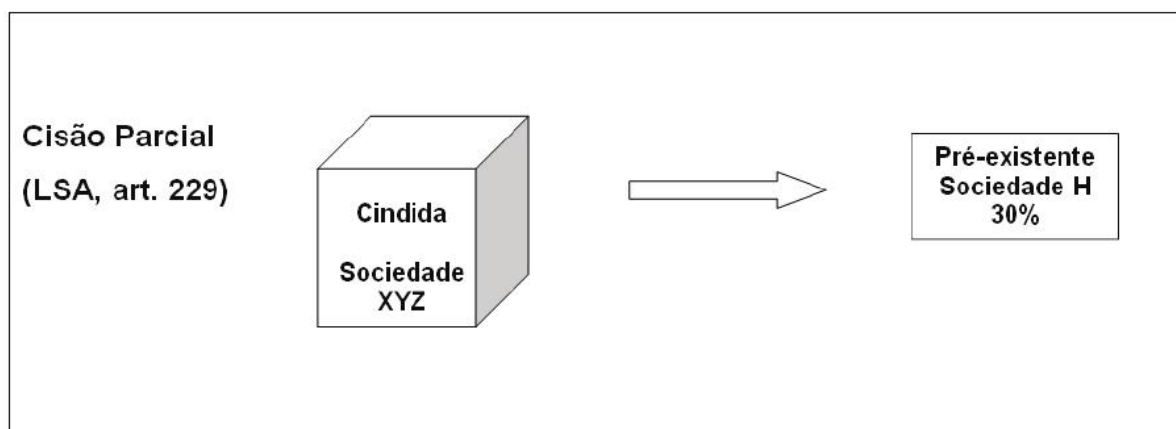
No exemplo acima, o Incorporador (Sociedade A) assume toda



a estrutura dos Incorporados (Sociedades X e Y). Estas, tendo em vista a absorção de todos os direitos e obrigações, deixam de existir.



Nesta forma de cisão total, a companhia cindida (Sociedade ABC) deixa de existir, tendo em vista que transfere (versão) a integridade de seu patrimônio à outras sociedades constituídas (Z, em 70% e W, em 30%).



Neste exemplo, a cindida (Sociedade XYZ) transferiu apenas 30% (trinta por cento) de seu patrimônio à pré-existente (Sociedade H). Logo, a primeira não desaparecerá, devendo haver apenas uma readequação do capital.

3 NATUREZA ECONÔMICA DA INCORPORAÇÃO E CISÃO

Os fenômenos de reorganização societária ocorrem por diversas causas e objetivos, portanto, pode-se realizar com o fim de concretizar absorção de empresa mais fraca pela mais forte, ou simplesmente para fugir da atração das leis que regulam o abuso do poder econômico.

De acordo com Modesto Carvalhosa (p. 215): a concentração é um "desdobramento (cisão) ou desaparecimento de uma (incorporação) ou de mais companhias (fusão). Esses negócios jurídicos afetam a personalidade jurídica das sociedades envolvidas, seja para desmembrá-las (cisão parcial), seja para extingui-las, uma ou outra (incorporação), ou ambas (cisão plena e fusão)".

O renomado Corrêa-Lima⁵ anuncia que o fenômeno da cisão é o de realizar concentração empresarial:

A primeira impressão é que se trata de negócio

*de reorganização de empresas. Ocorre que esta concepção lógica aplica-se apenas às cisões de sociedades fechadas, de nível familiar, que fazem a partilha dos bens sociais através desse negócio. Para as grandes empresas, o instituto da cisão serve não como meio, mas como fim para a concentração, na medida em que racionaliza o patrimônio social da companhia, dele afastando atividades empresariais que não são do interesse da concentração. As operações de cisão de companhias estratégicas ou grandes constitui a causa eficiente da causa final, que é a concentração.*⁶

Consoante a opinião doutrinária, a finalidade lógica da separação patrimonial consubstanciada na cisão, só ocorre em empresas fechadas e familiares. É que nestas, o objetivo é simplesmente divisão. Todavia, as modernas e grandes companhias, utilizam o instituto da cisão como meio de concentração patrimonial, ou seja, extirpam de sua estrutura aquilo que é desnecessário para certa atividade, possibilitando a execução compactada e com maior eficiência de outras atividades a que elegem como de interesse.

4 DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS APLICÁVEIS

A disciplina jurídica dos atos de incorporação e cisão das companhias observa preceitos decorrentes da legislação empresarial, bem assim quanto às normas administrativas expedidas pelas entidades legalmente competentes.

São aplicáveis à matéria de incorporação e cisão, as disposições básicas e gerais constantes da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), em especial do art. 1.113 *usque* 1.122, constante do Capítulo X, do Subtítulo II, Título II, Livro II da Parte Especial.

Como matéria específica relacionada à sociedade anônima, está disciplinado do art. 220 *usque* 234 constante do Capítulo XVII da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações).

Ademais, destaca-se o poder regulamentar conferido à CVM – Comissão de Valores Mobiliários⁷, com a competência que lhe foi reservada pela Lei n.º 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Entre os atos mais particulares da CVM – Comissão de Valores Mobiliários, destaca-se a Instrução n.º 319, de 03 de dezembro de 1999 (Publicada no D.O.U. de 06/12/1999 e posteriormente alterada pelas Instruções n.º 320/99 e 349/01), tendo por objeto a disposição sobre as operações de incorporação, fusão e cisão envolvendo companhia aberta.

Destaca-se ainda o Parecer de Orientação n.º 035 de 01 de setembro de 2008 (D.O.U. de 02/09/2008), estabelece deveres

fiduciários dos administradores nas operações de fusão, incorporação e incorporação de ações envolvendo a sociedade controladora e suas controladas ou sociedades sob controle comum.

Também deve ser observado o Parecer de Orientação n.º 034 de 18 de agosto de 2006 (Publicado no D.O.U. de 22/08/06), que determina o impedimento de voto em casos de benefício particular em operações de incorporação e incorporação de ações em que sejam atribuídos diferentes valores para as ações de emissão de companhia envolvida na operação, conforme sua espécie, classe ou titularidade.

Outro ato administrativo de peculiar interesse de competência do DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio⁸ é a Instrução Normativa n.º 88, de 02 de agosto de 2001, que dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis. De igual importância é a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 (em especial dos arts. 54 a 57), que transforma o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁹ em autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

5 DOS INSTRUMENTOS COMUNS

Uma vez definidos os conceitos de incorporação e cisão, bem assim fixada a base de regulamentação legal destes institutos, necessário discorrer sobre a forma de sua materialização, enfim, o procedimento.

5.1 NATUREZA DAS SOCIEDADES ENVOLVIDAS

As operações de incorporação e cisão podem ocorrer entre sociedades de mesmo ou diferente tipos, ou melhor explicando, entre sociedades anônimas entre si, ou entre estas e limitadas, por exemplo, o que se conclui da leitura que envolve a primeira parte do *caput* do art. 223 da LSA.

Para a completude deste entendimento, deve-se entender por tipos societários empresariais (Código Civil, art. 1.039 *usque* 1.092) como a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade limitada, a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações. Por não corresponder a uma feição de sociedade empresária não se enquadra neste conceito a sociedade cooperativa (CC, art. 1.093 *c/c* Lei n.º 5.764/71), mas há quem arrole a sociedade simples como dentro do campo das possibilidades, como o fez Neto (2008: 635)¹⁰.

Importante observar que os estatutos ou contratos sociais deviam disciplinar o modo de deliberar sobre as situações de incorporação e fusão, semelhantemente ao previsto para a alteração dos mencionados instrumentos. Embora haja uma certa liberdade para a realização das operações de fusão e incorporação, portanto, tendo como pressuposto a aglutinação de estruturas, fortaleci-

da pela concentração econômica, com o notório objetivo de abarcar uma parcela cada vez maior do mercado, tal incorporação, nos termos do art. 54, § 4º da Lei n.º 8.884/94 deve contar com a aprovação da SNDE – Secretaria Nacional de Defesa Econômica.

Também quanto à incorporação, deve ser observado a necessidade de nacionalização de sociedades estrangeiras, para eficácia do ato. Na incorporação que envolva companhias abertas, as sucessoras também serão companhias abertas, observando as regras determinadas pela CVM – Comissão de Valores Mobiliários. Neste ponto, a doutrina¹¹ chama a atenção para o disposto no art. 223, § 3º da LSA.

A doutrina nomina a incorporação de subsidiária integral¹² de “aparente” ou “falsa incorporação” pelo só fato de a incorporadora ser a única acionista da incorporada, que é unipessoal.

Também será possível a incorporação de sociedade controlada (LSA, art. 264), caso em que deverá haver cálculos razoáveis de substituição das ações dos acionistas não controladores da controlada com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados sob o mesmo critério, data e com preço de mercado ou outro critério definido pela CVM, caso se trate de companhia aberta.

5.2 DO PROTOCOLO

A guisa de especulação, este Protocolo deve ter influenciado o legislador quanto aos procedimentos de criação de consórcios públicos, tendo em vista a existência de determinação para firmar-se um “Protocolo de Intenções” entre os entes envolvidos (art. 3º da Lei 11.107/2005), que refletem situações de associação.

Determina o art. 224 da Lei n.º 6.404/76 que deverá haver um documento intitulado “Protocolo” a ser patrocinado pelos administradores ou sócios das entidades envolvidas. Tal instrumento possibilitará ampla divulgação¹³ aos acionistas minoritários e proteção aos credores, corrigindo-se lacuna presente na legislação anterior, o que foi comemorado pela doutrina¹⁴, que alude haver certa liberdade de procedimentos na legislação anterior.

Pode-se dizer que este Protocolo representa as “bases da operação” (CC, art. 1.117) a ser realizada, e deverá forma-se com as informações abaixo transcritas, e outras questões técnicas facultativamente inseridas, tendo em vista que o rol legal é apenas exemplificativo e não impõem limitações neste sentido:

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de Protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão

atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

Referido Protocolo não possui caráter definitivo, mas de pré-contrato, portanto, precisa ser apreciado e autorizado por quem legitimamente possui poderes para tanto, no caso a Assembleia Geral. Assim, qualquer alteração em seu conteúdo implica na celebração de novo protocolo para ulterior deliberação, sendo interpretado como recusa e não sendo lícito à Assembleia promover sua alteração¹⁵.

E sua importância é tamanha que obriga as sociedades pactuantes a deliberarem, seja aprovando, seja rejeitando. Ocorrendo esta última hipótese, não remanesce qualquer responsabilidade sob o argumento de frustração de direitos, posto que, na forma do ordenamento jurídico, é plenamente aceitável e imaginada a ocorrência de não-aprovação deste instrumento jurídico.

É praxe, no meio empresarial, segundo comenta Carvalhosa, a celebração de um “acordo preliminar” ao protocolo semelhante ao acordo de acionistas, ou seja, fixando-se obrigações e inclusive multa aos sócios ou acionistas controladores que se retratarem do negócio por meio da assembleia. Neste caso, a obrigação incide não sobre a sociedade.¹⁶

Convém esclarecer, todavia, que este protocolo encerra a característica de bilateralidade, impondo o cumprimento das obrigações de promoverem o laudo de avaliação e a Assembleia-Geral Extraordinária. Isto sim, constitui obrigação passível de alguns efeitos, entre eles, o de a parte adimplente considerar resolvido o pré-contrato pela inadimplência do outro.

O protocolo se encerra com a aprovação pela assembleia, mas poderá perder sua vigência e eficácia, em situações como o descumprimento dos prazos para apresentação do laudo e assembleia e o distrato pelos administradores, antes de apresentação à assembleia, pois, da mesma forma que mantém poderes para constituir o protocolo, possuem estes poderes para desconstituí-lo.

Esta Assembléia-Geral Extraordinária, para validar o Protocolo, precisa manifestar-se favoravelmente pela aprovação da incorporação ou cisão em um *quorum* que represente metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão. É o que estabelece a Lei n.º 6.404/76 (art. 136, IV e IX).

Necessário destacar que haverá uma Assembléia-Geral Extraordinária no âmbito de cada Companhia envolvida, exigindo-se idêntico *quorum* de aprovação. Todavia, se a incorporada for uma Limitada, por exemplo, o *quorum* se eleva para três quartos do capital social (CC, art. 1.071, VI c/c art. 1.076, I).

5.3 DA JUSTIFICAÇÃO

Na forma da legislação anteriormente vigente sobre Sociedade Anônima, não havia a figura da justificação, mas apenas cabia à Assembléia apreciar as "bases da operação".

Todavia, consoante dispõe a Lei n.º 6.404/76, cujo art. 225 segue abaixo transcrito, passou-se a estabelecer a necessidade de uma justificação, cujo documento deverá conter cláusulas para sua realização, a ver:

Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembleia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos:

I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;

II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista;

III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;

IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

Esta justificação, que é a razão de sua realização, que deve ser apresentada juntamente com o Protocolo, deve conter informações necessárias sobre a viabilidade econômica do negócio a

ser realizado, contendo a motivação do interesse em sua realização, ou seja, qual é o objetivo a se atingir.

Trata-se de documento complementar ao protocolo, também de caráter técnico e que servirá de orientação à Assembleia-Geral.

5.4 DA AVALIAÇÃO

A Lei n.º 6.404/76 menciona a necessidade de avaliação no art. 224, inciso III, quando indica que o protocolo deverá conter os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data e as variações patrimoniais posteriores.

O mesmo artigo 224, respectivamente no inciso V e no parágrafo único, consagra a necessidade de avaliação do capital das sociedades a serem criadas ou o aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação, bem assim a estimativa dos valores ainda não determinados.

Em conjugação com os dispositivos acima, o art. 226, *caput*, destaca que a incorporação ou a cisão só poderá ocorrer nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação do capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar.

Logo, conclui-se que há a necessidade prévia e concomitante de avaliação, praticada por peritos devidamente capacitados e escolhidos pela assembleia (LSA, art. 227, § 1º). Ademais, o laudo de avaliação uma vez aprovado, conduz à extinção da incorporada (LSA, art. 227, § 2º).

Relativamente à operação de cisão, diz o art. 229, § 2º da LSA que também deverá ocorrer, pela assembleia, a nomeação dos peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida.

Quanto ao critério adotado para avaliação, Modesto Carvalhosa¹⁷ noticia que parte da doutrina entende ser cabível às sociedades, que as administrações estão liberadas para definir os critérios de avaliação. Todavia, funda-se no critério do valor real (de mercado)¹⁸ para definir que esta é a única opção, pois, se fosse para se reportar apenas ao balanço existente, de que serviria a nomeação de peritos.

No mesmo aspecto, Ludícibus (2000, p. 467)¹⁹ destaca que "normalmente essas operações são feitas com base em valores apurados em laudos de avaliação dos peritos que são nomeados em assembleia para tal fim".

Portanto, reputa-se aplicável as disposições contidas no art. 8º da LSA²⁰.

5.5 DA FORMAÇÃO DO CAPITAL

As questões de reorganização implicam em sensível modificação na estrutura e às vezes na própria existência das sociedades,

por essa razão, o art. 226 ao dispor sobre a formação do capital, traz ínsito a intenção de proteger os credores.

Tomar-se-á por parâmetro as questões contábeis, definidas pelo laudo²¹ formado pelos peritos nomeados, preconizadas no protocolo e justificação. Observe-se que na incorporação haverá a versão do patrimônio líquido da incorporada em favor da incorporadora, sendo que na cisão, a transposição será total ou parcial, conforme o caso, do patrimônio da cindida para a nova sociedade ou a já preexistente.

Com base no caput do art. 226 da LSA, Carvalhosa²² ressalta que o capital social deve refletir exatamente o valor do patrimônio líquido resultante do negócio, para assim terem os credores segura referência quanto à segurança jurídica de seus créditos. Ora, tal efeito só se concretiza quando efetivamente se constata que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação do capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar.

Quando a companhia incorporadora for proprietária de ações ou quotas do capital da sociedade incorporada, consoante restar especificado no protocolo, estabelecerem que estas ações ou quotas se tem por extintas ou alternativamente, fixar que elas serão substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas que não as legais.

De acordo com Batalha & Netto²³ para a segunda hipótese, é que estas ações mantidas em tesouraria não têm direito de voto ou ao recebimento de dividendos. Já se decidiu, outrossim, sobre a realização de incorporação de sociedade em liquidação, ou seja, com patrimônio negativo. Neste sentido, Coelho (2000, p.763) destaca:

(1954) A Secretária de Comércio e Serviços do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, com base em Parecer da Consultoria Jurídica do mesmo Ministério, deu provimento a recurso interposto contra decisão da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, para fins de reformar e deferir o arquivamento de ato de incorporação de uma sociedade em liquidação com patrimônio líquido negativo. É a seguinte a ementa do referido parecer da lavra do Consultor José Mário Bimbato: "Registro do Comércio. Sociedade Anônima. Incorporação de sociedade com patrimônio líquido negativo. Possibilidade jurídica. Ressalvados os direitos de acionistas e terceiros, é possível a incorporação de sociedade com patrimônio negativo. Não obsta à incorporação o fato de estar em liquidação a sociedade incorporada" (DOU, 9 já. 1997, p. 504).²⁴

6 DA INCORPORAÇÃO: PROCEDIMENTO, DIREITOS E EFEITOS

Após elaboração do protocolo e justificação por parte do órgão de administração da incorporadora, deverá ser convocada assembleia para deliberação. Realizada a assembleia e aprovada a operação, deverá haver a nomeação dos peritos para avaliação, bem assim a aprovação do aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão de seu patrimônio líquido.

Relativamente quanto à sociedade incorporada, havendo a aprovação da operação, ficarão os administradores autorizados a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

Subsequentemente, com a aprovação do laudo de avaliação e a incorporação da incorporada junto à incorporadora, fica extinta a primeira e autorizada a segunda a promover o arquivamento e publicações dos atos de incorporação.

Quando se tratar de incorporação de companhia controlada (LSA, art. 264), será necessário, além do protocolo e justificação, de submissão à assembleia-geral da controlada, do cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores (minoritários), que deve ser realizado por no mínimo 03 (três) peritos ou empresa especializada, o que não ocorrerá no caso de as ações do capital da controlada terem sido adquiridas no pregão da bolsa de valores ou mediante oferta pública.

Em sua dissertação de mestrado, Pires²⁵ destaca como efeitos básicos da incorporação a extinção da(s) sociedade(s) incorporada(s), sem que se realize as fases de dissolução e liquidação; a sucessão universal pela sociedade incorporadora de direitos e obrigações; averiguação do patrimônio líquido da(s) sociedade(s) incorporadas para fins de alteração do contrato ou estatuto da incorporadora e a passagem dos sócios da incorporada para a incorporadora. Portanto, pode-se esquematizar que na incorporação ocorrerá:

Extinção da sociedade incorporada e perda da personalidade jurídica;
Assunção de todos os direitos e obrigações pela sociedade incorporadora;
Os antigos administradores da sociedade incorporadora respondem pela evicção ou vícios redibitórios sobre o patrimônio vertido;
Criação de novos vínculos societários (contrato plurilateral);

Paraiso (2000, p. 94/95) comenta sobre o direito de retirada na incorporação e cisão, ressaltando que:

O principal fundamento na concessão do direito de retirada nestas hipóteses é a modificação de grande vulto que a sociedade, em geral, sofre em consequência de uma destas operações.

De fato, uma incorporação, uma fusão ou uma cisão total implicará sempre extinção de sociedades. Nestes casos, o exercício do direito de retirada é plenamente justificado, uma vez que a sociedade deixará de existir. Uma cisão parcial, por seu turno, envolverá, para a sociedade cindida, a divisão de seu patrimônio líquido, com uma conseqüente redução do capital.

Por outro lado, a não concessão do direito de retirada aos acionistas da sociedade incorporadora e das que absorverem patrimônio, na cisão, é perfeitamente explicável. Para estas sociedades, as operações importarão em aumento de capital e, portanto, aumento do respectivo patrimônio líquido.²⁶

Aos que criticam a não concessão ao direito de retirada na incorporação sob o argumento de que, embora a sociedade incorporadora tenha aumento de capital, com transferência de patrimônio, também receberá o passivo da incorporada, pois sucederá não só em direitos, mas também em obrigações.

Estabelece o art. 230 da LSA a instituição deste direito de retirada, porém, fixa o prazo de 30 (trinta) dias²⁷ contados a partir da publicação da ata que aprovar o protocolo ou justificacão. Este direito, cujos efeitos de reembolso só se operam caso a operação venha a se concretizar, se exerce não em função da companhia que o acionista faz parte, mas daquela que ele quer evitar fazer.

Outra forma de exercer o direito de recesso é a constante do art. 223, § 4º da LSA, onde se interpreta que há um dever por parte da sociedade sucessora em cumprir a obrigação de, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, isto a contar da assembleia-geral que aprovou a operação de incorporação, a admissão de suas ações à negociação no mercado secundário²⁸ quando envolver companhia aberta, sendo que, descumprida tal obrigação, confere-se ao acionista dissidente o prazo de mais 30 (trinta) dias para o exercício de seu direito de retirada.

Indaga-se da possibilidade de permanecer na companhia, mas sendo-lhe assegurado o direito de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação.

No dizer de Rubens Requião (1995, p. 85)²⁹: *"as debêntures, também chamadas obrigações ao portador, são títulos de crédito causais, que representam frações do valor de contrato de mútuo, com privilégio geral sobre os bens sociais ou garantia real sobre determinados bens, obtidos pelas sociedades anônimas no mercado de capitais"*. Logo, debenturistas são os titulares destes títulos de crédito.

A Lei n.º 6.404/76³⁰ confere aos debenturistas o poder de se opor ao negócio de incorporação da companhia da qual seja credor nesta qualidade, cujo exercício é feito por meio de um órgão, a assembleia de debenturistas, especialmente convocada para este fim, a qual será dispensada se for assegurado aos debenturistas que desejarem, durante o prazo mínimo de 06 (seis) meses a contar da data de publicação das atas das assembleias de incorporação, o resgate das debêntures de que sejam titulares. Se houver a oposição da assembleia dos debenturistas ou não for aceita a promessa de resgate, não resta alternativa à assembleia a não ser o resgate antecipado de sua dívida.

O direito do credor prejudicado ocorre quando há alteração no seu crédito ou garantia, inclusive com diminuição de patrimônio integralizado na incorporadora. Uma vez conceituado o que se entende por "credor prejudicado", deve ser percebido da legislação (LSA, art. 232), que remanesce a este credor o direito de ajuizamento de ação de anulação e o pleito de perdas e danos, quando possuir esta condição (credor) em momento anterior à operação.

O exercício deste direito deverá ser concretizado em até 60 (sessenta) dias depois de publicados os atos relativos à incorporação, sob pena de decadência, outrossim, caso a sociedade consigne a importância, a ação restará prejudicada e sendo ilíquida a dívida, poderá garantir a execução e suspender o processo de anulação.

Todavia, se ocorrer falência dentro deste mesmo prazo, qualquer credor, e não apenas o prejudicado, terá direito de pedir a separação patrimonial para receber seu crédito.

7 DA CISÃO: PROCEDIMENTO, DIREITOS E EFEITOS

Na cisão, pode ou não ocorrer a extinção da sociedade cindida, conforme se trata de cisão total ou parcial, sendo que o patrimônio da cindida será transposto para a receptora (se já existente) ou subscrição (sociedade nova).

Assim como na incorporação, a reorganização através da cisão compreende algumas fases, aqui se assemelhando em função da existência do protocolo, justificacão, laudo de avaliação e aprovação pela assembleia, que funcionará como assembleia da nova companhia (LSA, art. 229, § 2º).

Ocorre que na cisão total ou na cisão parcial com versão para sociedade a ser constituída, haverá uma manifestacão unilateral da assembleia, enquanto que, havendo cisão parcial com versão para

sociedade pré-existente, tratar-se-á de ato bilateral, de natureza pré-contratual envolvendo a sociedade em cisão e a receptora.

Mencione-se que, em sendo nova a sociedade receptora, ou seja, não pré-existente, a assembleia da sociedade cindida também funcionará como assembleia da nova sociedade.

Sobre o aspecto da limitação da responsabilidade, analisando o disposto no art. 229, § 1º da LSA, Modesto Carvalhosa enuncia que:

No caso de cisão total, as sociedades beneficiárias respondem por todos os direitos e obrigações da sociedade cindida, e, portanto, extinta, estejam ou não relacionados no instrumento de protocolo. Essa responsabilidade é medida pelo valor comparativo entre um e outro patrimônio líquido transferido para as sociedades beneficiárias, a título de subscrição de capital. Assim, se a sociedade beneficiária "A" recebe 40% do patrimônio da totalmente cindida, e a sociedade beneficiária "B" recebe 60%, a cada uma cabe a responsabilidade pelas obrigações ocultas nessa mesma proporção, sem prejuízo da solidariedade instituída no art. 233. Na cisão parcial pode ficar estipulado no protocolo que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio responderão apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre elas ou com a companhia cindida.³¹

A legislação não confere livre direito de retirada na cisão, como o faz no caso de incorporação. Para o exercício do direito de retirada, os acionistas deverão observar o disposto no art. 136, IX e art. 137, III, "a" e "b" da Lei n.º 6.404/76, modificada pela Lei n.º 10.303/2001, que reduz o direito de recesso dos acionistas, com reembolso do valor de suas ações, somente quando: 1) houver mudança do objeto social, salvo quando o patrimônio cindido for vertido para sociedade cuja atividade preponderante coincida com a decorrente do objeto social da sociedade cindida; ou, 2) houver redução do dividendo obrigatório; ou ainda, 3) houver participação em grupo de sociedades.

Com relação aos direitos dos debenturistas, aplicar-se-á o disposto nos § 1º e § 2º do art. 231 da LSA, que determina a existência de solidariedade pelo resgate das debentures, entre a sociedade cindida e as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio.

Em regra, dispõe a Lei n.º 6.404/76 (art. 233) que na cisão com extinção da companhia cindida (cisão total), as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solida-

riamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão.

Todavia, quando se tratar de cisão parcial, poderá ser estipulado que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida.

Neste aspecto, disciplina a Lei n.º 6.404/76 que caberá aos credores anteriores ao ato de cisão, o direito de se opor à reorganização sem solidariedade e pertinente ao seu crédito, devendo, para tanto, notificar a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão.

Como se vê, há diferença quanto à reorganização por incorporação e cisão parcial, posto que na primeira hipótese, caberá aos sócios tão-só o direito de anulação por meio judicial (LSA, art. 232), enquanto que na cisão parcial trata-se do direito de oposição ao negócio (LSA, art. 233, parágrafo único). Com a formulação do pedido de oposição, pela ausência de solidariedade na cisão parcial, trará o efeito de suspender a eficácia do negócio, podendo resultar como solução, o pagamento antecipado do crédito ou a realização da solidariedade.

Resulta ainda, no caso de cisão com extinção da companhia cindida, que caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação, sendo que na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio.

Por fim, as ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam; a atribuição em proporção diferente requer aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto.

8 ASPECTOS REGISTRIS E TRANSLADO PATRIMONIAL

A Instrução Normativa n.º 88, de 02 de agosto de 2001 expedida pelo DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio, além de estabelecer bases conceituais sobre incorporação e cisão determina que se processem, como condição ao registro, das seguintes providências essenciais:

SEÇÃO II – DA INCORPORAÇÃO

Art. 8º Incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes,

são absorvidas por outra que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo ser deliberada na forma prevista para alteração do respectivo estatuto ou contrato social.

Art. 9º A incorporação de sociedade mercantil, de qualquer tipo jurídico, deverá obedecer aos seguintes procedimentos:

I - a assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade incorporadora deverá aprovar o protocolo, a justificação e o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade incorporada, elaborado por três peritos ou empresa especializada, e autorizar, quando for o caso, o aumento do capital com o valor do patrimônio líquido incorporado;

II - a assembleia geral extraordinária ou o instrumento de alteração contratual da sociedade incorporada, que aprovar o protocolo e a justificação, autorizará os seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação;

III - aprovados em assembleia geral extraordinária ou por alteração contratual da sociedade incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, devendo os administradores da incorporadora providenciar o arquivamento dos atos e sua publicação, quando couber.

Art. 10. Para o arquivamento dos atos de incorporação, além dos demais documentos formalmente exigidos, são necessários:

I - ata da assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade incorporadora com a aprovação do protocolo, da justificação, a nomeação de três peritos ou de empresa especializada, do laudo de avaliação, a versão do patrimônio líquido, o aumento do capital social, se for o caso, extinguindo-se a incorporada;

II - ata da assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual da incorporada com a aprovação do protocolo, da justificação, e autorização aos administradores para praticarem os atos necessários à incorporação.

Art. 11. O protocolo, a justificação e o laudo de avaliação, quando não transcritos na ata ou na alteração contratual, serão apresentados como anexo.

Art. 12. As sociedades envolvidas na operação de incorporação que tenham sede em outra unidade da federação, deverão arquivar a requerimento

dos administradores da incorporadora na Junta Comercial da respectiva jurisdição os seus atos específicos:

I - na sede da incorporadora: o instrumento que deliberou a incorporação;

II - na sede da incorporada: o instrumento que deliberou a sua incorporação, instruído com certidão de arquivamento do ato da incorporadora, na Junta Comercial de sua sede.

SEÇÃO IV - CISÃO

Art. 19. A cisão é o processo pelo qual a sociedade, por deliberação tomada na forma prevista para alteração do estatuto ou contrato social, transfere todo ou parcela do seu patrimônio para sociedades existentes ou constituídas para este fim, com a extinção da sociedade cindida, se a versão for total, ou redução do capital, se parcial.

Art. 20. A cisão de sociedade mercantil, de qualquer tipo jurídico, deverá obedecer aos seguintes procedimentos:

I - Cisão Parcial para sociedade existente:

a) a sociedade, por sua assembleia geral extraordinária ou por alteração contratual, que absorver parcela do patrimônio de outra, deverá aprovar o protocolo e a justificação, nomear três peritos ou empresa especializada e autorizar o aumento do capital, se for o caso;

b) a sociedade que estiver sendo cindida, por sua assembleia geral extraordinária ou por alteração contratual, deverá aprovar o protocolo, a justificação, bem como autorizar seus administradores a praticarem os demais atos da cisão;

c) aprovado o laudo de avaliação pela sociedade receptora, efetivar-se-á a cisão, cabendo aos administradores das sociedades envolvidas o arquivamento dos respectivos atos e a sua publicação, quando couber.

II - Cisão Parcial para constituição de nova sociedade:

a) a ata de assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade cindida, que servirá como ato de constituição da nova sociedade, aprovará a justificação com os elementos de protocolo e o laudo de avaliação elaborado por três peritos ou empresa especializada, relativamente à parcela do patrimônio líquido a ser vertida para a sociedade em constituição;

b) os administradores da sociedade cindida e os da resultante da cisão providenciarão o arquivamento dos respectivos atos e sua publicação, quando couber.

III - Cisão total para sociedades existentes:

a) as sociedades que, por assembleia geral ou por alteração contratual, absorverem o total do patrimônio líquido da sociedade cindida, deverão aprovar o protocolo, a justificação e o laudo de avaliação, elaborado por três peritos ou empresa especializada e autorizar o aumento do capital, quando for o caso;

b) a sociedade cindida, por assembleia geral ou por alteração contratual, deverá aprovar o protocolo, a justificação, bem como autorizar seus administradores a praticarem os demais atos da cisão;

c) aprovado o laudo de avaliação pelas sociedades receptoras, efetivar-se-á a cisão, cabendo aos seus administradores o arquivamento dos atos de cisão e a sua publicação, quando couber.

IV - Cisão total - Constituição de Sociedades Novas:

a) a sociedade cindida, por assembleia geral ou alteração contratual, cuja ata ou instrumento de alteração contratual servirá de ato de constituição, aprovará a justificação com os elementos de protocolo e o laudo de avaliação elaborado por três peritos ou empresa especializada, relativamente ao patrimônio líquido que irá ser vertido para as novas sociedades;

b) os administradores das sociedades resultantes da cisão providenciarão o arquivamento dos atos da cisão e a sua publicação, quando couber.

Art. 21. Para o arquivamento dos atos de cisão, além dos documentos formalmente exigidos, são necessários:

I - Cisão para sociedade(s) existente(s):

a) Cisão Total

1. a ata da assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade cindida que aprovou a operação, com a justificação e o protocolo;

2. a ata de assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual de cada sociedade que absorver o patrimônio da cindida, com a justificação, o protocolo, o laudo de avaliação e o aumento de capital.

b) Cisão Parcial

1. a ata da assembleia geral extraordinária ou a al-

teração contratual da sociedade cindida que aprovou a operação, com a justificação e o protocolo;

2. a ata de assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual de cada sociedade que absorver parcela do patrimônio da cindida, com a justificação, o protocolo, o laudo de avaliação e o aumento de capital.

II - Cisão para Constituição de Nova(s) Sociedade(s):

a) Cisão Total

1. a ata de assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade cindida que aprovou a operação, a justificação com elementos do protocolo, a nomeação dos três peritos ou empresa especializada, a aprovação do laudo e a constituição da(s) nova(s) sociedade(s);

2. os atos constitutivos da(s) nova(s) sociedade(s).

b) Cisão Parcial

1. a ata da assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade cindida que aprovou a operação com a justificação, o protocolo e o laudo de avaliação;

2. os atos constitutivos da nova sociedade.

Art. 22. As sociedades envolvidas na operação de cisão que tenham sede em outras unidades da federação, deverão arquivar nas respectivas Juntas Comerciais os seguintes atos:

I - Cisão parcial para sociedade existente:

a) a sociedade cindida deverá arquivar, na Junta Comercial da respectiva jurisdição, o ato que aprovou o protocolo da operação e a justificação;

b) a sociedade existente, que absorver parte do patrimônio vertido, arquivará, na Junta Comercial da respectiva jurisdição, o ato que aprovou a operação, a justificação, o protocolo, a nomeação dos três peritos ou empresa especializada e o laudo de avaliação.

II - Cisão parcial para nova sociedade :

a) a sociedade cindida deverá arquivar, na Junta Comercial da respectiva jurisdição, o ato que aprovou a justificação com os dados do protocolo e a nomeação dos três peritos ou da empresa especializada e o laudo de avaliação;

b) a sociedade nova deverá arquivar, na Junta Comercial de sua jurisdição, o ato de constituição, com o estatuto ou contrato social, acompanhado da justificação com os dados do protocolo .

III - Cisão total para novas sociedades:

a) a sociedade cindida deverá arquivar, na Junta Comercial da respectiva jurisdição, o ato que aprovou a justificação com os dados do protocolo, a nomeação dos três peritos ou de empresa especializada e o laudo de avaliação;

b) as sociedades novas deverão arquivar, na Junta Comercial da respectiva jurisdição, os atos de constituição, com o estatuto ou contrato social, acompanhado da justificação com os dados do protocolo.

IV - Cisão total para sociedades existentes:

a) a sociedade cindida deverá arquivar, na Junta Comercial da respectiva jurisdição, o ato que aprovou o protocolo da cisão e a justificação;

b) as sociedades existentes deverão arquivar, na Junta Comercial da respectiva jurisdição, os atos que aprovaram a operação, o protocolo, a justificação e o laudo de avaliação.

Concretizado o registro perante o órgão de registro do comércio basta a sociedade sucessora extrair a competente certidão para apresentação junto aos demais órgãos registradores, a fim de concretizar a transmissão da propriedade patrimonial. Vale dizer, tal certidão será documento hábil para produzir efeitos perante o registro de imóveis e os órgãos de trânsito, por exemplo. Logo, se conclui que a Lei n.º 6.404/76³² atribuiu ao referido documento vale como título para traslado patrimonial perante os órgãos registradores próprios.

9 DISPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS

Como ensina o mestre Cunha Peixoto, os bens da sociedade incorporada entram para a incorporadora pelo mesmo processo de constituição da companhia, ou seja, por ato de subscrição. Não constitui, pois, cessão, troca ou compra. Trata-se de ato de contribuição para o capital social.³³

A Secretaria da Receita Federal³⁴ divulga a Constituição da República³⁵ ao dizer que a hipótese de transferência de patrimônio à sucessora, ocorrida em virtude de incorporação, fusão ou cisão, quando a substituição de ações ou de quotas se der na mesma proporção e valor das anteriormente possuídas, não se caracteriza como alienação nem está sujeito à incidência do imposto de renda.

Trata-se, pois, segundo a renomada doutrina tributarista de Machado (1998, p. 157)³⁶ de regra de imunidade tributária, pois, a "imunidade é o obstáculo criado por uma norma da Constituição que impede a incidência de lei ordinária de tributação sobre determinado fato, ou em detrimento de determinada pessoa, ou categoria de pessoas".

Todavia, se a transferência se der por valor maior a diferença

se caracterizará como ganho de capital, passível de tributação (Lei n.º 9.249, de 1995, arts. 22 e 23, e PN CST n.º 39, de 1981).³⁷

Por óbvio, esta reorganização societária não implica em imunidade quanto aos tributos de responsabilidade das companhias envolvidas, tanto que o art. 132 do Código Tributário Nacional prescreve que a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incorporação e a cisão são, assim como a transformação e a fusão, técnicas de reorganização de empresas. Ocorre que nestas últimas técnicas, tem-se que a transformação significa alteração do tipo societário, independentemente de dissolução e liquidação (LSA, art. 220), enquanto que a fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que sucederá em todos os direitos e obrigações (LSA, art. 228).

Às vezes, para solucionar questões envolvendo o interesse dos acionistas, da companhia e do próprio mercado, planeja-se e realiza-se a reestruturação societária, permitindo um melhor desempenho das companhias ou o atendimento a fins diretos de proteção ao mercado.

Tal reenquadramento, em especial na incorporação, resultará na concentração econômica, tendo em vista a superposição de estruturas. Exemplo de concentração clássico é o firmado por pela incorporadora Brasil Ecodiesel junto à incorporada Vanguarda Agropecuária, que passará a ser, conforme noticiado na imprensa³⁸, uma empresa mais diversificada (produtora de alimentos e biodiesel), portanto, ampliando seu espectro de atuação e densidade no mercado.

No que diz respeito à cisão, a lógica da desconcentração só se verifica nas empresas familiares, cujo intuito é limitado a partilha patrimonial.

Portanto, a cisão também é vista como técnica de concentração. Isto se explica quando é noticiado na mídia³⁹ que uma gigante como a HP- Hewlett-Packard Co. queira cindir-se para agregar junto com a firma britânica de software Autonomy Corp para o fim de implementar os negócios em computadores pessoais.

A legislação procura proteger os acionistas minoritários envolvidos e credores de forma geral, inserindo diversos direitos na LSA, em destaque o direito de oposição na cisão e o de anulação na incorporação, além de estabelecer bases sólidas e explicáveis com o protocolo, justificativa e laudo de avaliação por peritos, bem assim a aprovação pela assembleia das companhias envolvidas.

Portanto, a reorganização empresarial poderá possibilitar adequação de recursos e ampliar a competência das companhias.

11 REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Editora Globo, 37ª ed. 1997.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos & NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. *A nova lei das S.A.* São Paulo: Editora LTR, 1998.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 7ª ed. 2001.
- BULGARELLI, Waldirio. *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*. São Paulo: Editora Atlas. 1999.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva. 4ª vol. 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Código comercial e legislação complementar anotados*. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2000.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2ª ed. 2003.
- CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas: Hierarquia e conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- CVM - Comissão de Valores Mobiliários. <http://www.cvm.gov.br/index.php>. Acesso: 13 Ago. 2011.
- DNRC - Departamento Nacional de Registro do Comércio. Instrução Normativa n.º 88, de 02 de agosto de 2001 (*Dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis*). <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/normativa/in88.htm>, Acesso: 13 Ago. 2011.
- FILHO, Alfredo Lamy & PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. II, 2009.
- IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu & GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de contabilidade das sociedades por ações*. São Paulo: Editora Atlas. 5ª ed. 2000.
- LACOMBE, Francisco José Masset & HEILBORN, Gilberto Luiz José. *Administração: Princípios e Tendências*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros Editores. 14ª ed. 1998.
- MAGALHAES, Roberto Barcellos. *Lei das S.A.: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. vol. II. 2ª ed. 1997.
- NETO, Alfredo Sérgio Lazzareschi. *Lei das sociedades por ações anotada*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª ed. 2008.
- PARAISO, Anna Luiza Prisco. *O direito de retirada na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª ed. 2000.
- PIRES, Paulo Henrique Gonçalves. *Fusão, incorporação e cisão de sociedades e seus reflexos nos direitos reais imobiliários: Dissertação de Mestrado*. Faculdade de Direito Milton Campos: Nova Lima, 2010.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Editora Saraiva: São Paulo. 2º vol. 20ª ed. 1995.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. São Paulo: Editora Atlas. 2ª ed. 2009.
- WATERHOUSE, Price. *Reforma da lei das S.A.: Série legis-empresa*. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

NOTAS DE FIM

1 Advogado. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduado em Direito Desportivo pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduado em Direito Público/Gestão Municipal pelo UNEC. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela Rede Docum de Ensino.

2 CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas: Hierarquia e conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 310.

3 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar. 7ª ed. 2001, p. 440.

4 BULGARELLI, Waldirio. *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*. São Paulo: Editora Atlas. 1999, p.216.

5 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2ª ed. 2003, p. 473. O autor afirma: "Tanto a incorporação quanto a fusão e a cisão constituem modalidades de concentração de empresas. No Brasil, a cisão tem sido também utilizada como modalidade de desconcentração, para resolver problemas de empresas familiares com questões sucessórias mal resolvidas".

6 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva. 4ª vol. 2002, p. 223.

7 Autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.

8 Art. 4º da Lei n.º 8.934, de 18 de novembro de 1994: O Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), criado pelos arts. 17, II, e 20 da Lei n.º 4.048, de 29 de dezembro de 1961, órgão integrante do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo.

9 Art. 3º da Lei n.º 8.884/94: O Conselho Administrativo de Defesa Econô-

mica (CADE), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

10 Art. 223: nota 1c. São tipos de sociedades: (i) anônima; (ii) em comandita por ações; (iii) simples; (iv) em nome coletivo; (v) em comandita simples; (vi) limitada. As sociedades de capital autorizado e as de economia mista são espécies de um mesmo tipo societário (sociedade anônima).

11 Conforme anota Filho & Pedreira (2009, p. 1.749): "4. Companhias Abertas - Se a incorporação, fusão ou cisão envolve companhia aberta, as sociedades que a sucederem deverão obter o registro de companhia aberta e, se for o caso, promover a admissão das suas ações à negociação no mercado secundário, no prazo máximo de 120 dias contados da data da Assembleia Geral que aprovou a operação, observadas as normas baixadas pela CVM (art. 223, § 3º)."

12 LSA, art. 251: A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

13 Exposição de Motivos da LSA: "O objetivo é assegurar-lhes o conhecimento de todas as condições da operação, das repercussões que terá sobre os seus direitos, e do valor de reembolso que lhes caberá, caso prefiram usar do direito de retirada".

14 BULGARELLI, Waldirio. Fusões, incorporações e cisões de sociedades. São Paulo: Editora Atlas. 1999, p. 212.

15 Princípio da indelegabilidade de poderes (LSA, art. 139).

16 CARVALHOSA (2002, p. 244). *"Nem pode a vontade deles, quebrada posteriormente, em face do acordo preliminar, ser suprida judicialmente"*.

17 Op. Cit., p. 247.

18 Aliás, a LSA estabelece no art. 226, § 3º, a referência a valor de mercado.

19 IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu & GELECKE, Ernesto Rubens. Manual de contabilidade das sociedades por ações. São Paulo: Editora Atlas. 5ª ed. 2000, p. 467.

20 Lei n.º 6.404/76. Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembleia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença desubscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número. § 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes à assembleia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas. § 2º Se o subscritor aceitar o valor aprovado pela assembleia, os bens incorporar-se-ão ao patrimônio da companhia,

competindo aos primeiros diretores cumprir as formalidades necessárias à respectiva transmissão. § 3º Se a assembleia não aprovar a avaliação, ou o subscritor não aceitar a avaliação aprovada, ficará sem efeito o projeto de constituição da companhia. § 4º Os bens não poderão ser incorporados ao patrimônio da companhia por valor acima do que lhes tiver dado o subscritor. § 5º Aplica-se à assembleia referida neste artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 115. § 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido; no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária.

21 Deverá refletir o valor de mercado e não o valor do balanço, por relação associativa ao art. 226, § 3º e art. 264, *caput*, da LSA.

22 Op. cit., p. 244.

23 BATALHA, Wilson de Souza Campos & NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. A nova lei das S.A. São Paulo: Editora LTR, 1998, p. 173.

24 COELHO, Fábio Ulhoa. Código comercial e legislação complementar anotados. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2000, p. 763.

25 PIRES, Paulo Henrique Gonçalves. Fusão, incorporação e cisão de sociedades e seus reflexos nos direitos reais imobiliários: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito Milton Campos: Nova Lima, 2010.

26 PARAISO, Anna Luiza Prisco. O direito de retirada na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª ed. 2000, p. 94/95.

27 Conclusão da conjugação dos arts. 230, 137, IV da Lei n.º 6.404/76.

28 Conforme anota Waterhouse (1998, p. 41), o mercado secundário é aquele em que se realizam transferências de recursos e títulos entre investidores e/ou instituições.

29 REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. Editora Saraiva: São Paulo. 2º vol. 20ª ed. 1995, p. 85.

30 Art. 231.

31 Op. Cit. p. 294.

32 LSA, art. 234: A certidão, passada pelo registro do comércio, da incorporação, fusão ou cisão, é documento hábil para a averbação, nos registros públicos competentes, da sucessão, decorrente da operação, em bens, direitos e obrigações.

33 Modesto Carvalhosa, op. cit. p. 257.

34 <http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/dipj/2005/perresp2005/pr212a231.htm>. Acesso em 10 set. 2011.

35 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: II - trans-

missão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; § 2º - O imposto previsto no inciso II: I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

36 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores. 14ª ed. 1998, p. 157.

37 <http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/dipj/2005/pergresp2005/pr212a231.htm>. Acesso 10 set. 2011.

38 <http://economia.ig.com.br/mercados/brasil+ecodiesel+aprova+incorporacao+da+vanguarda/n1597197647920.html>. Acesso em 10 set. 2011.

39 <http://online.wsj.com/article/SB10001424053111903639404576516993671071476.html>. Acesso em 10 set. 2011.



PROFESSORES

A DESIGUALDADE DOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS EM RELAÇÃO AOS DEMAIS TRABALHADORES REGIDOS PELA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo¹

Vitória Aparecida Pereira Salvio²

RESUMO: O presente trabalho abordará a desigualdade dos direitos dos empregados domésticos em relação aos demais trabalhadores regidos pela CLT, tendo em vista que essa categoria de trabalhadores possui um histórico de desigualdade e preconceito devido as suas origens. Tal desigualdade, além do motivo histórico, justifica-se no ordenamento jurídico pátrio pelos elementos fático-jurídicos peculiares dessa relação de trabalho. Ademais, para que os domésticos conseguissem alcançar a totalidade dos direitos que são assegurados aos trabalhadores em geral foram necessários anos de luta e diversas legislações, como a Lei nº 11.324/06, até chegar à Emenda Constitucional 72/2013. Desta forma, princípios como da dignidade da pessoa humana e da isonomia passaram a ser garantidos aos domésticos.

PALAVRAS-CHAVE: Empregado doméstico; desigualdade de direitos; princípio da isonomia; princípio da dignidade da pessoa humana.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

O empregado doméstico é um tipo de trabalhador bem peculiar no Brasil, eis que possui legislação, regras e conceitos próprios que os diferencia dos demais tipos de empregados urbanos e rurais. Entretanto, toda esta distinção não o beneficia, tendo em vista que esses trabalhadores sofrem grandes preconceitos perante a sociedade.

Diante disso, será demonstrado que a diferenciação é oriunda da herança escravista que existiu no país. Mesmo após a abolição da escravidão, muitas pessoas continuaram atreladas a seus patrões, trabalhando em troca de comida e casa.

A evolução da legislação dos domésticos no Brasil foi lenta e gradativa. Esses trabalhadores foram citados primeiramente em leis criadas na época da monarquia, passando pela legislação própria, chegando à Emenda Constitucional 72/2013 que finalmente assegurou todos os seus direitos trabalhistas.

O empregado doméstico pode ser conceituado de muitas maneiras, eis que há definição na doutrina e na própria lei. Conceito clássico deste trabalhador é o presente na Lei 11.324/06, em seu artigo 1º, que diz que doméstico é "aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas".

Os domésticos além de possuir os elementos fático-jurídicos definidores da relação de emprego comum, ele possui elementos próprios da sua relação empregatícia, sendo eles: continuidade,

serviço prestado sem natureza lucrativa à pessoa ou família e prestação do labor no âmbito residencial do empregador.

Observa-se que não é a natureza do trabalho do empregado que irá determinar se ele é ou não doméstico, mas a existência de lucratividade na atividade do empregador e a prestação do serviço com continuidade no âmbito residencial ou na pessoa jurídica.

Deste modo, devido à toda diferenciação, o empregado doméstico em razão do art. 7º, § único, da Constituição Federal de 1988, não possuía a igualdade de direitos, em relação aos demais trabalhadores.

Somente com o advento da Emenda Constitucional 72/2013, os domésticos alcançaram a sonhada igualdade, já que aquela assegurou princípios fundamentais como o da isonomia presente no artigo 5º, caput, da Constituição, e o da dignidade da pessoa humana. Direitos como a jornada de trabalho limitada e o adicional noturno também foram implementados através da reforma constitucional. Porém, ainda há resistência por parte da sociedade. Alega-se que a nova lei elevou o gasto para o empregador, o que pode gerar grande número de demissões.

Diante todo o exposto, o trabalho propõe-se a demonstrar a discriminação sofrida pelos trabalhadores domésticos em razão da sua história e dos elementos que os caracteriza e realizar uma análise jurídica acerca das mudanças ocorridas em sua realidade através da Emenda 72/2013, sem olvidar a lentidão de tal processo.

2 A HISTÓRIA DOS DOMÉSTICOS NO BRASIL

Os domésticos possuem um histórico de discriminação próprio das atividades tipicamente exercidas. Diante disto, deve-se voltar à sua origem e história a fim de compreender os motivos que levam a tal discriminação, como será realizado nos apontamentos abaixo:

A história dos empregados domésticos no Brasil remete ao período escravocrata, quando os africanos vieram para o Brasil e realizavam trabalhos domésticos. Os homens efetuavam o trabalho braçal nas plantações de cana, algodão e nos engenhos; as mulheres efetuavam serviços domésticos como cozinheiras, arrumadeiras, criadas, mucamas, amas de leite, enfim, cuidavam do lar e dos filhos dos senhores de engenho (RANGEL, 2010).

Em relação ao trabalho escravo, Rangel (2010) faz alguns apontamentos a respeito das famílias, demonstrando que os escravos tinham grande acesso à casa dos senhores. Assim tem-se que "trabalho e lazer muitas vezes se confundiam no ambiente doméstico, pois as pessoas podiam passar horas a fio juntas, entretidas, cada uma em sua atividade, nem sempre se estabelecendo uma divisão nítida entre elas." (RANGEL, 2010).

Segundo Rangel (2010):

Assim, para Alencastro (2004), a vida privada no Brasil nasce marcada pelo escravismo moderno, ou seja, no dualismo público (Estado escravista) versus privado (família escravista). A escravidão é uma instituição que permite uma permeabilidade entre as duas ordens. No decorrer da organização política e jurídica nacional, a vida privada escravista desdobra-se numa ordem privada repleta de incoerências com a ordem pública. Esse dualismo se prorroga por todo o Império, uma vez que o escravo é uma propriedade particular, cuja posse e administração demandam o consentimento da autoridade pública.

Diante o exposto, pode-se deduzir que a partir da contradição da ordem pública e privada no contexto da escravidão, tem-se a origem das contradições no âmbito dos empregados domésticos atualmente. Segundo Rangel (2010): "Isto porque a contradição é quase a mesma. É o Estado (ordem pública) que regulamenta o trabalho doméstico, mas quem o usufrui é a família (ordem privada)".

O Estado impõe regras para o serviço doméstico. Entretanto, na esfera familiar há um conjunto de regras que disciplina esta relação, que não é fiscalizada pela autoridade pública. Assim, muitas vezes as regras domésticas decorrentes do cotidiano familiar prevalecem sobre as normas do Estado (RANGEL, 2010).

Com a abolição da escravidão, os escravos alforriados ainda sofriam muito preconceito e não eram reconhecidos como um trabalhador comum, motivo este que dificultava o acesso ao emprego. Assim, acabavam por trabalhar na casa de senhores que antes eram donos de escravos em troca de comida e abrigo, o que propiciou o surgimento da profissão de empregado doméstico. Como afirma Rangel (2007):

Completamente desamparado e à margem do seio social, o alforriado não conseguiu tesourar o cordão umbilical que o ligava aos senhores. Assim como pássaros que se tornam incapazes de voar após anos de prisão em gaiolas, muitos "libertos" sequer deixaram suas atividades domésticas. Era preferível suportar a opressora exploração senhorial em troca de subsistência e condições mínimas de trabalho do que encarar uma sociedade malfazeja que enxergava no negro uma vil anomalia da natureza. Conforme ensina Martins (2002, p.18), "com a abolição da escravidão, muitas pessoas que eram escravas continuaram nas fazendas, em troca de local para dormir e comida, porém na condição de empregados domésticos."

Portanto, é inegável a dificuldade dos trabalhadores domésticos alcançarem uma legislação que lhes assegurasse igualdade de direitos, tal dificuldade é permeada, desde a origem escravocrata, por muitos preconceitos e discriminações, cujos reflexos alcançaram os dias atuais. A proposta de emenda constitucional vulgarmente conhecida como "PEC das domésticas" é uma vitória contra esse problema.

2.1 A evolução da legislação

Segundo Cassar (2012), as primeiras leis que foram dedicadas aos domésticos foram as Ordenações do Reino. Nos ensinamentos de Martins (2009), a Lei de 13.09.1830 regulamentou "o contrato por escrito sobre prestação de serviços feitos por brasileiros ou estrangeiros dentro ou fora do Império". Esta lei abrangia os empregados domésticos, mas era muito vaga.

Posteriormente, o Código de Postura Municipal de São Paulo de 1886, em seu artigo 263, continha preceitos para os serviços de criados e amas-de-leite. Assim, os ensinamentos de Martins (2009, p. 2):

O Código de Posturas do Município de São Paulo [...] Definiu o "criado de servir", como "toda pessoa de condição livre que, mediante salário con-

vencionado, tiver ou quiser ter ocupação de moço de hotel, hospedaria ou casa de pasto, cozinheiro, copeiro, cocheiro, hortelão, de ama-de-leite, ama-seca, engomadeira ou costureira e, em geral, a de qualquer serviço doméstico".

O empregado tinha direito a aviso prévio quando o contrato por prazo indeterminado era rescindido, o prazo era de cinco dias quando a rescisão era por parte do empregador, e de oito dias quando feita pelo empregado. (MARTINS, 2009)

A justa causa era motivada por doença que impedia o doméstico de trabalhar e também, pela saída do empregado a passeio ou a negócio sem autorização do patrão, principalmente à noite, conforme explicita Martins (2009).

Quando não ocorria o pagamento de multa, por ambas as partes, no caso de inadimplemento do contrato de trabalho, a multa era convertida em prisão simples. (MARTINS, 2009).

O artigo 1.216 e seguintes do Código Civil de 1916 versava sobre locações de serviços, incluindo o trabalho doméstico (MARTINS, 2009).

O Decreto 16.107/23 trouxe a concepção de empregado doméstico e também outorgou alguns direitos à classe. Nesse sentido, Martins (2009, p.2):

O Decreto nº 16.107, de 30-7-1923, regulamentou os serviços dos domésticos no âmbito do Distrito Federal, especificando quais seriam esses trabalhadores: cozinheiros e ajudantes, copeiros, arrumadores, lavadeiras, engomadeiras, jardineiros, hortelões, porteiros ou serventes, enceradores, amas-secas ou de leite, costureiras, damas de companhia. O empregado doméstico deveria apresentar a carteira de identificação profissional expedida pelo Gabinete de Identificação e Estatística à delegacia do respectivo distrito policial, sempre que deixasse o emprego, no prazo de 48 horas, sob pena de multa (art. 7º). Anota-se na carteira a conduta e aptidão profissional (art. 10, c), o que era feito pelo empregador. A locação do serviço doméstico era conceituada de acordo com a atividade do locador (cozinheiro, ajudante, copeiro, dama de companhia) ou do locatário (hotéis, restaurantes, consultórios, casas particulares) (art.2º). O candidato que tivesse maus antecedentes poderia ter denegado seu pedido relativo à carteira, inclusive se estivesse respondendo a processo criminal inafiançável, e também havia

a retenção se o empregado fosse dispensado por falta grave.

Segundo Cassar (2012, p. 361), o Decreto – Lei nº 3.078, de 27 de fevereiro de 1941, definia empregado doméstico como “todos aqueles que, de qualquer profissão ou mister, mediante remuneração, prestem serviços em residências particulares ou a benefício destas”, excluindo-se os trabalhadores de pensões, por exemplo, e as demais pessoas jurídicas do enquadramento de doméstico. Este normativo concedeu ao trabalhador um aviso prévio de oito dias, depois de um período de prova de seis meses e assegurou o direito de rescisão do contrato em caso de atentado à sua honra ou integridade física, moral salarial ou falta de ambiente higiênico de alimentação e habitação. O contrato de trabalho era chamado de locação de serviço doméstico.

Segundo Martins (2009, p.4), “o art. 161 da Lei nº 3.807, de 26-8-1960 (LOPS), estabeleceu que o empregado doméstico poderia filiar-se à Previdência Social como segurado facultativo”.

Com a criação da Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972, ocorreram algumas mudanças para essa classe de trabalhadores, já que ela efetivamente regulou seus direitos. Conforme preleciona Delgado (2011, p. 374):

A lei n.º 5.859/72 concedeu à categoria três únicos direitos: férias anuais remuneradas de 20 dias úteis, após cada 12 meses de trabalho (desde a Lei n.º 11.324, arts. 4º e 5º - Diário Oficial de 20.7.2006-; o prazo destas férias passou para 30 dias corridos); anotação de CTPS; inscrição do empregado como segurado obrigatório na Previdência Oficial. O decreto regulamentador da referida lei determinou ainda que se aplicasse ao empregado doméstico o capítulo celetista referente a férias (art. 2º, caput, Decreto n. 71.885/73).

Para Delgado (2011), o direito ao vale transporte para os domésticos foi citado apenas no Decreto nº 95.247, de 17 de novembro de 1987, tendo em vista que as legislações anteriores não concediam a essa categoria tal direito, sendo elas a Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, Lei nº 7.619, de 30 de setembro de 1987 e Decreto n.º 95.247, de 17 de novembro de 1987. Assim tem-se que o direito ao vale-transporte foi criado pela Lei nº 7.418/85 e regulamentado pelo Decreto nº 95.247/87, que estendeu este direito ao doméstico no art. 1º, II.

Delgado (2011) afirma que a Constituição Federal de 1988

ampliou os direitos dessa classe tão oprimida, trazendo em seu artigo 7º, parágrafo único, o rol dos direitos presentes nos incisos IV, VI VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, do caput do presente dispositivo, sendo eles: 13º salário, férias anuais remuneradas + 1/3, descanso semanal remunerado, licença gestante e paternidade, irredutibilidade salarial, direito a salário mínimo, aposentadoria por idade e direito a aviso prévio remunerado.

Conforme destaca Delgado (2011), a Lei n.º 10.208, de 23 de março de 2001, implementou o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), sendo facultativo o recolhimento dele pelo empregador. Também permitiu o recebimento de seguro desemprego. Entretanto, como esse direito era uma opção do empregador (opção por “pagar ou não”), muitos empregados se viram prejudicados, pois não recebiam essa parcela.

Com o advento da Lei 11.324, de 19 de julho de 2006, ocorreu grande avanço nos direitos dos empregados domésticos, sendo eles: trinta dias de férias; direito a descanso semanal remunerado; proibição de descontos no salário referente ao fornecimento de moradia, alimentação, vestuário e higiene; estabilidade da empregada gestante. Sobre tais direitos, Delgado (2011, p. 375) afirma:

A Lei n.º 11.324/2006 (DOU de 20.7.06) fez nova extensão de direitos trabalhistas para a categoria doméstica: descanso remunerado em feriados (art. 9º da Lei nº 11.324/06, revogando exclusão constante no art. 5º da Lei n. 605/1949); 30 dias corridos de férias, para períodos aquisitivos iniciados após a da de sua publicação - 20.7.2006 (arts. 4º e 5º, Lei 11.324/06); garantia de emprego à gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 4-A, Lei n. 5.859/72, conforme Lei nº 11.324/06).

A Emenda 73/2013, mais conhecida como a “PEC das domésticas”, promulgada no dia 2 de abril de 2013, representa um marco para os domésticos do país, eis que essa emenda constitucional garante a tal classe de trabalhadores os mesmos direitos dos demais empregados regidos pela CLT, como será mencionado em capítulo próprio (LEITE, 2013).

Diante o exposto, conclui-se que a quebra de paradigma dos legisladores para a criação de leis que garantissem aos domésticos direitos já concedidos aos demais trabalhadores regidos pela CLT foi lenta e gradativa, o que demonstra o preconceito que há por parte da sociedade quanto a tal classe de trabalhadores.

3 O EMPREGADO DOMÉSTICO

3.1 Conceito

A palavra “doméstico” tem origem no latim, domesticus – casa, família, lar. Diante disso, surge o conceito de que doméstico é o trabalhador que presta seu serviço na casa de seu empregador (DELGADO, 2009).

O empregado doméstico possui diferentes conceitos nas leis que o definiram ao longo da história no Brasil. Neste sentido, o art.1º do Decreto-lei nº 3.078, de 27 de fevereiro de 1941, define os domésticos como “todos aqueles que, de qualquer profissão ou mister, mediante remuneração, prestem serviços em residência particulares ou benefício destas” (MARTINS, 2009).

Para a alínea “a” do art. 7º da CLT determina os domésticos da seguinte forma, “de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas” (BARROS, 2011).

Segundo Martins (2009), o Estatuto do Trabalhador Rural no artigo 1º, estabelece que “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas” são considerados domésticos.

Conforme Barros (2011), o art. 1º da Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, define o doméstico como: “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”.

Nos ensinamentos de Martins (2009, p. 09), os domésticos deveriam ter a seguinte conceituação:

A definição de empregado doméstico precisa, assim, ser mais bem enunciada, da seguinte forma: empregado doméstico é a pessoa física que presta serviço de natureza contínua à pessoa ou família, para o âmbito residencial destas, desde que não tenham por objeto atividade lucrativa. (Grifos nossos)

No que tange ao conceito dos empregados domésticos, a doutrina ressalta que para definir esses trabalhadores é muito importante o fato de o empregador não explorar atividade lucrativa, não importando a atividade exercida pelo empregado. Assim para Vólia (2012, p.362), “se o seu empregador for uma pessoa física que não explore a atividade lucrativa, será doméstica; se o seu empregador for restaurante, um hotel ou uma loja comercial, será urbana; se seu empregador for rural, será rural.”. Corroborando com o entendimento de Vólia, Martins afirma:

O que importa para a caracterização do empregado doméstico é que seu serviço seja prestado para pessoa ou família que não tenha atividade lucrativa e para o âmbito residencial destas. Pouco importa o serviço que será feito, mas se é realizado naquele contexto. Não interessa também a atividade do prestador, mas se a prestação de serviços é feita a uma pessoa que tenha ou não atividade lucrativa como escopo. (MARTINS, 2009, p. 11)

Por fim, pode-se concluir que o empregado doméstico possui diferentes conceitos, porém conceito clássico deste trabalhador é o presente na Lei 5.859/72 em seu artigo 1º que defini os elementos típicos da relação empregatícia doméstica, como será exposto no tópico abaixo.

3.2 Características específicas da relação de emprego dos empregados domésticos

Os empregados domésticos possuem os cinco elementos fático-jurídicos presentes em qualquer relação de emprego regida pela CLT, sendo eles: subordinação, pessoalidade, onerosidade e trabalho prestado por pessoa física, entretanto, o elemento não eventualidade, na relação empregatícia dos domésticos é denominado continuidade, possuindo características próprias.

Ademais, os domésticos possuem elementos fático-jurídicos próprios que os caracterizam, presentes no artigo 1º da Lei 5.859/72: "Art. 1º. Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei." (Grifos nossos)

A Lei nº 5.859/72, em seu art. 1º, ao considerar o serviço de natureza contínua dos domésticos, não empregou a expressão "não eventualidade" para caracterização da atividade. Diante disso, surgem dois entendimentos a respeito desse ponto.

A primeira interpretação consiste no fato de ser irrelevante a denominação escolhida para a caracterização do trabalho, sendo importante o serviço prestado pelo doméstico. Assim, preleciona Vólia Bomfim Cassar (2007, p.66):

A primeira corrente entende que é irrelevante a diferença e que os critérios para apreciação do trabalho contínuo são os mesmos para o trabalho não eventual da CLT, isto é, o que importa é a necessidade permanente da mão-de-obra do doméstico, que é demonstrada pela repetição de seus trabalho durante todo o contrato, mesmo que exercida uma só vez por semana, por quinzena ou

mês, mas durante muitos meses ou anos. Alguns autores chamam esta corrente de teoria da descontinuidade, Para os defensores desta tese, seria doméstico tanto o empregado que trabalha de segunda a sexta, durante seis anos para uma família, como aquele que trabalha apenas às segundas-feiras para a mesma família, durante estes mesmos seis anos.

Godinho, (2010, p. 368), também afirma que:

[...] a diferenciação de expressões é absolutamente irrelevante. [...] o conceito de não eventualidade incorporado pela Lei do Trabalho Doméstico (através da expressão natureza contínua) seria idêntico ao conceito já classificado ao ramo justralhista brasileiro e lançado com clareza pelo art. 3º, CLT (natureza não eventual).

A segunda interpretação diz que a diferenciação dos termos utilizados no ordenamento jurídico é relevante, uma vez que a não eventualidade dos demais trabalhadores regidos pela CLT, deve ser considerada como efetiva continuidade para os trabalhadores domésticos, atrelando-se à repetição do trabalho exercido por essa classe. Corroborando com este entendimento:

Outra corrente entende que foi proposital a distinção, porque o conceito de trabalho não eventual previsto na CLT (art. 3º da CLT) relaciona-se com a atividade empresarial, com seus fins e necessidades de funcionamento e o empregador doméstico não explora atividade econômica lucrativa, não é empresa. Neste sentido, o trabalho "contínuo" relaciona-se com o seu conceito linguístico, isto é, vincula-se com o tempo, a repetição, com o trabalho sucessivo, seguido, sem interrupção, como conceitua o Dicionário Aurélio. (Cassar, 2007, p.67)

O entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência acolhe a segunda interpretação. Através dela extrai-se a configuração do trabalhador diarista, ou seja, o trabalhador eventual doméstico, incidindo a teoria da descontinuidade. A atividade de diarista caracteriza-se pelo labor em diferentes casas, com prestação de serviço em cada uma delas somente uma ou duas vezes por semana, o que impede o reconhecimento do vínculo empregatício. Neste sentido, decisão do Tribunal Superior do Trabalho:

Ementa: RECURSO DE REVISTA - VÍNCULO DE EMPREGO - DIARISTA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS VEZES POR SEMANA - AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE.

O quadro fático delineado pelo e. Tribunal Regional é de que a reclamante prestava serviços à reclamada em frequência que variava entre duas e três vezes por semana, razão pela qual reconheceu o vínculo de emprego, ao fundamento de que caracterizada a não eventualidade. Entretanto, nos termos do citado artigo 1º da Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972, o elemento continuidade é essencial ao reconhecimento do contrato de trabalho doméstico, não se confundindo com a não eventualidade ou habitualidade, prevista no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, para efeito da configuração do vínculo de emprego do trabalhador comum. A continuidade pressupõe ausência de interrupção. Para a não eventualidade ou habitualidade, basta que o fato seja usual, frequente e, assim, coadunando-se com a interrupção. A natureza do trabalho doméstico é habitual e diária, porquanto os afazeres do lar são ininterruptos. Sob tal ângulo, não se pode admitir que o trabalho prestado em apenas dois ou três dias na semana possa ser considerado contínuo, nos termos do dispositivo de lei já citado. [...]

Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR - 2373700-05.2008.5.09.0014 Data de Julgamento: 03/04/2013, Relatora Desembargadora Convocada: Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2013. Onde encontrou: ... REVISTA -VÍNCULO DE EMPREGO - DIARISTA- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS...que a reclamante busca o vínculo Conforme denunciado pela ...

Em relação ao elemento fático-jurídico da finalidade não lucrativa, o fator preponderante a ser analisado cinge-se à figura do empregador, que não deve auferir renda em relação aos serviços prestados pelo doméstico. O tipo de serviço prestado pelo empregado é irrelevante (pode ser manual ou intelectual), mas é vedado análise do fator de produção do empregador. Assim, tem-se o ensinamento de Delgado (2011, p. 370):

O critério objetivo privilegiado pela lei elabora-se a partir do prima do empregados, uma vez que - sabe-se - para o empregado todo trabalho efetuado tem evidente conteúdo econômico (a onerosidade, como visto, é elemento fático-jurídico inarredável também da relação empregatícia doméstica). Os serviços prestados não podem constituir fator de produção para aquele (pessoa ou família) que deles se utiliza, embora tenham qualidade econômica para o obreiro. Portanto, se na residência há regular pensionato para não familiares ou sistema de fornecimento de alimentação para terceiros, a faxineira, no primeiro caso, e a cozinheira, no segundo caso, já não mais serão domésticas, mas empregadas comuns.

A prestação laboral à pessoa ou família na relação empregatícia diz respeito ao polo passivo da prestação do serviço, ou seja, o empregador. Portanto, o doméstico deve prestar os seus serviços à pessoa física, individualmente ou a grupo unitário. Em relação ao grupo unitário, entende-se que seria um grupo de pessoas que necessita do serviço do doméstico em função de interesse pessoal. Como exemplo, as repúblicas estudantis. O mesmo autor (DELGADO, 2011, p. 371) assevera que "não há possibilidade de a pessoa jurídica ser tomadora de serviço doméstico. Apenas a pessoa física, individualmente ou em grupo unitário, pode ocupar o polo passivo dessa relação".

O último elemento fático-jurídico da relação de emprego doméstico, âmbito residencial da prestação laborativa, diz respeito ao local onde o serviço será prestado. A Lei 5.858/72 refere-se ao âmbito residencial do empregador, porém, mesmo que o serviço seja estritamente externo, poderá ser classificado como doméstico, uma vez que o importante é o ambiente estar atrelado à vida pessoal do empregador, e não ter relação com a obtenção de lucro deste. Neste sentido:

Isso significa que a noção de âmbito residencial abrange não somente a específica moradia do empregador, como, também, unidades estritamente familiares que estejam distantes da residência principal da pessoa ou família que toma o serviço doméstico. É o que ocorre com a casa de campo, a casa de praia, além de outras extensões da residência, como barracão para uso próprio, se houver. No caso do motorista, enfermeiro, etc., o deslocamento para fora da residência, no exercício das funções domésticas (viagens, etc.), não desca-

racteriza, por óbvio, a relação. O que se considera essencial é que o espaço de trabalho se refira ao interesse pessoal ou familiar, apresentando-se aos sujeitos da relação de emprego em função da dinâmica estritamente pessoal ou familiar do empregador. (DELGADO, 2011, p.2011)

Diante o exposto, extrai-se que pelo fato de os empregados domésticos terem peculiaridades em sua relação de empregatícia, implica na não aplicação dos mesmos direitos que possuem os empregados normais.

3.3 Direitos Trabalhistas concedidos aos empregados domésticos antes da PEC 72/2013

A CLT não concedeu aos domésticos a totalidade dos direitos elencados no corpo de seu texto, salvo o capítulo de férias, como determinado no Decreto nº 71.885/73. Ademais, aos domésticos se aplicam os princípios genéricos da proteção do trabalhador, a regulamentação sobre o aviso prévio, algumas situações de interrupção e suspensão do contrato de trabalho, dentre outros. (CASSAR, 2012)

Contudo, nos ensinamentos do mesmo autor (CASSAR, 2012), a Constituição Federal, em seu artigo 7º, a Lei nº 5.859/72 e a Lei 11.324/06, asseguravam alguns direitos aos empregados domésticos. Incluíam-se nesse rol as leis sobre vale transporte e a Lei nº 11.324/06.

No tópico presente serão analisados os direitos dos domésticos anteriores à aprovação da emenda constitucional 72/2013, sendo eles: salário mínimo; irredutibilidade salarial; 13º salário; repouso semanal remunerado; férias mais 1/3; licença a gestante; licença-paternidade; aviso prévio; vale transporte e integração a Previdência Social.

3.3.1 Salário Mínimo

Conforme preleciona Barros (2011), o direito a salário mínimo só foi garantido aos domésticos através da Constituição da República de 1988. Assim, tem-se:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes

periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Segundo Cassar (2009), a garantia ao salário mínimo possui algumas consequências. O valor a ser pago e o recibo mediante pagamento do salário, conforme artigo (464 da CLT) é uma delas. Neste sentido, a lei trás: "Art. 464 - O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo." Em relação ao valor, observa-se que não há obrigação de pagar o quantum mensal determinado por lei, ao trabalhador que não exerce suas funções de segunda-feira a sábado, eis que não seria justo uma pessoa trabalhar 30 dias e outra 10 dias por mês, e receberem o mesmo salário.

Aos domésticos é assegurado o direito a periodicidade mensal e o pagamento até o quinto dia útil do salário, garantindo-se, assim, que todos os meses o empregado receba salário. A CLT, no artigo 459, prevê que o "pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações" (CASSAR, 2012).

Conforme preleciona Cassar (2012), é proibido o desconto não permitido por lei no salário dos domésticos, tendo em vista que os princípios trabalhistas são aplicados a essa classe de trabalhadores. Entre eles, destacam-se o da inalterabilidade contratual *in pejus* e o da intangibilidade salarial.

Com o advento da Lei nº 11.324/06, que acrescentou o artigo 2º-A à Lei dos domésticos, foi proibido o desconto de utilidades no salário de tais trabalhadores (CASSAR, 2012). Conforme a Lei:

Art. 2º-A. É vedado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia.

§ 1º Poderão ser descontadas as despesas com moradia de que trata o caput deste artigo quando essa se referir a local diverso da residência em que ocorrer a prestação de serviço, e desde que essa possibilidade tenha sido expressamente acordada entre as partes.

§ 2º As despesas referidas no caput deste artigo não têm natureza salarial nem se incorporam à remuneração para quaisquer efeitos.

Corroborando com este entendimento, Delgado (2011), afirma que devido ao tipo de serviço, essas utilidades são essenciais, não tendo fins retributivos e sim instrumentais.

O piso salarial é assegurado pela Lei Complementar nº 103/00 à classe dos domésticos. Permite-se aos Estados e ao Distrito Federal a definição de os pisos salariais superiores ao nacional.

3.3.2 Irredutibilidade Salarial

Ao empregador é vedado reduzir o salário do empregado, tendo em vista que a Constituição Federal assegurou a irredutibilidade salarial como direito do doméstico. (CASSAR, 2012)

Segundo Martins (2009), o direito coletivo não foi assegurado aos domésticos pelo artigo 7º da Constituição. Diante disso, a irredutibilidade salarial por meio de acordo ou convenção coletiva não abrange a classe dos domésticos. Entretanto, o salário poderá ser reduzido em razão de previdência e do imposto de renda retido na fonte.

3.3.3 Décimo terceiro Salário

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, parágrafo único c/c o inciso VII concedeu aos domésticos o direito ao décimo terceiro salário, aplicando-se a Lei nº 4.090, de 13 de setembro de 1962, para sua regulamentação (MARTINS, 2009).

Nos ensinamentos de Cassar (2012), o décimo terceiro salário deverá ser pago até o dia 20 de dezembro de cada ano, devendo o empregador adiantar metade deste valor entre os meses de fevereiro e novembro. O doméstico requerendo em tempo hábil, a gratificação natalina poderá ser paga nas férias.

3.3.4 Repouso semanal remunerado

Conforme Barros (2011), o trabalhador doméstico tem direito ao descanso semanal remunerado regulamentado pela Lei nº 605/49, e assegurado a essa classe pela Constituição de 1988.

O descanso deverá ser preferencialmente aos domingos com duração de 24 horas consecutivas. Não sendo concedido tal direito, deverá o descanso ser conferido em outro dia da semana, não ocorrendo esta folga o dia trabalhado deverá ser pago em dobro (Cassar, 2012).

Martins (2009) afirma que o doméstico, para que tenha direito ao descanso semanal remunerado, precisa ser pontual e assíduo durante a semana que o antecede. Não preenchendo algum desses requisitos, terá direito ao repouso, porém este não será remunerado. Entretanto, Cassar (2012) acredita que não há necessidade de pontualidade para o emprego doméstico, eis que este não é submetido à jornada de trabalho. Tal pensamento, não merece prosperar, tendo em vista a entrada em vigor da PEC 72/2013.

O direito ao descanso remunerado em feriados foi concedido pela Lei nº 11.324/06. Embora, a Constituição não conceda esse direito expressamente, entende-se que a interpretação

deve ser ampla, pois assim, irá garantir o desenvolvimento dos valores culturais, morais e religiosos do emprego.

3.3.5 Férias

Com o advento da Lei nº 11.324/06, as férias dos domésticos, que antes eram de vinte dias úteis (conforme a Lei nº 5.859/72) passaram a ser de trinta dias corridos. A Constituição de 1988 acrescentou o terço constitucional às férias dos domésticos (CASSAR, 2012).

Neste sentido, a nova redação do artigo 3º da Lei nº 5.859/72: "Art. 3º O empregado doméstico terá direito a férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias com, pelo menos, 1/3 (um terço) a mais que o salário normal, após cada período de 12 (doze) meses de trabalho, prestado à mesma pessoa ou família."

Conforme Cassar (2012) há uma controvérsia em relação às férias proporcionais do doméstico, eis que o Decreto nº 71.885/73, afirma que se aplica somente o capítulo referente a férias da CLT aos domésticos, e a Lei nº 5.859/72 dispõe que para a aquisição das férias é necessário que o doméstico tenha trabalhado 12 meses consecutivos para um mesmo empregador.

Diante disto, tem-se uma controvérsia de entendimentos face a um conflito aparente de normas. Alguns entendem que ao doméstico não são concedidas férias proporcionais (seria contrário à Lei); para outros, devido ao princípio da norma mais favorável, deve-se conceder as férias proporcionais (CASSAR, 2012).

Martins (2009, p. 78), acolhendo o primeiro entendimento, preleciona:

O doméstico não tem direito a férias proporcionais, pois o art. 3º da Lei nº 5.859 menciona que o direito a férias ocorre após casa período de 12 meses de trabalho, o que quer dizer que, tendo menos de 12 meses de trabalho, o empregado doméstico não faz jus a férias proporcionais. O art. 2º do Decreto nº 71.885, de 9-3-73, não poderia ir além da lei e dizer que o capítulo de férias se aplica ao doméstico, pois a Lei 5.859 nada menciona sobre o tema. Logo, tal artigo é nulo nesse aspecto, por ir além do previsto em lei. Como a alínea a do art. 7º da CLT estabelece que os dispositivos consolidados não se aplicam ao doméstico, nem a Constituição trata do tema, não há direito a férias proporcionais em relação a tal trabalhador. [...]

No sentido contrário ao entendimento de Martins, Cassar (2012) e Barros (2011) entendem ser possível as férias proporcionais aos domésticos, em razão da aplicação a normas mais favorável. É entendimento majoritário. Assim, Barros afirma: “[...] corrente que nos filiamos, no sentido de que as férias proporcionais e o abono são aplicáveis ao doméstico. Também não colide com a Lei nº 5.859/72 a extensão ao doméstico das férias proporcionais nem da dobra. [...]”

3.3.6 Licença Maternidade e Paternidade

Conforme preleciona Cassar (2012), a licença paternidade deverá ser concedida ao pai biológico do recém-nascido, com duração de cinco dias e devendo o empregador arcar com tal ônus.

Em relação à licença maternidade, com o advento da Constituição Federal, a doméstica passa a ter direito a 120 dias de licença, devendo ser paga pela Previdência Social no valor referente ao último salário de contribuição, e podendo ser concedida 28 dias antes e 92 dias após o parto (Barros, 2011).

A empregada doméstica gestante a partir da promulgação da Lei nº 11.324/06 passou a ter estabilidade, não podendo o empregador dispensá-la sem justa causa (Cassar, 2012).

Neste sentido, a nova redação da Lei nº 5.859/72: **“Art. 4º-A.** É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.”

3.3.7 Aviso Prévio

Aos domésticos, por meio dos preceitos constitucionais, é assegurado o aviso prévio proporcional de no mínimo 30 dias. A CLT deverá ser aplicada por analogia, para que o instituto do aviso prévio possa ser aplicado a tal classe de trabalhadores. O aviso prévio será concedido quando houver dispensa sem justa causa ou pedido de demissão, pela parte notificante, nos contratos indeterminados (Cassar, 2012).

Segundo Cassar (2012) o aviso prévio é devido reciprocamente. Entretanto, Martins (2009, p. 97) afirma que:

Na prática, o empregador não irá querer que o empregado cumpra aviso prévio por ele dado ou que o empregado que quer se retirar do serviço também o faça, justamente porque nesse momento a confiança entre as partes fica abalada e não convém ao primeiro continuar com o segundo em sua residência.

Cassar (2012) e Martins (2009), afirmam que, pelo fato de o empregado doméstico não possuir jornada de trabalho, a ele

não se aplicaria a redução de duas horas diárias para a procura de emprego, e sim a redução de sete dias corridos. Porém, com a promulgação da PEC das domésticas, tal classe passa a ter jornada de trabalho podendo ser aplicadas ambas as possibilidades.

3.3.8 Vale Transporte

O empregado doméstico tem direito a vale transporte assegurado pelo Decreto nº 95.247/87 em seu artigo 1º (Barros, 2011).

Conforme preceitua Martins (2009), o vale transporte não tem natureza salarial, não podendo incidir contribuição previdenciária, e nem se incorporar a remuneração.

3.3.9 FGTS

Nos ensinamentos de Barros (2011) é facultado ao empregado doméstico o regime do FGTS devendo ser solicitado pelo empregador. Tal situação foi modificada pela Emenda Constitucional 72/2013.

No que tange o seguro desemprego, Cassar (2012) afirma que a Lei 10.208/01 trouxe algumas ressalvas à concessão desse direito. O pagamento de apenas três meses de seguro desemprego, o que difere dos demais trabalhadores que é de cinco meses, é uma delas. Além disso, o pagamento só poderia ser realizado para quem estivesse trabalhando como doméstico há 15 meses, no mínimo, considerando os últimos 24 meses, e estivesse contribuindo para o FGTS. Neste sentido a lei:

Art. 1º A Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, fica acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 3º-A. É facultada a inclusão do empregado doméstico no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, de que trata a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, mediante requerimento do empregador, na forma do regulamento.” (NR)

“Art. 6º - A O empregado doméstico que for dispensado sem justa causa fará jus ao benefício do seguro-desemprego, de que trata a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, no valor de um salário mínimo, por um período máximo de três meses, de forma contínua ou alternada.

§ 1º O benefício será concedido ao empregado inscrito no FGTS que tiver trabalhado como doméstico por um período mínimo de quinze meses nos últimos vinte e quatro meses contados da dispensa sem justa causa.

§ 2º Considera-se justa causa para os efeitos desta Lei as hipóteses previstas no art. 482, com exceção das alíneas “c” e “g” e do seu parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.” (NR)

Portanto, os direitos dos trabalhadores domésticos antes da entrada em vigor da “PEC das domésticas” eram muito reduzidos. Deste modo, abriu-se o leque de tais direitos, assegurando-se assim, princípios como o da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Logo, esta emenda foi um marco na história dessa classe de trabalhadores e na história do Brasil.

4 CONSIDERAÇÃO ACERCA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 72/2013

No dia 02 de abril de 2013, foi promulgada a Emenda Constitucional 72/2013, conhecida como a “PEC das domésticas”. Tal emenda garante à classe dos domésticos a igualdade de direitos comparada aos demais trabalhadores regidos pela CLT (Souto, 2013).

O artigo 7º da Constituição Federal, com a Emenda passa a valer com a seguinte redação:

Artigo único. O parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º

.....
Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.” (NR)

Os direitos elencados na Emenda, segundo Leite (2013), são: jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais; hora extra; pagamento de pelo menos um salário mínimo; reconhecimento de acordos e convenções coletivas de trabalho; respeito às normas de higiene, saúde e segurança no trabalho; proibição do trabalho de menor de 16 anos e do trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao trabalhador menor de 18 anos; proibição de diferenciação salarial, de funções e de critério de admissão em razão do sexo, idade, cor ou estado civil; adicional noturno; FGTS obrigatório; seguro desemprego; salário-família; auxílio-creche; seguro contra acidente de trabalho e indenização em caso de despedida sem justa causa.

Conforme explica Leite (2013), algumas parcelas precisam de regulamentação para que entre em vigor, tais como: proteção contra demissão arbitrária e sem justa causa, salário-família, auxílio-creche, seguro contra acidente de trabalho, recolhimento obrigatório do FGTS, seguro-desemprego e adicional noturno. Entretanto, direitos como a jornada de trabalho limitada e o pagamento das horas extras, passam a valer imediatamente após a promulgação da emenda.

Conforme preceitua Vieira (2013) a PEC das domésticas se amolda à da Convenção Internacional do Trabalho 189, tendo em vista que tal Convenção garante aos domésticos um tratamento digno, igualando esses trabalhadores aos demais empregados urbanos ou rurais.

A Emenda Constitucional 72/2013 tem trazido grandes discussões em relação a sua aplicabilidade, eis que com o advento de vários direitos para os domésticos, o orçamento do empregador é impactado em razão do aumento dos encargos trabalhistas. Tal fato pode inviabilizar a continuidade do doméstico no emprego, devido ao aumento do custo do empregado para o empregador, consequentemente gerando muitas demissões ou até mesmo a informalidade (Vieira, 2013).

Em relação à efetividade do controle da jornada de trabalho, Vieira (2013) e Figueiredo (2013) possuem o mesmo entendimento, qual seja, o de que os domésticos exercem suas funções para uma família e não para uma empresa. Desse modo o controle exato das horas trabalhadas é dificultado. Ademais, o controle se torna ainda mais complicado, considerando que muitos domésticos ficam sozinhos na residência que trabalham, pois o seu empregador encontra-se trabalhando ou cumprindo suas funções externas.

Neste sentido, Figueiredo (2013), sobre o pagamento das horas extras, afirma que:

O pagamento de hora extra, embora devido, nas hipóteses previstas pela PEC, poderá trazer grande transtorno, justamente pela dificuldade de ser estabelecido um controle efetivo da jornada. Diferentemente de empresas, que possuem sistemas sofisticados de controle eletrônico de jornada e onde os empregados estão sob a constante supervisão direta do empregador, os empregados domésticos, na maioria das vezes, trabalham sozinhos em casa, sem controle direto por parte dos patrões.

Streck (2013) faz uma comparação da aprovação da “PEC das domésticas” com o período da entrada em vigor da Lei Aurea, por meio de uma crítica aos que defendem que tal emenda acarretaria grandes prejuízos à economia nacional.

O liberalismo existente no Brasil ao longo da história, sempre teve um posicionamento político antiquado. Deste modo, os políticos que se diziam liberais, somente o eram quando lhe era conveniente, possuíam discurso de liberdade e igualdade, mas esqueciam da situação lamentável de seus escravos (STRECK, 2013).

Assim, conforme afirma Streck (2013) o liberalismo brasileiro foi um meio de justificação para o latifúndio e o trabalho escravo. Destarte, houve uma distorção do liberalismo para conseguir justificar a propriedade dos escravos.

Diante o exposto, Streck (2013) afirma:

Interessante mesmo é comparar o comportamento dos oligarcas escravagistas do século XIX com a postura dos que atualmente estão demonstrando grande preocupação com a aprovação da PEC que amplia benefícios para os trabalhadores domésticos (...) O discurso de que haveria mais prejuízos do que ganhos foi o mais explorado. Nada diferente do que aconteceu nos grandes debates parlamentares que antecederam a abolição da escravatura. (...)

Hoje, depois de mais de um século de abolição, um expoente dessa mesma tradição liberal fez a seguinte afirmação a respeito da Emenda Constitucional que favorece os trabalhadores domésticos: "É preciso muita cautela nesse processo de desmonte das instituições que foram criadas ao longo dos anos no tocante ao trabalho doméstico. Erros poderão resultar em aumento massivo de desemprego, prejudicando milhões de trabalhadores que hoje são empregados nessas atividades. Ademais, não há sinais de rejeição ou de desconforto nessas relações".

Leite (2013), também faz uma alusão à atual situação das domésticas com o momento da promulgação da Lei Áurea, no sentido contrário ao que afirma os que seguem a tradição liberal, afirma:

A formalização do trabalho doméstico tem como significado representar uma segunda Lei Áurea tendo positivo impacto na economia pátria acarretando a redução da pobreza e o cumprimento de relevante fundamento da república brasileira que é o respeito ao princípio da dignidade humana.

Em relação ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, presente no artigo 1º, inciso III da Constituição, a promulgação da PEC das domésticas assegurou a efetividade de tal princípio a essa classe de empregados, eis que igualou o seus direitos aos demais trabalhadores, conforme preleciona Leite (2013).

Corroborando com este entendimento, Almeida (2008) afirma que a dignidade é essencial à condição humana, sendo que todas as pessoas devem ter dignidade, assim, os domésticos pela sua condição humana não devem ser discriminados é ter a igualdade de direitos garantidos.

Outro princípio que merecer ser citado em razão da Emenda Constitucional 72/2013, é o princípio da Isonomia, presente no caput do artigo 5º da Constituição de 1988, que diz: "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."

Conforme preceitua Almeida (2008) a Constituição Federal em seu parágrafo único do artigo 7º, ao excluir os domésticos da totalidade dos direitos garantidos aos demais trabalhadores feria o princípio da Igualdade, eis que tal artigo não poderia limitar os direitos dos domésticos, causando uma discordância no Sistema Jurídico.

Porém, com a nova redação de tal artigo, muda-se esta realidade, garantindo um tratamento isonômico aos domésticos, uma vez que igualam seus direitos aos demais trabalhadores regidos pela CLT. Neste sentido Leite (2013) afirma: "A PEC das domésticas veio enfim efetivar a tão sonhada igualdade de direitos trabalhistas para os empregados domésticos e, por fim em injusta discriminação sociojurídica."

Portanto, pode-se dizer que a "PEC das domésticas" precisa de algumas regulamentações para que a totalidade dos direitos trabalhistas seja concedida aos domésticos. Entretanto, essa Emenda traz a conquista de tais trabalhadores que, ao longo da história, sofreram muitos preconceitos e lutam para que a classe chegasse ao patamar de igualdade em que se encontra atualmente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que os domésticos são trabalhadores que durante muito tempo foram discriminados, e que receberam tratamento diferenciado, sem uma legislação capaz de garantir a eles direitos que lhes dessem dignidade como os demais trabalhadores. O fator histórico comprova essa realidade, eis que a origem da profissão surge com a escravidão, passando pelos tempos da monarquia, nos quais os escravos, com a abolição da escravatura passaram a serem trabalhadores domésticos.

Esta realidade perpetrou durante muitos anos na legislação Brasileira, pois a CLT excluiu os domésticos do seu rol de leis. As

legislações que haviam sobre o tema não concediam a totalidade dos direitos em relação a um trabalhador comum. Ademais, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstrou uma contradição no que tange os trabalhadores domésticos, uma vez que em seu artigo 5º, *caput*, garante a igualdade de todos, porém, em seu artigo 7º, § único, concedia aos domésticos apenas alguns direitos dos trabalhadores regidos pela CLT.

Deste modo, fica demonstrado como essa categoria, durante tempos e até mesmo através da própria Constituição, foi deixada de lado e desprezada pela sociedade.

Tais fatos eram justificados pelo ordenamento jurídico com base nas características da relação de emprego domésticas que são diferentes dos demais empregados, sendo elas a continuidade, o serviço ser prestado à pessoa ou família no âmbito residencial desta, e que não acha lucro para o empregador com a prestação de serviço.

Esta realidade mudou com a aprovação da PEC 72/2013, que pode ser considerada como uma conquista valiosa dos domésticos, eis que ela iguala seus direitos aos demais empregados.

Porém, como os domésticos possuem um estigma de discriminação da sociedade, muitos acreditam que as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional trarão consequências ruins, sob o argumento de que o serviço doméstico ficará oneroso demasiadamente para os empregadores, com todas as parcelas que devem ser pagas.

Contudo, acredita-se que a PEC 72/2013 trouxe mudanças positivas para a sociedade, garantindo a dignidade da pessoa humana e a isonomia dos domésticos, proporcionando assim uma sociedade justa e um Estado de Direito Democrático.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sabrina Armini. *O direito dos empregados domésticos à luz dos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana*. *Evocati Revista* n. 27, mar.2008. Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=196 >. Consultado em: 30/10/2012.

BARROS, Aline Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7ª ed. São Paulo. LTr, 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR - 2373700-05.2008.5.09.0014. Data de Julgamento: 03/04/2013, Relatora Desembargadora Convocada: Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2013. Disponível em <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acessado em: 24/04/2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 6ª ed. Niterói. Impetus, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo. LTr, 2011.

FIGUEIREDO, Leticia Ribeiro C. de Figueiredo. *A PEC dos empregados domésticos*. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/24110/a-pec-dos-empregados-domesticos> > Consultado em 10/05/2013.

LEITE, Gisele. *Comentários à Emenda Constitucional 72/2013 (PEC das domésticas)*. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10614> Consultado em 10/05/2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do trabalho doméstico*. 10ª ed. São Paulo. Atlas, 2009.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. *A discriminação sociojurídica à empregada doméstica na sociedade brasileira contemporânea*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/14215/a-discriminacao-sociojuridica-a-empregada-domestica-na-sociedade-brasileira-contemporanea>> Consultado em 26/03/2013.

STRECK, Lenio Luiz. *A PEC das domésticas e a saúde dos "bons tempos"*. *Revista Consultor jurídico*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-abr-11/senso-incomum-pec-domesticas-saude-bons-tempos> > Consultado em: 20/05/2013.

VIEIRA, Fernando Borges. *A PEC das empregadas domésticas e a oneração do orçamento familiar*. Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI175073,21048+A+PEC+das+empregadas+domesticas+e+a+oneracao+do+orçamento+familiar> > Consultado em 10/05/2013.

NOTAS DE FIM

1 Professora de Direito do Trabalho do Centro Universitário Newton Paiva

2 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

A USUCAPÇÃO FAMILIAR E O ABANDONO DO LAR

Leandro Henrique Simões Goulart¹

Joseane Soares Lapa²

RESUMO: O novo instituto da usucapião familiar, inserido no ano de 2011, no ordenamento jurídico brasileiro, trouxe inúmeras dúvidas em relação aos requisitos que devem ser preenchidos, principalmente no que tange ao abandono do lar, objetivo desse artigo, que pode restaurar a culpa pelo fim do relacionamento, sanado em 2010, pela emenda de número 66.

PALAVRAS CHAVES: usucapião familiar; requisitos; culpa; abandono do lar; retrocesso.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo abordar um dos pontos polêmicos a cerca da nova modalidade da usucapião que adentrou em nosso ordenamento jurídico no ano de 2011, a usucapião familiar. Esta nova modalidade está regulamentada no artigo 1240-A do Código Civil Brasileiro de 2002, inserido pela lei 12.424/2011 que trabalha o "Programa Minha Casa, Minha Vida".

O ponto polêmico a ser relatado diz respeito há um dos requisitos enumerados no artigo mencionado anteriormente, qual seja, o abandono do lar.

Este tema foi escolhido, tendo em vista que, esta nova modalidade é algo recente em nosso ordenamento, e que trouxe além do ponto polêmico abordado no presente artigo, vários outros questionamentos como o da sua constitucionalidade, da sua eficácia no ordenamento jurídico, da vara competente, dentre outras situações.

2 DA USUCAPÇÃO

Conforme Venosa (2012, p. 199), "denomina-se usucapião o modo de aquisição da propriedade mediante a posse suficiente prolongada sob determinadas condições."

Tendo como base este conceito, podemos entender que a usucapião é a forma originária de adquirir a propriedade, por um período de tempo, estabelecido em lei, e por preencher os demais requisitos inerentes a cada modalidade.

Diante disso, para que haja o direito de usucapir determinado bem, é necessário que além de preencher o tempo necessário estabelecido em lei, que tenha a propriedade como se dono fosse.

A usucapião teve sua origem no direito romano, por meio da Lei das Doze Tábuas, e nessa época só quem tinha esse direito

era os cidadãos romanos, além disso, o tempo estabelecido era bem diferente do que temos em nosso ordenamento.

No ordenamento jurídico brasileiro, além da usucapião familiar, há previsão de mais cinco modalidades, quais sejam: a usucapião ordinária, a usucapião extraordinária, a usucapião especial rural, a usucapião especial urbana e a usucapião indígena. Insta ressaltar, que para cada espécie de usucapião mencionada, há requisitos específicos a serem preenchidos para que seja adquirida a propriedade do bem requerido.

3 DA USUCAPÇÃO FAMILIAR

A nova modalidade foi inserida ao Código Civil de 2002, pela lei 12.424 de 16 de Junho de 2011, mediante a Medida Provisória 514/2010 que diz:

Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Há de se ressaltar que a referida lei tinha como um dos principais objetivos a alteração da lei que regulamenta o projeto federal "Minha casa Minha Vida", principalmente na segunda etapa do referido programa, tal projeto tem a finalidade de ajudar pessoas de baixa renda.

Conforme descrição do artigo mencionado, podemos observar alguns requisitos essenciais para que possa ter o direito da

usucapião familiar.

Insta salientar, que a nova modalidade inserida se equipara em alguns requisitos com a modalidade da usucapião especial urbana, descrita no artigo 1240, caput, do CC/02, que dispõe:

Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e se oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Podemos observar que as duas modalidades possuem a mesma área do imóvel a ser usucapido, qual seja, 250m²(duzentos e cinquenta metros quadrados), o uso de tal imóvel deve ser para moradia própria ou da sua família, bem como aquele que irá usucapir, o usucapiente, não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Além disso, no §2º do art 1240 e o §1º do art 1240-A, ambos do CC/02, informar que o direito de usucapir do imóvel, não pode ser reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Ocorre que essa nova modalidade só engloba os imóveis da zona urbana, não tendo abrangência as famílias de baixa renda da área rural, ocasionando conforme Siqueira (2012) descreve a, "(...)distinção desarrazoada das pessoas em relação a localização do seu domicílio."

Ademais, essa nova modalidade, tem um lapso temporal pequeno em relação as demais, sendo apenas de 2(dois) anos.

Há de enfatizar que a usucapião familiar deve ser sobre bem comum do casal. Diante disso Silva³ (2011, *apud* MARTINS, 2012)

(...) o imóvel pode ser fruto dos regimes de comunhão total ou parcial, bem como do regime de participação final de aquestos em havendo no pacto previsão de imóvel comum e, ainda, no de separação legal, consoante Súmula nº 377 do STF, que dispõe que os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam. Quanto ao regime de separação convencional de bens, resta afastada a possibilidade de utilização do instituto uma vez que nesse regime não há perspectiva de comunicação de patrimônio entre cônjuges e companheiros.

Salienta-se que a posse nesse período de 2(dois) anos, após o abandono do lar do ex-cônjuge ou ex-companheiro, deve ser exclusiva daquele cônjuge ou companheiro que ficou no lar, não podendo ser posse comum.

Outrossim, insta informar que quando se refere a ex-cônjuge e ex-companheiro, não abrange somente aquele casal, em que houve o divórcio ou a dissolução da união estável judicialmente, mas aqueles que se encontram em separação de fato, conforme reforçado por Siqueira (2012):

(...)as expressões "ex-cônjuge" e "ex-companheiro" refere-se ao fim do casamento ou união estável, seja de fato (simples saída do lar) ou de direito (sentença ou escritura pública de divórcio ou dissolução de união estável ou medida cautelar de separação de corpos).

Além desses requisitos mencionados, há de destacar o "abandono do lar", objeto de discussão do presente artigo.

4 DO ABANDONO DO LAR

O requisito, abandono do lar, da nova modalidade da usucapião, a usucapião familiar, vem sendo alvo de grande discussão. Pois o que, já foi discutido e consolidado em nosso ordenamento jurídico no ano de 2010, estaria regressando, com o mesmo, a volta da culpa pelo fim da sociedade conjugal.

Existem alguns entendimentos, que tal requisito, não estaria retornando a discussão da culpa, pois, a expressão abandono do lar utilizada na modalidade da usucapião, não possui o mesmo sentido encontrado no direito de família, que era uma das possibilidades enumeradas, no art 1573 do CC/02, para que ocorresse a impossibilidade da vida conjugal.

Insta informar, que no direito de família moderno a dissolução do casamento e da união estável se dá por vontade de um dos cônjuges, o que é pacífico doutrinariamente e no âmbito jurisprudencial.

4.1 Abandono do lar como separação de fato

Para aqueles que entendem que a expressão abandono do lar não enseja a volta da discussão em relação a culpa, informam que tal requisito se refere a separação de fato, logo não há este retrocesso, uma vez que a Emenda Constitucional 66/2010, colocou fim a separação de fato, bem como, encerrou a discussão de culpa pela separação mencionada. Seguindo esta interpretação Freitas(2011) relata:

(...) entendo que houve a técnica na dicção da legislação na expressão "abandonou o lar", que, sem dúvidas, remete o leitor ao instituto do "abandono familiar". Porém, para efeitos de aplicação eficaz da norma dever ser lida como "separação de fato"

e "abandono patrimonial" e os efeitos decorrentes destes institutos, onde, no primeiro, impõem-se o fim da comunicação patrimonial, e, no segundo, da perda do patrimonial, ambas situações previstas na lei.

Diante disso, muitos entendem que o abandono do lar que se refere a usucapião familiar, não é o mesmo abandono do lar que existia no Direito de Família brasileiro, antes da Emenda Constitucional mencionada anteriormente.

4.2 Abandono do Lar e a volta da culpa

4.2.1 Culpa no direito de família

Antes da Emenda Constitucional 66/2010, os institutos da separação judicial e do divórcio, tinham finalidades diferentes, conforme relato de Pretel (2010):

Enquanto separação judicial promove a dissolução da sociedade conjugal, o divórcio se caracteriza como uma forma de dissolução do casamento válido e que permite aos cônjuges contrair novas núpcias. A diferença substancial entre a separação judicial e o divórcio seria que os divorciados poderiam se casar novamente e os separados, não. Ademais, seria facultado aos separados judicialmente, a qualquer tempo, restabelecer a sociedade conjugal, nos termos em que era constituída, como se não tivesse existido qualquer separação.

Entretanto para que o divórcio ocorresse o casal deveria estar separado de fato há 2(dois) anos, ou deveria passar inicialmente pelo o processo da separação judicial. Contudo, para que houvesse a separação, um dos cônjuges deveria informar de quem era a culpa pelo o fim do casamento, conforme salienta Barros(2012):

atribuir ao outro a culpa pelo fim da união ou comprovar a ruptura da vida em comum há mais de um ano, conforme o artigo 1.572 do Código Civil. A imputação ao outro de conduta desonrosa ou prática de ato que importasse grave violação dos deveres matrimoniais (art. 1.566, CC), deveria demonstrar que tais posturas tornaram insuportável a vida em comum (art. 1.572, CC)

Com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, alterou ao art 226,§6º da Constituição Federal de 1988, tendo como uma

da consequência o fato do divórcio ser realizado de forma imediata, e conforme Barros(2010), " não sendo mais necessário o processo prévio de separação ou a comprovação da separação de fato". Tendo como consequência, a finalização do debate a respeito da culpa, sendo superada tal discussão em nosso ordenamento.

4.2.2 RETROCESSO AO QUESTIONAMENTO DA CULPA

Como foco principal deste artigo ao inserir a nova modalidade da usucapião no ano de 2011, o quesito abandono do lar acarretou novamente a discussão da culpa pelo fim do relacionamento, imputando a responsabilidade ao cônjuge ou ao companheiro.

Porque o termo abandono do lar tem um sentido subjetivo, que pode ser ensejado por inúmeras situações, tanto por ordem judicial ou por um relacionamento conturbado, dentre outras, conforme frisado por Dias (2011):

O que significa mesmo abandonar? Será que fugir do lar em face da prática de violência doméstica pode configurar abandono? E se um foi expulso pelo outro? Afastar-se para que o grau de animosidade não afete a prole vai acarretar a perda do domínio do bem? Ao depois, como o genitor não vai ser tachado de mau pelos filhos caso manifeste oposição a que eles continuem ocupando o imóvel?

Diante disso, quando for discutida a usucapião no judiciário, o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar irá justificar a sua saída atribuindo o motivo àquele que ficou, ou seja, culpará o outro pela não permanência no lar, conforme exemplifica Donizetti (2011):

(..) para não perder parte do imóvel, o homem vai ter que provar que saiu de casa porque não mais aguentava as ranzinças da mulher e esta, por sua vez, vai ter que demonstrar que, cansada de sofrer agressões físicas e psicológicas, resolveu deixar o traste para trás. O fato é que essa esdrúxula modalidade de usucapião vai ensejar o revolvimento de antigas e dolorosas feridas, tudo no afã de demonstrar que o "meu inferno é o outro". Estamos assistindo ao retorno do ingrediente denominado culpa, o qual foi abolido da indigesta receita das separações conjugais pela recente EC 66/2010.

Assim, aquilo que já tinha sido sanado no Direito Brasileiro, por ter este acompanhado mudanças relacionados ao Direito de

Família, e que já tinha sido compreendido pelo legislador acerca da não interferência do Estado de forma exagerada na vida privada das pessoas, sendo concretizado pela promulgação da Emenda de nº66 no ano de 2010, é restaurado pelo requisito descrito no artigo 1240-A do CC/02, ou seja, a retomada da discussão da culpa, como ressalta Dias (2011):

De forma para lá de desarrazoada a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, que em boa hora foi sepultada pela Emenda Constitucional 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. A medida foi das mais salutares, pois evita que mágoas e ressentimentos – que sempre sobram quando o amor acaba – sejam trazidas para o Judiciário. Afinal, a ninguém interessa os motivos que ensejaram a ruptura do vínculo que nasceu para ser eterno e feneceu. De forma para lá de desarrazoada a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, que em boa hora foi sepultada pela Emenda Constitucional 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. A medida foi das mais salutares, pois evita que mágoas e ressentimentos – que sempre sobram quando o amor acaba – sejam trazidas para o Judiciário. Afinal, a ninguém interessa os motivos que ensejaram a ruptura do vínculo que nasceu para ser eterno e feneceu.

Mesmo que o objetivo do legislador ao criar essa norma, foi a de amparar aquele cônjuge ou companheiro, que após o fim do casamento ou da união estável permaneceu no imóvel, acarretou ao que abandonou o lar uma sanção patrimonial. Ademais, motivou o casal a suportarem um ao outro, para não perder o bem, para o seu ex-companheiro ou ex-cônjuge, como ressalta Pena(2013):

Uma norma não pode e nem deve ter esse condão de pressionar as pessoas, que não mais possuam condições de convivência mútua, a viver sob o mesmo teto apenas para preservar um direito seu, patrimonial. Este direito tem de ser assegurado sob outras perspectivas.

Diante disso, a volta da discussão de culpa pelo requisito abandono do lar, em tal modalidade de usucapião, enseja o retrocesso da norma no ordenamento jurídico, o que não é permitido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo relatou a nova modalidade da usucapião que adentrou em nosso ordenamento jurídico, pela lei 12.424/2011, que tinha como principal função trazer mudanças em um projeto governamental. Informa ainda o que venha a ser a usucapião, informando as modalidades já existentes em nosso ordenamento.

Mencionou os requisitos necessários para adquirir essa nova modalidade, expondo sucintamente alguns pontos que tem gerado discussão no meio acadêmico.

Tendo como foco o requisito do abandono do lar, que tem um significado subjetivo. Ocorre que tal expressão pode restaurar o que já foi sanado e o que já não era mais discutido nas ações de divórcio ou de dissolução da união estável, qual seja a culpa.

Ocorrendo tal discussão, a norma que foi criada para proteger aquele que permanece no lar, pune aquele que deixou o imóvel, de forma patrimonial, além de violar o princípio do retrocesso, princípio que é implícito em nosso ordenamento.

Podemos ressaltar que a nova modalidade da usucapião, com o requisito abandono do lar, se torna algo inexecutável em nosso ordenamento jurídico, vez que está infringindo a nossa norma suprema, a Constituição Federal de 1988. Tendo em vista que, a norma apresentada retrocede a um fato, que já não é mais discutido no novo Direito de Família, que acompanha as mudanças da sociedade, qual seja a culpa, e a nossa Lei Suprema veda o retrocesso de leis Ademais, um bem adquirido pelo casal durante a constância do casamento deverá ser partilhado, e não ser de exclusividade de um dos cônjuges ou companheiro, conforme tal artigo propõem.

REFERÊNCIAS

BARROS, Karen Beatriz Taveira. *A emenda constitucional nº 66/2010: o fim da separação de direito*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/845>. Acesso em 31/07/2013

CUNHA, Priscila Fontes Ibiapina. *Usucapião pró-família: O novo instituto sob o prisma do direito de família*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,usucapiao-pro-familia-o-novo-instituto-sob-o-prisma-do-direito-de-familia,42200.html>. Acesso em 30/07/2013.

DIAS, Maria Berenice. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%E3o_e_abandono_do_lar.pdf. Acesso em 31/07/2013

DONIZETTI, Elpídio. *Usucapião do lar serve de consolo para o abandonado*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-20/consolo-abandonado-usucapiao-lar-desfeito>. Acesso em 01/08/2013.

FREITAS, Douglas Phillips. *Usucapião e Direito de Família*. Disponível em:

<http://jus.com.br/revista/texto/20060/usuca-piao-e-direito-de-familia>. Acesso em 31/07/2013.

JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. Primeiras anotações sobre os pressupostos e a Processualização da usucapião familiar. Disponível em: <http://professorhoffmann.files.wordpress.com/2012/07/primeiras-annotac3a7c3b5es-sobre-os-pressupostos-e-a-processualizac3a7c3a3o-da-usucapic3a3o-familiar-roberto-paulino-de-albuquerque-2011.pdf>. Acesso em 31/07/2013.

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em 30/07/2013.

MARTINS, Fernanda da Silva. A usucapião por abandono do lar. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/fernanda_martins.pdf. Acesso em 30/07/2013.

PENA, Stephanie Lais Santos. Aspectos inconstitucionais da usucapião familiar. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10202. Acesso em 30/07/2013.

PINHEIRO, Raphael Fernando. Usucapião por abandono de lar: a volta da culpa? Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12261. Acesso em 30/07/2013.

PRETEL, Mariana Pretel e. Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17062/comentarios-acerca-da-emenda-constitucional-no-66>. Acesso em 31/07/2013.

SIQUEIRA, Heidy Cristina Boaventura. Usucapião especial urbano por abandono de lar: comentários ao artigo 1.240-A do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/846>. Acesso em 30/07/2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Coleção direito civil, v. 5.

VOLTOLINI, Gabriela C. Buzzi. A nova forma de aquisição de propriedade: A usucapião familiar. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/838>. Acesso em 30/07/2013.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito pela FUMEC, Especialista em Processo Civil Pela UNI-BH, Professor do Centro Universitário Newton Paiva das Disciplinas Processo Civil, Ética e Teoria Geral do Direito Privado, Coordenador do CEJU - Centro de Exercícios Jurídico e Advogado.

2 Estudante do curso de direito do 10º período do Centro Universitário Newton Paiva,

3 SILVA Luciana Santos . Uma nova afronta à Carta Constitucional: usucapião pró-família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/752>.

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 475-J DO CPC NO PROCESSO DE EXECUÇÃO TRABALHISTA

Daniela Lage Mejia Zapata¹

Marcelo Augusto Pinto de Souza²

RESUMO: Embora bastante discutida, a aplicação da multa de 10% prevista no artigo 475-J do CPC vem crescendo no âmbito da Justiça do Trabalho quando o executado não cumpre sua obrigação de pagar quantia certa, dentro do prazo estipulado pelo juiz. Com o presente estudo pretendemos demonstrar que a multa em comento confere maior celeridade e efetividade ao processo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: multa do artigo 475-J do CPC; aplicação subsidiária no processo do trabalho; omissão legislativa; compatibilidade; razoável duração do processo.

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), criada pelo Decreto-Lei 5.452/43, estatui normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho. A referida legislação traz em seu corpo normas de direito material e processual, compreendendo o processo de conhecimento e de execução.

Por muitos anos, o Processo do Trabalho foi conhecido, principalmente, pela sua celeridade, simplicidade e efetividade dos direitos dos trabalhadores.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC), por sua vez, sempre encontrou críticas, sendo classificado por muitos como, burocrático, formalista e às vezes um obstáculo para as partes que recorriam ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento do seu direito.

Não é por outra razão que, a partir de 1994, o Código de Processo Civil sofreu importantes mudanças, denominadas "ondas reformistas", até que em dezembro de 2005, a lei n. 11.232 a fim de dar celeridade ao processo civil, criou o Sincretismo Processual, reunindo o Processo de Conhecimento e o Processo de Execução de Sentença, em fases de uma mesma relação processual.

Noutro giro, o processo de execução trabalhista regulado pela CLT da década de 1940, sempre eficaz, não sofreu grandes mudanças, tornando-se obsoleto para alguns juristas.

Em síntese, a lei 11.232/05 criou instrumentos que tornaram o processo civil mais célere e efetivo, entre eles o art. 475-J do CPC, que impôs ao devedor a obrigação de satisfazer a quantia por ele devida em cumprimento de sentença, sob pena de ser punido ao pagamento de multa de 10% sobre esse valor.

Hodiernamente, é possível afirmar que as normas do proces-

so comum executivo estão sintonizadas com a prestação jurisdicional rápida e efetiva, ao passo que o processo de execução trabalhista, já não atende aos anseios do processo executivo com a mesma propriedade.

Nesse contexto, questiona-se: a multa de 10% prevista no *caput* do art. 475-J do CPC poderia ser aplicada subsidiariamente ao processo de execução trabalhista, quando o executado citado para pagar sua obrigação não o faz no prazo estabelecido pelo juiz, a fim de conferir-lhe maior efetividade e celeridade?

A matéria desperta posicionamentos a favor e contra, sendo que, todos apresentam argumentos relevantes. A aplicação da multa de 10% na execução trabalhista é polêmica e complexa, estabelecendo a discussão jurídica sobre o tema deste artigo, pois envolve a aplicação prática dos dispositivos civilistas na Justiça do Trabalho.

2 O PROCESSO CIVIL COMO FONTE SUBSIDIÁRIA DO PROCESSO DO TRABALHO

2.1 Omissão na CLT: uma releitura necessária da regra de subsidiariedade prevista nos artigos 769 e 889

Na concepção tradicional criada pela CLT, o direito processual civil será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, nos casos em que a legislação trabalhista for omissa e a norma a ser aplicada seja compatível com os princípios do processo do trabalho (art. 769, da CLT).

No que diz respeito ao processo de execução, o art. 889 da CLT dispõe que a Lei dos Executivos Fiscais (Lei n. 6.830/80)

será aplicada de forma subsidiária naquilo em que for compatível com a execução trabalhista.

Ocorre que, esta lei regulamenta a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal, e não tem previsão de normas compatíveis com a execução regida pela CLT. Assim, parece que o intérprete final da norma deverá recorrer ao CPC como fonte subsidiária da execução trabalhista.

Nesse sentido é a lição de Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa:

Restringe-se, porém, a aplicação subsidiária, nos termos do art. 889 da CLT, aos "preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial...". Assim sendo, as normas de direito material, contidas em bom número na Lei 6.830/80, não se aplicam ao processo de execução trabalhista, em que incidem apenas as normas de natureza processual. (grifos do autor/ 2007, p. 531-532)

Percebe-se que, embora haja previsão expressa do art. 889 da CLT para aplicar a lei 6.830/80 à execução trabalhista, isso não será possível: seja pelo fato desta lei trazer, em bom número, normas de direito material; seja porque as normas de direito processual previstas na lei são incompatíveis com o Direito Processual do Trabalho.

Diante disso, deve-se aplicar o CPC como fonte subsidiária, também, na execução trabalhista, levando-se em consideração o disposto no art. 769 da CLT.

Antes de se analisar o art. 769 da CLT, faz-se necessário esclarecer que as lacunas são fenômenos inerentes a qualquer sistema normativo, posto que o legislador não seja capaz de prever todas as soluções jurídicas para as demandas sociais. Assim, estão sujeitas às lacunas tanto as legislações que dispõem de regras de direito material, quanto as que prevejam regras de direito processual.

Maria Helena Diniz sustenta que as lacunas do direito podem ser classificadas em normativas, ontológicas e axiológicas.

A primeira resultaria da ausência de regulamentação da lei sobre instituto processual específico, ou seja, não há norma legislada. Já a segunda, tem norma expressa regulando determinado instituto processual, porém, esta norma não é compatível com a realidade social, pois está desatualizada. A terceira, portanto, ocorrerá quando a aplicação das normas existentes levarem a uma solução injusta, de acordo com os valores de justiça e equidade exigíveis para a eficácia da norma processual. (DINIZ, 2006)

Mauro Schiavi, valendo-se da lição de Karl Engisch nos traz a ideia de que as lacunas também podem surgir com a mudança da sociedade. Vejamos:

Na minha opinião, na determinação das 'lacunas' não nos podemos efectivamente ater apenas à vontade do legislador histórico. A mudança das concepções de vida pode fazer surgir lacunas que anteriormente não haviam sido notadas e que temos de considerar como 'lacunas jurídico-políticas'. (2012, p. 801, apud ENGISCH, 2008, p. 286/287)

O objeto do nosso estudo, como já exposto, é demonstrar que o sistema normativo da CLT – arts. 880 e 883 – responsável por tutelar o cumprimento da obrigação constituída no título executivo judicial, atualmente, apresenta-se lacunoso e não atende com a mesma propriedade os fins do Processo de Execução Trabalhista.

O art. 880 dispõe que o executado será citado para cumprir a obrigação de pagar quantia em dinheiro, no prazo de 48 horas, ou para garantir a execução, sob pena de penhora.

No mesmo sentido, e sem nenhuma medida efetiva capaz de incentivar o executado ao cumprimento voluntário da sua obrigação de pagar quantia certa, o art. 883 prevê:

Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial. (BRASIL, 2013.)

Ora, analisando os dispositivos, conclui-se que o executado tem a opção de pagar ou garantir a execução, e que, permanecendo-se inerte sofrerá tão somente a penhora dos seus bens.

Por outro lado, o art. 475-J do CPC impõe ao executado a obrigação de satisfazer o crédito exequendo, sob pena de ser punido ao pagamento de multa de 10% do valor devido na execução. Veja-se:

Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (BRASIL, 2013.)

Sobre a natureza dessa multa, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, lecionam:

A multa em exame tem natureza punitiva, aproximando-se da cláusula penal estabelecida em contrato. Porém, diversamente desta última, a multa do art. 475-J não é fixada pela vontade das partes, mas imposta – como efeito anexo da sentença – pela lei. (2011, p. 245)

É notório que a penhora não se apresenta como medida punitiva para o executado, capaz de incentivá-lo ao cumprimento espontâneo da sua obrigação, mas como procedimento coercitivo do processo executivo, em razão do inadimplemento da obrigação.

Ou seja, assim como no processo civil, no processo do trabalho o ato de penhora será inevitável para o devedor inadimplente, com a diferença de que naquele processo o devedor, também, será punido pelo descumprimento voluntário da obrigação imposta na decisão judicial.

Dessa forma, juristas defendem, não haver omissão na legislação trabalhista, acrescentando que a CLT tem sistema próprio quanto ao pagamento espontâneo da quantia certa. Tais argumentos, com base na regra disposta no art. 769 da CLT, afastaria a aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC à execução de sentença trabalhista.

Não queremos desvirtuar a autonomia dos institutos do Direito Processual do Trabalho, mas propomos, através dos princípios constitucionais, dos fins sociais do processo do trabalho e da evolução do processo civil executivo, a releitura dos métodos de aplicação subsidiária das normas do direito processual civil ao processo do trabalho.

Para tanto, deve-se ter em mente que o art. 769 fora idealizado e constituído, com base na realidade social e concepções do legislador da década de 1940, em que aplicar o código de processo civil de 1939, muito formalista e obsoleto, ao processo do trabalho, significaria um retrocesso desmedido, trazendo prejuízo a este ramo da processualística e aos jurisdicionados. (CORDEIRO, 2007)

Fixadas essas premissas e considerando as realidades processuais cíveis e trabalhistas, o art. 769 da CLT, não pode ser analisado de forma literal, para fins de aplicação subsidiária das normas do direito processual civil ao processo do trabalho, atualmente.

Conforme citado acima, a modificação da realidade social e das concepções de vida, podem levar ao surgimento de lacunas que antes não haviam sido notadas.

Em razão disso, os intérpretes finais da norma, Juízes e Tribunais, não podem ater-se ao modelo crônico de subsidiariedade, concebido na década de 1940 para manter a autonomia

do processo do trabalho frente ao processo civil, enquanto há normas do processo comum mais dinâmicas e efetivas que as do processo laboral.

A própria Constituição Federal de 1988, garante aos jurisdicionados a razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII).

Fechar os olhos para as lacunas ontológicas surgidas com a evolução da sociedade é negar a própria essência da legislação social (CLT) e os preceitos criados pela Constituição Federal de 1988 para dar celeridade ao processo. É função do julgador analisar o critério valorativo das normas (CLT e CPC), valendo-se da hermenêutica para suprir a omissão identificada.

Nesse sentido, ensina Carlos Henrique Bezerra Leite:

A heterointegração pressupõe, portanto, existência não apenas das tradicionais lacunas normativas, mas também das lacunas ontológicas e axiológicas. Dito de outro modo, a heterointegração dos dois subsistemas (processo civil e trabalhista) pressupõe a interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária do CPC não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa do processo laboral, mas também quando a norma do processo trabalhista apresentar manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva deste processo especializado (...). De outro giro, é imperioso romper com o formalismo jurídico e estabelecer o diálogo das fontes normativas infraconstitucionais do CPC e da CLT, visando à concretização do princípio da máxima efetividade das normas (princípios e regras) constitucionais de direito processual, especialmente o novel princípio da 'duração razoável do processo com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação' (EC 45/2004, art. 5º, LXXVIII). (2010, p. 99-103)

Portanto, "admitir a inflexibilidade do conteúdo formal do art. 769 da CLT, significa, nos dias atuais, negar a própria eficácia de um direito fundamental." (CORDEIRO, 2007, p. 35)

Com base nestes ensinamentos, entende-se que os arts. 880 e 883 da CLT trazem em si uma "lacuna ontológica", pois a norma regulamentada nestes artigos não encontra ressonância com os fatos sociais, ou seja, não conferem efetividade à execução trabalhista, inclusive, ao cumprimento voluntário da obrigação de pagar o crédito de natureza alimentar, pois estão desatualizados.

Acrescente-se, os arts. 880 e 883 são omissos, pois não pre-

veem nenhuma punição para o executado que não cumpre espontaneamente sua obrigação, sendo o caso de aplicação subsidiária da multa de 10%, prevista no art. 475-J do CPC, à execução trabalhista, mediante a interpretação do art. 769 da CLT de acordo com a Constituição Federal de 1988.

Assim, não é possível sustentar o sistema disciplinado pela CLT da década de 1940, haja vista que se o executado não pagar o crédito exequendo, sofrerá apenas a penhora de seus bens.

Em síntese, "em muitas situações, as leis processuais existentes não conseguem mais atender às necessidades dos novos conflitos, exigindo nova interpretação e a busca de novos caminhos." (SCHIAVI, 2012, p. 801)

Portanto, verificada a incompatibilidade das normas previstas na lei 6.830/80 com o Processo do Trabalho; as normas constitucionais (art. 5º, inc. LXXVIII); e, a lacuna ontológica nos arts. 880 e 883, conclui-se que a CLT é omissa quanto ao devedor que, citado para pagar sua obrigação não o faz no prazo estabelecido pelo juiz.

2.2 Compatibilidade do art. 475-J do CPC com os princípios do direito processual do trabalho e os princípios constitucionais

Primeiramente, ressaltamos que o Direito Processual do Trabalho é um ramo autônomo da Ciência Jurídica, em face do Direito Processual Civil, dispondo de um sistema de normas, princípios, regras e instituições próprias que tem por objetivo promover a pacificação justa dos conflitos individuais, coletivos e difusos decorrentes direta ou indiretamente das relações de emprego e de trabalho, bem como regular o funcionamento dos órgãos que compõem a Justiça do Trabalho. (LEITE, 2010)

Entretanto, essa autonomia não afasta a aplicação subsidiária das normas do processo comum ao processo trabalhista.

O direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, nos casos em que a legislação trabalhista for omissa e a norma a ser aplicada seja compatível com os princípios do processo do trabalho (art. 769, da CLT).

O processo do trabalho tem por natureza instrumentalizar o direito material do trabalho. Assim sendo, o processo deve garantir o acesso efetivo do trabalhador à Justiça do Trabalho e, reconhecido o direito, o meio eficaz para satisfazê-lo.

A aplicação da multa de 10% ao devedor do crédito alimentar está em perfeita harmonia com o Princípio da Proteção. Este princípio busca compensar a desigualdade socioeconômica existente entre os sujeitos da relação de emprego, prevendo normas jurídicas mais favoráveis ao trabalhador.

O juiz do trabalho deve manter uma postura ativa na condu-

ção do processo a fim de cumprir a função social deste ramo, qual seja: ser um instrumento dinâmico à disposição das partes para solucionar os litígios trabalhistas com justiça e celeridade.

Nesse sentido, o art. 475-J do CPC, mostra-se compatível com o processo do trabalho.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 as normas que regem o processo do trabalho devem ser interpretadas e aplicadas sob o filtro das normas e princípios constitucionais. Ou seja, é mister do julgador aplicar a legislação processual trabalhista, visando atender os princípios constitucionais do processo.

Neste diapasão, Luiz Guilherme Marinoni leciona:

Não há mais qualquer legitimidade na velha idéia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é mais possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais (...). Diante disso, alguém poderia pensar que o princípio da legalidade simplesmente sofreu um desenvolvimento, já que a subordinação à lei passou a significar subordinação à Constituição, ou melhor, que a subordinação da própria legislação à Constituição, que nada mais seria do que 'lei maior' (...) A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas sim a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível. Não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou normatividade dos princípios constitucionais de justiça. Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Aliás, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia. (2006, p.44-45)

Outrossim, a aplicação do art. 475-J do CPC ao processo do trabalho, atende os princípios da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), do acesso substancial à justiça e a ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV), consagrados na Constituição Federal de 1988.

Com base nos princípios constitucionais, bem como na regra

contida no artigo 769 da CLT, defende-se a compatibilidade e aplicação do artigo 475-J do CPC, ao direito processual do trabalho, uma vez que, os arts. 880 e 883 da CLT apresentam-se omissos e a multa de 10% conferirá celeridade e efetividade à prestação jurisdicional executiva da Justiça do Trabalho.

Partindo de tais proposições, não pode prevalecer o entendimento de que o artigo 475-J do CPC, que atende aos princípios da efetividade e celeridade, não se aplica ao processo de execução trabalhista, regido pela CLT, ao fundamento de que tem sistema próprio, não sendo omissivo, portanto.

Ao contrário da tese defendida neste trabalho, é o posicionamento do jurista Manoel Antônio Teixeira Filho. Vejamos:

Todos sabemos que o art. 769, da CLT, permite a adoção supletiva de normas do processo civil desde que: a) a CLT seja omissa quanto à matéria; b) a norma do CPC não apresente incompatibilidade com a letra ou com o espírito do processo do trabalho. Não foi por obra do acaso que o legislador trabalhista inseriu o 'requisito da omissão antes da compatibilidade: foi, isto sim, em decorrência de um proposital critério lógico-axiológico. Dessa forma, para que se possa cogitar da compatibilidade, ou não, de norma do processo civil com a do trabalho, é absolutamente necessário, ex vi legis, que antes disso, se verifique se a CLT se revela omissa a respeito da matéria. Inexistindo omissão, nenhum intérprete estará autorizado a perquirir sobre a mencionada compatibilidade. Aquela constitui, portanto, pressuposto fundamental desta. (2006, p. 1180)

O Tribunal Superior do Trabalho, reforçando o posicionamento daqueles que defendem a incompatibilidade do art. 475-J do CPC, com o processo do trabalho, inicialmente, manifestou-se no sentido de que "(...) inexistente omissão justificadora da aplicação subsidiária do Processo Civil, nos termos do art. 769 da CLT, não havendo como pinçar do dispositivo apenas a multa, aplicando, no mais, a sistemática processual trabalhista." (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 200-40.2007.5.03.0038. Recorrente: MRS logística S.A. Recorrido: Vicente De Paula Antunes. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 23 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em 20 de janeiro de 2013.)

Laudo outro, vários são os argumentos dos juristas que entendem possível aplicar o art. 475-J do CPC ao processo do trabalho.

Nesse sentido, adverte Cleber Lúcio de Almeida:

4) a CLT não trata, nos arts. 880 e 883, da punição do executado que deixa de efetuar o pagamento da dívida, posto que a penhora não tem natureza punitiva, o mesmo ocorrendo com os acréscimos relativos a correção monetária, juros e custas (que também são devidos no processo civil), sendo o caso, então, de omissão do direito processual do trabalho, a ser suprida pela aplicação na execução trabalhista do art. 475-J do CPC, que atende à necessidade, também presente no processo do trabalho, de mais rápida satisfação dos créditos de natureza alimentar, que são, de ordinário, os que resultam da relação de trabalho, em especial da de emprego; 5) o CPC constitui fonte subsidiária do processo do trabalho também na execução, (...). (2009, p. 808)

Mauro Schiavi sustenta a aplicabilidade do art. 475-J do CPC ao processo do trabalho, nos seguintes termos:

(...) o art. 475-J do CPC se encaixa perfeitamente ao Processo do Trabalho, pois compatível com os princípios que regem a execução trabalhista, quais sejam: a) ausência de autonomia da execução em face do processo de conhecimento; b) lacuna de efetividade da legislação trabalhista; c) celeridade, efetividade e acesso real do trabalhador à Justiça do Trabalho; d) interpretação sistemática dos arts. 841 e 880 da CLT. (2013, p.1052-1053)

Carlos Henrique Bezerra Leite, sobre o tema, leciona: "(...) mostra-se perfeitamente aplicável a regra do art. 475-J do CPC, com as adaptações que demonstraremos adiante, porquanto absolutamente compatíveis com os princípios que informam e fundamentam o processo do trabalho." (2010, p. 951)

Nesse sentido, entende-se que a multa de 10%, prevista no artigo 475-J do CPC, atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, bem como aos princípios da efetividade e celeridade, sendo, portanto, aplicável à execução trabalhista, em razão da omissão dos arts. 880 e 883 da CLT e da compatibilidade com os princípios do processo do trabalho.

Ademais, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT da 3ª Região) sedimentou seu entendimento sobre a questão, com a edição da Súmula n. 30, que dispõe: "A multa prevista no artigo 475-J do CPC é aplicável ao processo do trabalho, existindo compatibilidade entre o referido dispositivo legal e a CLT." (BRASIL, 2009)

Igualmente, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região editou a Súmula n. 09, onde se extrai que a multa do art. 475-J do CPC tem plena aplicabilidade no processo do trabalho. Veja-se:

SÚMULA 9. APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC. RECURSOS CABÍVEIS. I. No caso de aplicação da multa do artigo 475-J do CPC na própria sentença condenatória, prolatada no processo de conhecimento, a irrisignação do Réu deverá ser manifestada no Recurso Ordinário; II. No caso de imposição da multa do artigo 475-J do CPC após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o ato judicial deverá ser impugnado por Agravo de Petição, nos termos do artigo 897, 'a' da CLT. (BRASIL, 2007)

Nesse viés, a Primeira Jornada de Direito Material e Processo do Trabalho, favorável à aplicação do art. 475-J do CPC ao processo trabalhista, editou o Enunciado n. 71, com a seguinte redação: "A aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista." (BRASIL, 2007)

O Senador da República Romero Jucá apresentou ao Senado Federal o projeto de Lei n. 606/2011, que altera e acrescenta dispositivos à CLT para disciplinar o cumprimento das sentenças e a execução de títulos executivos extrajudiciais na Justiça do Trabalho. Assim, ressalta-se a criação do artigo 876-A, que prevê a aplicação do direito comum à execução trabalhista, *in verbis*: "Aplicam-se ao cumprimento de sentença e à execução dos títulos extrajudiciais as regras de direito comum, sempre que disso resultar maior efetividade do processo". (BRASIL, 2011)

Referido projeto de lei ainda prevê a criação do art. 879-A, com a seguinte redação:

Art. 879-A. As obrigações de pagar devem ser satisfeitas no prazo de oito dias, sob pena de multa de dez por cento, que poderá, a critério do juiz, ser aumentada até o dobro ou reduzida à metade, observado o comparecimento processual da parte ou sua capacidade econômico-financeira. (BRASIL, 2011)

Ora, a proposta de mudança legislativa reforça a tese defendida no presente trabalho, expondo claramente que não é possível sustentar o sistema atual, que propicia a procrastinação do pagamento do débito trabalhista de caráter alimentar.

Ressalta-se que a promulgação do projeto de lei n. 606/2011,

permitirá ao juiz aplicar multa no importe de até 20% do crédito exequendo para os devedores que tem por finalidade protelar o cumprimento da sua obrigação.

Enquanto referido projeto não é transformado em lei, o juiz do trabalho não pode permanecer engessado à interpretação gramatical da legislação trabalhista, mediante a evolução das normas do processo civil na fase de execução, sob pena de negar a razão de ser do Direito Processual do Trabalho, qual seja: garantir o cumprimento da legislação social e resguardar os direitos fundamentais dos trabalhadores – exegese do art. 5º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro – LINDB. (SCHIAVI, 2013)

E nem se diga a natureza alimentar do crédito trabalhista, que impõe sua rápida satisfação, ao passo de esvaziar toda eficácia concedida ao processo de conhecimento, pela legislação trabalhista, como irrecorribilidade das decisões interlocutórias, recursos recebidos somente no efeito devolutivo, entre outras medidas.

O TRT da 3ª Região, no julgamento do recurso ordinário n. 00354-2010-089-03-00-0, decidiu que "a norma inserta no artigo 475-J do CPC é totalmente compatível com o processo do trabalho, em razão da natureza do crédito alimentar trabalhista, que requer celeridade no cumprimento da decisão exequenda." E concluiu, com precisão: "assim, se o artigo 475-J do CPC trouxe inovações que se mostram condizentes com o princípio da celeridade e efetividade, não há porque lhe negar aplicação no processo do trabalho." (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 00354-2010-089-03-00-0. Recorrente: Vital Engenharia Ambiental S.A. Recorrido: Amilton da Costa Neto. Relator Desembargador Fernando Antônio Viegas Peixoto. Belo Horizonte, 20 de abril de 2012. Disponível em <<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm>> Acesso em 30/05/2012.).

A multa do art. 475-J, portanto, traz efetividade ao cumprimento da obrigação constituída no título executivo judicial, pois atua como medida de pressão psicológica compelindo o executado à satisfação do crédito, bem como desestimulando-o de protelar o pagamento do crédito alimentar.

A natureza punitiva da multa impõe ao devedor "(...) o ônus de tomar a iniciativa de cumprir a sentença de forma voluntária e rapidamente. O objetivo estratégico da inovação é emprestar eficácia às decisões judiciais, tornando a prestação judicial menos onerosa para o vitorioso." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 954.859 (2007/0119225-2). Recorrente: Companhia Estadual De Distribuição De Energia Elétrica – CEEE/RS. Recorridos: José Francisco Nunes Moreira e Outros. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 27 de agosto de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701192252&dt_publicacao=27/08/2007>. Acesso em 01/06/2012.)

Em síntese, considerando a compatibilidade com as normas e os princípios que regem o Processo do Trabalho, o art. 475-J do CPC é aplicável à execução trabalhista, pois confere efetividade e celeridade ao recebimento do crédito alimentar trabalhista e atende os princípios constitucionais do acesso substancial à justiça e da razoável duração do processo, máxime do ordenamento jurídico constitucional.

2.3 Prazo para incidência da multa de 10% do art. 475-J do CPC

Demonstrado que o art. 475-J do CPC é compatível com a sistemática do processo do trabalho, devendo, portanto, ser aplicado à execução trabalhista, resta saber qual o prazo a ser observado para incidência da multa de 10% sobre o crédito exequendo.

A discussão mostra-se bastante divergente e longe de ser solucionada, seja pela doutrina ou jurisprudência.

Atualmente, há juízes que determinam o pagamento do valor devido no prazo de 48 horas, a partir da citação, nos termos do art. 880, da CLT, sob pena de incidência da multa do art. 475-J do CPC.

Este prazo, entretanto, revela-se inviável para o devedor cumprir sua obrigação.

Assim como a aplicação da multa de 10%, a concessão de um prazo razoável para o executado satisfazer o crédito exequendo atende o disposto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII), haja vista que o cumprimento 'efetivo' da obrigação está em consonância com o princípio da razoável duração do processo.

Cleber Lúcio de Almeida sustenta que o devedor deve cumprir sua obrigação ou garantir a execução, no prazo de 08 dias, contados da citação, sob pena de incidência da multa de 10%. Segundo o autor esse entendimento deriva dos princípios da razoabilidade e da utilidade dos prazos:

(...) Revendo, parcialmente, posicionamento anterior, por força dos princípios da razoabilidade e da utilidade dos prazos, afirmamos que o devedor deve ser citado para, em 08 (oito) dias, cumprir a sua obrigação ou garantir a execução (...). No processo civil, o prazo de 15 dias tem relação com o espaço de tempo que a parte tem para recorrer das decisões judiciais (o prazo para recurso no processo civil é, em regra, de 15 (quinze) dias, conforme resulta do art. 508 do CPC). Como no processo do trabalho o prazo recursal é de 8 (oito) dias (art. 6º da Lei n. 5584/70), também deve ser este o prazo fixado para o cumprimento da obrigação imposta ao devedor ou a garantia do juízo. (2012, p. 894).

Ao contrário do posicionamento acima, Mauro Schiavi leciona:

Desse modo, pensamos ser perfeitamente compatível o art. 475-J com o Direito Processual do Trabalho, com algumas adaptações: a) o prazo de 15 dias para pagamento, sob consequência da multa de 10%, se mostra razoável e compatível, não sendo aplicável o prazo de 48 horas previsto no art. 880 da CLT ou dos recursos trabalhistas de 8 dias (...)

Luciano Athayde Chaves entende que o executado deve cumprir sua obrigação dentro do prazo de 15 dias, contados da intimação pessoal do executado ou na pessoa do seu advogado, sob pena de ter o valor devido, acrescido da multa de 10%. (2006)

Carlos Henrique Bezerra Leite, com posicionamento distinto, propõe dois momentos processuais em que a multa de 10% poderá incidir sobre o valor exequendo. Senão vejamos:

Destarte, ao ser intimado da sentença (ou do acórdão) que reconheça obrigação de pagar quantia líquida ou da decisão que homologar a liquidação, o devedor terá, no primeiro caso, o prazo de oito dias, e, no segundo caso, o prazo de 48 horas, para, querendo, efetuar o pagamento da quantia devida. Caso não o faça, incidirá a multa de 10% (dez por cento) sobre o valor total da dívida. (2008, p. 920)

O projeto de lei do Senado Federal n. 606/2011, estanca a discussão, prevendo a criação e inserção do art. 879-A, na CLT, com a seguinte redação:

Art. 879-A. As obrigações de pagar devem ser satisfeitas no prazo de oito dias, sob pena de multa de dez por cento, que poderá, a critério do juiz, ser aumentada até o dobro ou reduzida à metade, observado o comparecimento processual da parte ou sua capacidade econômico-financeira.

§1º O prazo de 8 (oito) dias de que trata o caput é contado da intimação da decisão que homologou a conta de liquidação, por qualquer meio idôneo, inclusive na pessoa do seu advogado, pela via eletrônica ou postal. (BRASIL, 2011)

Partindo de tais proposições, enquanto referido projeto de lei não for promulgado, entendemos que o prazo de 15 dias previsto no caput do art. 475-J do CPC deve ser considerado para incidência da multa de 10% na execução trabalhista.

Ressaltamos o posicionamento do TRT da 3ª Região que, em alguns julgados, vem aplicando a multa de 10% na execução trabalhista, após o decurso do prazo de 15 dias para cumprimento da obrigação.

O art. 835 da CLT prevê que o executado cumprirá o acordo ou a decisão judicial, observando o prazo e as condições estabelecidas.

Por conseguinte, o juiz do trabalho deve informar na sentença que o executado será citado, após o trânsito em julgado da decisão judicial, para cumprir espontaneamente a obrigação fixada no título judicial, no prazo de 15 dias, sob pena de ser punido com a multa de 10% pelo descumprimento da decisão e, conseqüente, pelo inadimplemento da sua obrigação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maioria das ações judiciais submetidas ao julgamento da Justiça do Trabalho, tem por objetivo pleitear verbas de natureza alimentar decorrentes da relação de emprego.

Não é por outra razão que a justiça trabalhista sempre teve como característica marcante a celeridade dos processos trabalhistas aliada à simplificação das formas do processo, destacando-se do processo civil, formalista e inflexível.

Devido à urgência das verbas de caráter alimentar, a CLT previu um procedimento rápido para o trâmite processual, como a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, concentração dos atos processuais em audiência única, etc. O CPC de 1939 e 1973, no entanto, não conseguiram superar o dinamismo e flexibilidade da CLT de 1943.

Esses fatos, levaram a legislação trabalhistas a um estado cômodo, razão disso, foi a ausência de mudanças relevantes na CLT para acompanhar o desenvolvimento social e tutelar os novos conflitos trabalhistas.

O CPC de 1973, todavia, nas décadas de 1990 e de 2000, passou por uma série de reformas, que resultaram na criação de institutos importantes que modificaram o processo civil. Em meio a essas reformas, ressalta-se a criação da lei 11.232/05, responsável pela instituição do sincretismo processual no ordenamento jurídico brasileiro.

A Emenda Constitucional n. 45/04, instituiu, no ordenamento constitucional, a razoável duração do processo como direito fundamental. Assim, o CPC e a CLT e até mesmo o CPP, bem como os órgãos administrativos devem primar pela celeridade processual.

Atualmente, temos um processo civil, em tese, sintonizado com a prestação jurisdicional efetiva, prevendo medidas para a rápida satisfação do crédito exequendo (art. 5º, inc. LXXVIII), ao passo que as normas processuais prevista na CLT de 1943 não atende com a mesma propriedade os anseios das novas demandas trabalhistas.

É inconcebível a idéia de que o processo civil seja mais efetivo do que o processo do trabalho. Por isso, o aplicador do Direito deve acompanhar a evolução da sociedade e aplicar a norma de acordo com a roupagem das novas demandas; com mais razão deve agir dessa forma o juiz do trabalho, sob pena de inviabilizar a solução justa e célere do litúgio trabalhista, por mero apego às formalidades legislativas.

Demonstrou-se, portanto, que a evolução da sociedade fez surgir situações não tuteladas pela CLT. Exemplo disso, é a ausência de punição para o executado que não cumpre espontaneamente sua obrigação pecuniária, no prazo determinado, no título executivo judicial.

Defende-se que a regra de subsidiariedade criada pelo art. 769 da CLT, hodiernamente, deve ser interpretada de acordo com a Constituição Federal de 1988, a fim de possibilitar que a evolução das normas do processo civil, sejam aplicadas, subsidiariamente, ao Processo do Trabalho.

O art. 475-J do CPC apresentou-se plenamente aplicável ao processo do trabalho, seja pela compatibilidade com os seus princípios, seja por atender os princípios constitucionais da razoável duração do processo e do acesso efetivo do trabalhador à Justiça do Trabalho.

Portanto, entende-se que o executado será citado para cumprir, no prazo de 15 dias, sua obrigação fixada na decisão judicial, sob pena de ter acrescido no valor da condenação a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Direito processual do trabalho. 3. ed. 2. tir., rev., atual. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Direito processual do trabalho. 4. ed., rev., atual. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, que instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho. CLT Saraiva e Constituição Federal. 40 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei n. 5.869/1973, de 11 de janeiro de 1973 que instituiu o Código de Processo Civil. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 954.859 (2007/0119225-2). Recorrente: Companhia Estadual De Distribuição De Energia Elétrica - CEEE/RS. Recorridos: José Francisco Nunes Moreira e

Outros. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 27 de agosto de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200701192252&dt_publicacao=27/08/2007>. Acesso em 01/06/2012.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do n.º 606, de 2011, de autoria do Senador Romero Jucá, que altera e acrescenta dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, para disciplinar o cumprimento das sentenças e a execução de títulos extrajudiciais na Justiça do Trabalho. Brasília, 29 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=97215&tp=1>>. Acesso em 06/06/2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 200-40.2007.5.03.0038. Recorrente: MRS logística S.A. Recorrido: Vicente De Paula Antunes. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 23 de maio de 2008. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=200&digitoTst=40&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0038>>. Acesso em 20 de janeiro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 00354-2010-089-03-00-0. Recorrente: Vital Engenharia Ambiental S.A. Recorrido: Amilton da Costa Neto. Relator Desembargador Fernando Antônio Viegas Peixoto. Belo Horizonte, 20 de abril de 2012. Disponível em <<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm>> Acesso em 30/05/2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Súmula n. 30. Belo Horizonte, RA 135/2009, divulgação: DEJT/TRT3 10/11/2009, 11/11/2009 e 12/11/2009. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/bases/sumulas/sumulas.htm>>. Acesso 17/11/2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Enunciados Aprovados Na 1ª Jornada De Direito Material E Processual Na Justiça Do Trabalho 23/11/2007. Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Biblioteca/Confer%C3%Aancias,%20Palestra,%20etc/1%20Jornada%20JT.pdf>>. Acesso em 20/05/2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Súmula n. 09. Curitiba, 2007. Publicada no DJPR em 21.08.2007, pág. 349, Ed. 7433; em 27.08.2007, pág. 397, Ed. 7437; em 28.08.2007, pág. 331, Ed. 7438; em 29.08.2007, pág. 341, Ed. 7439. Disponível em <http://www.trt9.jus.br/internet_base/sumulasman.do?evento=Editar&chPlc=1172038> Acesso em 09/04/2013.

CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). Direito processual: uma análise crítica no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Puc Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008.

CHAVES, Luciano Athayde (Org.). Direito processual do trabalho: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007.

_____. A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário

do trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). Direito processual do trabalho: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007, p. 26-51.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. - 18. ed. rev. Atual. - São Paulo: Saraiva, 2006;

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 10. Ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 286/287. In: SCHIAVI, Mauro. O acesso à justiça e o princípio da subsidiariedade no processo do trabalho. Revista Ltr. 76-07/799-806.

GIGLIO, Wagner D., CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. Direito Processual do Trabalho. - 16 ed. Ver., ampl., atual. e adaptada. - São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010;

_____. Curso de direito processual do trabalho. 6 ed. São Paulo: LTr, 2008.

MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONE, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006. p. 44-45.

MARINONE, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de execução. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. - (Curso de processo civil; v. 3).

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NÚCLEO de Bibliotecas, Centro Universitário Newton Paiva. Manual para Elaboração e Apresentação dos Trabalhos Acadêmicos: Padrão Newton Paiva. Atualização setembro 2011. Belo Horizonte, 2011. Disponível em <http://www.newtonpaiva.br/NP_conteudo/file/Manual_aluno/Manual_Normalizacao_Newton_2011.pdf>. Acesso em 07/06/2012.

SANTOS, Izequias Estevam dos. Manual de métodos e técnicas de pesquisas científicas. 7ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. - 6. ed. - São Paulo: LTr, 2013.

_____. O acesso à justiça e o princípio da subsidiariedade no processo do trabalho. Revista Ltr. 76-07/799-806.

SOARES, Adriano César Vitor. Pela efetividade na execução trabalhista. In: Jornal Estado de Minas - caderno Direito & Justiça. Publicação dia 15/10/2012, segunda-feira. p. 02. Coordenação: Isabella Souto.

SOUZA, Denise Almeida. Aplicabilidade da multa do artigo 475-J, do código de processo civil, ao processo do trabalho. In: Direito processual: uma análise crítica no Estado Democrático de Direito. Coordenador: João Antônio Lima Castro. Colaboradora: Isabela Dias Neves. Belo Horizonte: Puc Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Processo do Trabalho - Embargos à execução ou impugnação à sentença? (Apropósito do art. 475-J, do CPC). In: Revista LTr 70-10/1179-1182.

TUFANO, Douglas. MICHAELIS. Guia Prático da Nova Ortografia. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2008.

ANEXO I

Projeto de Lei do nº. 606, de 2011, de autoria do Senador da República Romero Jucá, em trâmite no Senado Federal, visa alterar e acrescentar dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para disciplinar o cumprimento das sentenças e a execução de títulos extrajudiciais na Justiça do Trabalho.

NOTAS DE FIM

- 1 Advogada, Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG, Especialista em Direito do Trabalho pelo CAD/Gama Filho - RJ, Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG, Professora de Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas, Professora do Centro Universitário Newton Paiva,
- 2 Graduando em Direito do Centro Universitário Newton Paiva

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA *POST MORTEM*: UM BREVE ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO

Aline Serakides Gonçalves¹

Valéria Edith Carvalho de Oliveira²

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 promoveu profunda alteração no Direito das Famílias, ante a necessidade de ajustar o ordenamento jurídico brasileiro ao surgimento de novos paradigmas familiares. Neste contexto, ganha relevo a valorização das relações familiares, sendo a família elevada a status de base da sociedade, a qual goza de especial proteção do Estado. Com a nova orientação constitucional estabeleceu-se a completa paridade entre os filhos, aos quais devem ser conferidos os mesmos direitos e qualificações, independentemente de sua origem, consagrando assim, o princípio da igualdade da filiação. Outrossim, a Lei Maior elevou a status de fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, a qual está intimamente vinculada à realização dos direitos fundamentais, que por sua vez, compreende o direito personalíssimo à filiação. Todas essas mudanças refletiram no estabelecimento da filiação, a qual, atualmente, desvinculou-se do critério biológico, isto é, não necessariamente filho é o natural descendente genético, visto que as relações paterno-filiais também podem ser fundadas no afeto. Destarte, embora a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* careça de previsão legal expressa, não poderá haver óbice ao seu reconhecimento, devendo ser assegurado ao filho que detém a posse de estado de filho afetivo todos os direitos fundamentais inerentes aos filhos biológicos, como o direito personalíssimo e imprescritível de ter reconhecida sua paternidade socioafetiva, ainda que após a morte do pretense pai, sendo-lhe resguardados todos os direitos decorrentes desta relação de parentesco.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição da República Federativa de 1988; Direito das Famílias; Paternidade Socioafetiva; Igualdade de Filiação; Dignidade da Pessoa Humana.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

A família sofreu profundas transformações ao longo da história das civilizações, de modo que a sua definição não permaneceu estática no tempo, sendo possível vislumbrar que a evolução histórica da família está intimamente ligada às mudanças e evoluções sociais. Assim, com os avanços e a modificação do conceito de entidade familiar, se faz necessário um estudo e análise sob diferentes prismas do surgimento de novos conceitos, que melhor retratam a realidade atual, sendo um deles a paternidade socioafetiva, a qual se faz cada vez mais presente nas relações familiares contemporâneas. No entanto, legalmente, a possibilidade de reconhecimento de referida paternidade, mormente após a morte do pretense pai ainda é controversa, haja vista não haver codificação em vigor que a reconheça, embora existam jurisprudências e pensamentos doutrinários, que perfilhem essa possibilidade, por meio de interpretações à luz de princípios constitucionais. Assim, em torno da modificação na concepção jurídica de família, é de suma importância o estudo do aludido tema, analisando o caso concreto e adequando a norma à rea-

lidade, buscando-se sempre atender aos ensejos da sociedade em prol da dignidade humana e, finalmente, preenchendo uma lacuna jurídica.

2 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E FILIAÇÃO NO BRASIL A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, bem como havia tratamento legal distinto em relação aos filhos que não fossem provenientes do matrimônio. No entanto, ante as profundas transformações ocorridas na família brasileira ao longo do século XX, sobrevieram significativas alterações legislativas, o que culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual necessitou adequar-se a essas mudanças, reconhecendo e protegendo outras entidades familiares que não o casamento, assim como vedou quaisquer discriminação relativa à filiação, conferindo plena igualdade aos filhos, independentemente de sua origem.

O Código Civil de 1916 distinguia a família legítima e ilegítima, sendo aquela constituída a partir do casamento, e esta,

decorrente da união informal entre o homem e mulher, a qual não era reconhecida pela sociedade, bem como não gozava da mesma proteção legal conferida às famílias fundadas no matrimônio.

Nesse sentido, lembra Rolf Madaleno (2011, p. 28):

Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado e quando um homem e uma mulher constituíssem um concubinato, equivalente à atual união estável, seus eventuais e escassos efeitos jurídicos teriam de ser examinados no âmbito do Direito das Obrigações, pois eram entidades comparadas às sociedades de fato.

Em relação à filiação, compulsando o Código Civil de 1916, verifica-se que o tratamento dado aos filhos, ainda era discriminatório, "o nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai, fazendo prevalecer os interesses da instituição matrimônio", segundo aduz Julie Cristine Delenski (1997, p. 17, *apud* DIAS, 2009, p. 322).

No sistema do referido Código, os filhos assim eram classificados:

[...] legítimos eram os filhos que procediam de justas núpcias e ilegítimos, os nascidos fora da união matrimonial. No campo teórico dos filhos ilegítimos classificavam-se em naturais e espúrios; naturais, os nascidos de progenitores entre os quais não militava, à época da concepção, impedimento matrimonial decorrente de parentesco, ou de casamento anterior; espúrios, os nascidos do chamado coito donado, ou seja, da união de homem e mulher entre os quais havia, ao tempo da concepção, um daqueles citados impedimentos absolutamente dirimentes (RODRIGUES, 2008, p. 317).

O aludido Código permitia o reconhecimento do filho ilegítimo natural pelos pais, o qual poderia ser feito de forma conjunta ou separadamente. Todavia, vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos e os adúlteros, a estes, somente lhes era conferido, pelo legislador, o direito de investigar a paternidade para o fim exclusivo de pleitear alimentos.

Ademais, o filho natural que era reconhecido após o casamento de seu genitor, só tinha direito, a título de amparo social, à

metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado. Ressalte-se que a legitimação resultava do casamento dos pais, sendo o filho legitimado equiparado ao legítimo para todos os fins.

Frise-se que, com o advento do Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, autorizou-se que o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio, após o desquite, demandasse por sua filiação ou fosse reconhecido. Nesse sentido, aduz José Aparecido da Cruz (2001, p. 28).

Estabeleceu-se, portanto, que, com a dissolução da sociedade conjugal (pelo desquite) poderia o filho adúltero ser reconhecido pelo pai biológico voluntariamente ou através da ação de investigação de paternidade. Essa era uma condição suspensiva que detinha o adúltero. Antes do desquite, possuía tão somente uma expectativa de direito.

Posteriormente, com a edição da Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, a qual revogou o Decreto-Lei n. 4.737/1942, permitiu-se o reconhecimento do filho havido fora do casamento em qualquer hipótese de dissolução da sociedade conjugal, e não somente em razão do desquite. Assim, o filho adúltero poderia ser reconhecido ou demandar por sua filiação, após a morte do pai biológico, ou anulação de casamento. Além disso, o filho reconhecido teria direito à metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado.

Em decorrência do advento da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, alguns dispositivos da Lei n. 883/49 foram alterados e acrescentados, a fim de permitir o reconhecimento da filiação adúlterina na vigência do casamento, por meio de testamento cerrado, e, nessa parte, irrevogável; reconhecer igualdade de condições na concorrência da herança, qualquer que fosse a natureza da filiação e dispensar o ingresso de investigação de paternidade, após a dissolução do casamento de quem já fora condenado a prestar alimentos.

Por fim, a Lei n. 7.250, de 14 de novembro de 1984, acrescentou o parágrafo 2º, ao art. 1º da Lei n. 883/1949, a qual ampliou as hipóteses de reconhecimento de filho adúlterino, permitindo-se que o filho havido fora da constância do casamento fosse reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos, por meio de sentença transitada em julgado.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sobrevieram profundas mudanças no Direito de Família, "a ponto de ser defendida a prevalência de um Direito de Família Constitucional" (MADALENO, 2011, p. 34). Nesta esteira, defende Cristiano Chaves de Farias (2004, p. 15):

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil. (grifos nossos)

A Constituição Federal de 1988 reserva um capítulo próprio (Capítulo VII, do título VIII) para tratar da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Ela reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Dessa forma, não há mais tratamento discriminatório em relação à família considerada ilegítima, esta passou a gozar de proteção e reconhecimento legal.

Importante destacar que, diante da desvinculação do casamento com a ilegitimidade da família, as antigas categorias de filiação chegaram ao fim, e foram proibidas quaisquer designações discriminatórias referentes à filiação. Assim, aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou, por adoção, serão conferidos os mesmos direitos e qualificações.

Em 1990, foi editada a Lei n. 8.069 de 13 de julho, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, no qual foi estabelecido o reconhecimento do estado de filiação como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça, bem como ressaltou que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. José Aparecido da Cruz (2001, p. 37), a respeito da mencionada Lei, comenta que:

A criança e o adolescente passaram a gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral descrita na lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Em suma, verifica-se que ante as transformações de valores e padrão comportamental da sociedade, sobrevieram significativas mudanças legislativas no âmbito familiar, a fim de reconhecer en-

tidades familiares fora do casamento, igualar os direitos dos filhos, independente de sua origem e impor proteção integral à criança e ao adolescente, os quais eram marginalizados no processo de integração social.

Nesse sentido, os autores Farias e Rosenvald (2008, p. 11), tecendo comparações entre a família no Código Civil de 1916 e a família na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, aduzem que a família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, de caráter institucional, caracterizada como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, constituída com base na afetividade e de caráter instrumental.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATUAL MODELO DE FAMÍLIA E O SURGIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A família brasileira contemporânea sofreu profundas transformações jurídicas e sociais, tornando-se nuclear. Segundo Silvana Maria Carbonera (2000, p. 283) com o processo de urbanização, ou seja, a migração da população rural para os centros urbanos, reduziu-se o grande número de filhos que significava mão-de-obra para os afazeres necessários à sobrevivência, o que garantia a perpetuidade familiar. Dessa forma, com um número menor de filhos, houve a possibilidade para maior convívio entre estes e os pais, o que abriu espaço para o afeto.

Coaduna com este entendimento Rolf Madaleno (2011, p. 36), o qual pontua que:

Desenhada a nova família para uma concepção mais íntima, com natureza privada e perdendo com o seu estreitamento a sua finalidade principal de exploração rural, a sociedade defronta-se com outro modelo de conjunto familiar, de incontestável pé de igualdade e voltado para a realização individual de seus membros.

Ademais, a inserção da mulher no mercado a afastou do lar, o que acabou por se refletir nos papéis paterno-filiais, visto que o pai além de prestar auxílio, divide as tarefas domésticas e o cuidado para com a prole, o que acarretou um crescente envolvimento com o filho, bem como uma participação mais efetiva na vida dele (DIAS, 2002, p. 7).

Desse modo, contemporaneamente, “a função paterna é desvinculada da pessoa do pai biológico” (QUEIROZ, 2001, p. 51), o pai é visto pela sociedade não somente como aquele que fornece o seu material genético para a concepção da prole, e presta auxílio material, mas aquele que proporciona, outrossim, amor, carinho,

cuidado, educação, o qual tem uma relação pautada em laços afetivos. Assim, "a filiação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental", pensamento este, cunhado por Rolf Madaleno (2011, p. 472).

Além disso, o casamento deixou de ser a única entidade familiar reconhecida, haja vista que a Constituição Federal de 1988, alargou o conceito de família para reconhecer e proteger a união estável formada por um homem e uma mulher, bem como a família monoparental, formada por um dos pais e a prole. "Afastando-se dos laços formais, são valorizadas as relações de mútua ajuda e afeto, com índices cada vez maiores de uniões não matrimoniais" (FACHIN, 2003, p. 7)

A criança que outrora era marginalizada, ganhou especial proteção na nova ordem jurídica, sendo-lhe conferida proteção integral, a qual deverá ser promovida pela família, sociedade e Estado, de forma a garantir o seu melhor interesse e desenvolvimento digno, oriundo da convivência familiar, sendo vedado quaisquer designações discriminatórias referentes à origem da filiação, seja fundada nos laços genéticos ou afetivos.

Nesse sentido, assevera Juliane Fernandes Queiroz (2001, p. 51):

A partir do momento em que a Constituição Federal consagrou a entidade familiar, formada por outros membros que não os pais e seus descendentes, institui-se também que essa comunidade deveria assegurar ampla proteção à criança, oferecendo-lhe recursos para sua formação integral. Logo, se a criança é valorizada, protegida e compreendida pelo meio em que vive, firma-se sua relação socio-cultural, e, nas dimensões institucionais da família, não importa quem esteja fomentando as condições para o crescimento do indivíduo, mas sim, que essas condições estejam sendo oferecidas.

Desse modo, vislumbra-se que o afeto permeia o vínculo familiar, vez que a constituição de entidades familiares não mais está atrelada ao casamento, elas se constituem livremente e seus membros permanecem unidos pelos laços afetivos existentes entre eles, o que reflete na filiação, a qual, também, pode ser estabelecida a partir de vínculos afetivos entre pais e filhos, constituindo-se a denominada paternidade socioafetiva.

Corroborando com esta ideia, José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 54), aduz que "a própria modificação na concepção jurídica de família conduz, necessariamente, a uma alteração na ordem jurídica da filiação, em que a paternidade socioafetiva deverá ocupar posição de destaque, sobretudo para solução de conflitos".

4 DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Dentre as múltiplas relações de parentesco, a filiação é consideravelmente a mais relevante, a qual se estabelece por meio do liame existente entre pais e filhos, designado de paternidade ou maternidade, sob a ótica dos pais. Verifica-se por oportuno, ser a filiação um mecanismo de constituição dos núcleos familiares, bem como um mecanismo de plena realização e valorização da pessoa humana (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 475).

Importante ressaltar que, para a constituição do vínculo filiatório, não é necessário que este decorra de origem biológica, ou seja, o filho para gozar de proteção legal e fazer jus ao reconhecimento da filiação não é preciso haver presença de liame consanguíneo entre ele e o pai, haja vista que seu elemento imprescindível "está na vivência e crescimento cotidiano, nessa mencionada busca pela realização e desenvolvimento pessoal (aquilo que se chama, comumente, de felicidade)" (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 476).

Oportuna, a respeito, é a observação de Maria Helena Diniz (2009, p.515):

O importante, para o filho, é a comunhão material e espiritual; o respeito aos seus direitos da personalidade e à sua dignidade como ser humano, o afeto; a solidariedade; e a convivência familiar, para que possa atingir seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, sua segurança emocional e sua realização pessoal.

Desse modo, para que o filho receba tratamento digno, de forma que lhe seja propiciado o melhor desenvolvimento, pouco importa sua origem, se proveniente de vínculos biológico ou afetivo, haja vista que o laço que une pais e filhos funda-se no amor, cuidado, respeito e convivência familiar.

Corroborando com os entendimentos alhures, Maria Berenice Dias (2009, p. 324) leciona que, hodiernamente, a filiação é identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial, bem como ampliou-se o conceito de paternidade que passou a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal, não mais interessando para a sociedade atual a origem da filiação.

Destarte, ainda que a filiação não mantenha correspondência com o vínculo biológico, todos os filhos gozarão de proteção integral e terão os mesmos direitos e qualificações, independentemente de sua origem, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, consoante mandamento constitucional, insculpido no art. 227, § 6º.

Desse modo, o liame biológico não pode ser o único critério para constituir as relações paterno-filiais, segundo assegura Zeno Veloso (1997, p. 218):

Obviamente, a verdade biológica, a certeza genética, não pode ser o dado, o valor, o critério único e sempre decisivo para estabelecer a filiação, até porque, muitas vezes, este liame, este vínculo, nasceu do convívio, estreitou-se e se fortaleceu, independentemente de parentesco carnal, nas relações familiares, sociais, num laço afetivo que se apertou afetuosamente no dia-a-dia da vida, tão sólido e consistente e, não raramente, mais substancial e respeitável do que o elemento genético, considerado por si só.

Por fim, vislumbra-se que a efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética. A verdadeira paternidade se constrói, não é apenas um dado, ela se faz, está além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, vez que o pai pode não ser aquele que colaborou com o seu material genético na geração da prole, também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade. Assim, ao dizer-se que a paternidade se constrói, se estabelece uma verdade socioafetiva nas relações paterno-filiais, que, no plano jurídico, recupera a noção de posse de estado de filho (FACHIN, 1992, p. 23), a qual será analisada por conseguinte.

Nesse diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 517-518) em precisa lição, conceituam a paternidade socioafetiva, a qual é merecedora de destaque:

A filiação sócio-afetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, [...] colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Sócio-afetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério sócio-afetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens. [...] É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que explicitam, com clareza, a existência de uma relação entre pai/mãe e filho. Enfim, não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso

que o afeto sobrepuje, seja o fator marcante, decisivo, daquela relação. É o afeto representando, rotineiramente, por dividir conversas e projetos de vida, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, mostrar caminhos, ensinar e aprender, concomitantemente.

Imperioso registrar que a paternidade socioafetiva é fundada na posse de estado de filho, sendo estabelecida no reconhecimento desta posse, a qual é constituída de três elementos clássicos caracterizadores: *nomem*, *tractus* e *fama*. Contudo, antes de analisar tais elementos, faz-se mister a definição de posse de estado de filho:

[...] posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai (BOEIRA, 1999, p. 60).

Ainda, a cerca da posse de estado de filho, Rolf Madaleno (2011, p. 472) ensina:

A noção de posse do estado de filho vem recebendo abrigo nas reformas do direito comparado, o qual não estabelece os vínculos parentais com o nascimento, mas sim na vontade de ser genitor, e esse desejo é sedimentado no terreno da afetividade, e põe em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica no estabelecimento da filiação.

No que tange aos elementos caracterizadores da posse de estado de filho, estes são, tradicionalmente, indicados pela doutrina, como sendo o nome, trato e fama. Logo, deve a pessoa ter sempre usado o nome do pai ao qual ele identifica como tal, outrossim, é necessário que o pai o tenha tratado como seu filho e colaborado, nesta qualidade, para sua formação como ser humano, bem como tenha sido sempre reconhecido como tal na sociedade e pelo pretense pai. "Aqui a fama representa a exteriorização do "estado", em que terceiros consideram o indivíduo como filho de determinada pessoa, ou seja, mostra que ele é conhecido como tal pelo público" (BOEIRA, 1999, p. 63).

Todavia, é importante salientar a observação realizada pelo doutrinador José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 63):

[...] a doutrina reconhece em sua maioria que, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do

pai, não enfraquece a "posse de estado de filho" se concorrem os demais elementos – trato e fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado.

Impende registrar que, embora a paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho não tenha sido contemplada expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina majoritária, bem como as jurisprudências dos Tribunais brasileiros a reconhece.

Dessa forma, verifica-se que o reconhecimento da presença da posse de estado de filho no caso concreto é condição para a constituição da paternidade socioafetiva, sendo o verdadeiro pai aquele que oferece suporte de ordem física, psíquica e moral, de modo a possibilitar o pleno desenvolvimento humano do filho, aliado à exteriorização da condição de filho perante a sociedade.

Nesse diapasão, leciona o professor Luiz Edson Fachin (1992, p. 169):

[...] a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

Além disso, registre-se que a configuração de paternidade socioafetiva deverá ser reconhecida por sentença para que produza efeitos jurídicos, que serão os mesmos do parentesco natural, sendo efeitos pessoais a criação do vínculo de parentesco na linha reta e colateral (até o 4º grau), admitindo a adoção do nome de família e gerando impedimentos na órbita civil, como os impedimentos para casamento, bem como a criação do vínculo de afinidade, e no que tange ao aspecto patrimonial são originados direitos e deveres a alimentos e direitos sucessórios, segundo preleciona Heloisa Helena Barboza (2009, p. 33).

4 POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 promoveu significativas alte-

rações no âmbito familiar, a fim de que fossem fixadas diretrizes que estivessem em consonância com princípios ali consagrados, atendendo-se assim aos novos padrões do núcleo familiar constantes na sociedade. A Carta Maior reconheceu outras entidades familiares que não o casamento, bem como igualou os direitos dos filhos, independentemente de sua origem, o que culminou com a relevância do afeto perante o Direito, gerando vínculos, direitos e obrigações na órbita familiar, segundo ensinamento da professora Heloisa Helena Barboza (2009, p.25). Todavia, as relações paterno-filiais pautadas na socioafetividade não encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que tange à possibilidade de seu reconhecimento após a morte do pretense pai, a qual deve ser construída através de interpretações do ordenamento jurídico pátrio à luz dos princípios constitucionais.

4.1 Razões principiológicas do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem

Como já abordado no presente artigo, a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva carece de previsão legal. No entanto, tal ausência de lei, não pode ser um óbice ao seu reconhecimento, haja vista ser o ordenamento jurídico pátrio composto, também, por princípios, os quais devem orientar a interpretação e aplicação do direito no caso concreto, a fim de preencher eventuais lacunas existente e adequar o sistema jurídico à realidade social e à satisfação dos anseios da sociedade, vez que "a vida e as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação" (PEREIRA, 2005, p. 36).

Dessa forma, imprescindível é a análise de princípios constitucionais, os quais irão fundamentar a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva após a morte do pretense, pois "é somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes" (PEREIRA, 2005, p. 36).

4.1.1 Efetividade e garantia da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado Democrático de Direito, a qual é consagrada pelo Texto Constitucional no art. 1º, inciso III, bem como elevada a status de princípio constitucional, devendo nortear todo o ordenamento jurídico, em todos os ramos do Direito, inclusive, o Direito das Famílias, especificamente o direito de filiação. Deste princípio, decorrem todos os demais princípios, de modo que a violação a qualquer um deles, implicará, também, transgressão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante da análise da dignidade humana, vislumbra-se que ela é um princípio norteador e orientador de interpretação e apli-

cação do sistema jurídico, além de ser um direito fundamental assegurado a todo ser humano, independentemente de sua raça, cor, sexo, religião e origem, o qual consagra um amplo conteúdo, alcançando tanto direitos de ordem material, como saúde, alimentação, lazer, educação, etc., quanto imaterial, como os direitos personalíssimos. Em suma, a todos deve ser garantido pleno desenvolvimento físico, moral e psíquico, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser resguardada com a mais absoluta prioridade.

Nesse diapasão, assegura Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 583-584):

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana (em todo o homem e em toda a mulher se acham presentes todas as faculdades da humanidade), é irrenunciável e inalienável, e constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. [...] A dignidade representa o valor absoluto de cada ser humano [...] centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, o que lhe permite conformar-se a si mesmo e a sua vida, de acordo com o seu próprio projeto espiritual. [...] No âmbito da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados. (grifos nossos)

Neste contexto, ganha relevo a valorização das relações familiares, sendo a família elevada a status de base da sociedade, a qual goza de especial proteção do Estado, conforme preceito constitucional, de modo que a todos os seus membros deve ser assegurado dignidade, visto ser a família instrumento para a plena realização da pessoa humana e desenvolvimento de sua personalidade. Logo, “a preocupação com a dignidade humana tornou-se o paradigma de toda a interpretação e aplicação da lei, envolvendo relações familiares” (SEREJO, 1999, p. 131).

Como explanado oportunamente, a nova estrutura da família brasileira passou a dispensar maior acuidade aos laços afetivos, sendo prescindível os vínculos genéticos para sua formação e proteção legal. Frise-se que, “cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa”, segundo assegura Maria Berenice Dias (2009, p. 54). Nesta senda, continua a autora:

A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. [...] É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. (grifos nossos)

Sendo a dignidade humana e seu pleno desenvolvimento inerente a todos os membros da família, urge destacar as relações paterno-filiais fundadas em vínculos afetivos, as quais carecem de reconhecimento legal expresso, o que não obsta a possibilidade de sua declaração por via judicial, haja vista que a “filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação” (DIAS, 2009, p. 338). Logo, não se pode olvidar que, após o advento da Constituição Federal de 1988, o direito à filiação é um direito fundamental, o qual está atrelado à dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, leciona Belmiro Pedro Welter (2002, p. 184):

Os direitos fundamentais, como a filiação socioafetiva, pela sua importância material e formal, foram consagrados no texto constitucional, sendo retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos. Lutar pelos direitos fundamentais significa ter como meta a permanente e plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda, imperioso salientar a precisa lição de Juliane Fernandes Queiroz (2001, p. 127-129), a qual disserta ser o direito à paternidade, seja ela biológica ou socioafetiva, um respeito à personalidade humana e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana:

O respeito à personalidade humana emite o direito que todos têm de ver estabelecido seu status familiar, individuando a pessoa na sua qualidade de filho. O estado de filho, imprescindível à formação da personalidade humana, deriva de um vínculo estabelecido com os pais. [...] O princípio da dignidade da pessoa humana estabelece também que a pessoa deva ser integrada no contexto social, em menor amplitude, no familiar. O direito ao status personae deve ser garantido a todos, sem restrição. [...] No entanto, não se pode considerar so-

mente o vínculo biológico para o estabelecimento da paternidade. [...] A paternidade envolve função de pai, que vai muito além do dimensionamento do vínculo biológico. O aspecto da paternidade não se limita meramente à concepção; mais importante é o acompanhamento de todo o desenvolvimento após o nascimento, tomando para si a responsabilidade na criação, manutenção e educação do filho. Sendo assim, é de primordial importância fixar-se que o direito à paternidade não é referente ao estabelecimento do vínculo biológico, mas sim o direito à verdadeira paternidade, entendida como aquela que, independentemente do liame, sustenta a formação da pessoa, por entender seu filho.

Destarte, frente aos argumentos acima expostos, seria um verdadeiro retrocesso, impedir o reconhecimento de um filho afetivo, ainda que após a morte do pretense pai, vez que o direito fundamental à filiação é imprescritível, podendo ser exercitado a qualquer tempo, sendo a investigação de paternidade, a ação de estado mais relevante da filiação, a qual é destinada a dirimir as controvérsias referentes ao estado de uma pessoa e, especialmente, no estudo da filiação, o status de filho, conforme lição de Belmiro Pedro Welter (2002, p. 144), o qual não pode sofrer limitação do seu direito ao estado de filho afetivo em razão de sua origem, sob pena de ferir, outrossim, o princípio da igualdade dos filhos, consagrado constitucionalmente, que será analisado no subitem seguinte.

5.1.2 Efetividade e garantia do princípio da igualdade de filiação

A Constituição Federal de 1988, aboliu, expressamente, quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, estabelecendo que, independentemente da origem do filho, todos deverão ter os mesmos direitos e qualificações, consagrando assim, o princípio da igualdade de filiação, o qual merece destaque:

Art. 227 [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Outrossim, o texto do Código Civil reproduziu aludida norma constitucional, em seu art. 1.596, cabendo a observação realizada pelo professor Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 39-40), o qual aduz a desnecessidade de concretização infraconstitucional da norma, visto ser dotada de força normativa própria, suficiente e

autoexecutável. Entrementes, sua reprodução no artigo introdutório do capítulo do diploma civil destinado à filiação “contribui para reforçar sua natureza de fundamento, assentado no princípio da igualdade, determinante de todas as normas subsequentes”.

Cumprido ressaltar que a vedação à quaisquer designações discriminatórias se aplica a todos os filhos, ainda que a origem da filiação seja fundada em vínculos biológico ou afetivo, de modo que os mesmos direitos garantidos aos filhos consanguíneos, deverão ser assegurados aos filhos socioafetivos. Nesse sentido, assinala Belmiro Pedro Welter (2002, p. 180):

[...] A constituição cidadã de 1988 e o novo Código Civil, ao reconhecer a igualdade de filiação, não discrimina os filhos havidos, ou não, na constância do casamento, da união estável ou da comunidade formada entre o pai e/ou a mãe e o filho, pelo que os filhos têm o direito constitucional à paternidade e à maternidade biológica e/ou socioafetiva. (grifos nossos)

Posto isto, quaisquer diferenças imputadas aos filhos socioafetivos, de modo a restringir-lhes direitos não merece respaldo, visto que, conforme explanado alhures, a verdadeira paternidade nem sempre decorre de laços consanguíneos, vez que os pais que propiciam amparo físico, psíquico e moral nem sempre são aqueles que forneceram o material genético para concepção da prole, mas as pessoas que desempenham tal função, haja vista as transformações ocorridas na família, a qual passa a dar maior importância ao desenvolvimento pessoal dos membros que a compõe, valorizando assim, as relações de afeto, cooperação e solidariedade recíprocas no seu interior.

Nesta senda, oportuna é a lição de Luiz Edson Fachin (1996, p. 31-33):

A descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito de filiação, qualquer que seja ela, de ser declarada a paternidade. Essa negação é francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal. [...] A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sen-

do verdadeiramente seu filho perante o ambiente social. (grifos nossos)

Desta feita, com a nova orientação constitucional, proibindo-se quaisquer discriminação entre os filhos, deve ser assegurado ao filho que detém a posse de estado de filho afetivo todos os direitos fundamentais inerentes aos filhos biológicos, como o direito personalíssimo e imprescritível de ter reconhecida sua paternidade socioafetiva, ainda que após a morte do pretense pai, sendo-lhe resguardados todos os direitos decorrentes desta relação de parentesco, a fim de que ele tenha plena realização como membro pertencente a uma família, que lhe dispensou cuidados, amor e carinho, possibilitando um desenvolvimento digno e saudável.

Nesta esteira, precisa é a assertiva de Belmiro Pedro Welter (2002, p. 155-160), ao afirmar que:

[...] Não apenas o filho biológico pode ser sujeito de direitos, mas também o filho social, porque a família socioafetiva transcende os mares de sangue, conectando o ideal da paternidade e maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (des)velando o mistério insondável da filiação, engendrando o reconhecimento do estado de filho afetivo. Não se pode arquitetar diferença entre filho biológico e socioafetivo, porquanto, em ambos os casos, são reconhecidos como filhos, os quais, perante a Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º, e o Código Civil de 2002, art. 1.596, são iguais em direitos e obrigações. Não há diferença de criação, educação, destinação de carinho e amor entre os filhos sociológicos e biológicos, não se podendo conferir efeitos jurídicos desiguais em relação a quem vive em igualdade de condições, sob pena de revisitar a odiosa discriminação entre os filhos, o que seria, sem dúvida, inconstitucional [...].

Registre-se que o direito dos filhos biológicos pleitear a ação de investigação de paternidade, ainda que após o falecimento do suposto pai encontra guarida no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, o qual prevê expressamente que:

Art. 27: O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus

herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Assim, tendo em vista o princípio da igualdade de filiação, se é possível a investigação de paternidade, após a morte do suposto pai biológico, também deve ser permitido ao alegado filho socioafetivo, que demande aludida investigação, a fim de ter reconhecido o estado de filho afetivo perante quem tenha desempenhado a verdadeira função de pai, não podendo perder de vista “que a igualdade entre os filhos é medida que concretiza a dignidade da pessoa humana” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 41).

4.2 Razões legais do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem

O art. 1.593, do CCB/02, ao dispor que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, não contempla expressamente o alcance da expressão “outra origem” o que fica a cargo dos operadores do Direito interpretar este dispositivo legal, tomando-se por base todos os preceitos insculpidos na Constituição de 1988.

Dessa forma, faz-se mister proceder à análise do artigo supracitado, de modo a configurar a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem, visto tratar-se de modalidade de parentesco, conforme fundamentos a seguir expostos.

4.2.1 Da interpretação do art. 1.593 do Código Civil

No que se refere ao alcance da expressão “outra origem”, inserida no artigo supracitado, a interpretação deve ser no sentido de que o parentesco civil resultante desta “outra origem” compreende a adoção, a filiação proveniente das técnicas de reprodução assistida heterólogas, bem como a filiação socioativa, fundada na posse de estado de filho.

Assim, para determinar o alcance da expressão “outra origem”, mister se faz interpretá-la em conjunto com determinados princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da igualdade da filiação, pois, como já explanado alhures, não pode haver tratamento diferenciado em relação aos filhos biológicos e afetivos, e por conseguinte, existir óbice ao reconhecimento da filiação erigida em vínculos afetivos, visto ser direito fundamental.

Ensina, nesse diapasão, Ednês Maria Sormani Garcia (2003, p. 152):

Com referência às relações familiares o novo Código Civil contempla as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, porém sabe-se que já recebe muitas críticas sob o fundamento de não

acompanhar as substanciais conquistas alcançadas nas últimas décadas e pela dinâmica da jurisprudência. Tendo a Constituição Federal de 1988 consagrado a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, é de rigor que a leitura do novo Código Civil seja pautado por este princípio que estabelece a preponderância do privado e do individual sobre o público e o comunitário, reconhecendo que a dignidade da pessoa humana situa-se na parte mais íntima e mais secreta do indivíduo. (grifos nossos)

Ademais, Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 185), leciona que:

Não é mais possível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento legislativo expresso, não obstante a incidência do art. 1.593 CCB/02. Daí a importância e suma relevância da interpretação através de princípios [...]. (grifos nossos)

Nesse sentido, é a jurisprudência do TJMG, na qual o Desembargador Relator Elias Camilo aduz que, segundo o art. 1.593 do Código Civil, a paternidade não se funda apenas no critério biológico, mas também em vínculos afetivos:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA - GARANTIA PREVISTA NO ORDENAMENTO - ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva, posto que esta pretensão encontra respaldo no art. 1.593 do CC/02 que prevê que o parentesco não se funda apenas no critério da consanguinidade, mas também no de outra origem, dentre os quais, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, se inclui a parentalidade socioafetiva. DERAM PROVIMENTO (TJMG, Apelação Cível nº 1.0701.09.260881-2/001, Rel. Des. Elias Camilo, 3ª Câmara Cível, DJ 03/12/2009. (grifos nossos)

Portanto, faz-se mister interpretar o Código Civil, utilizando, precipuamente, os métodos lógico, teleológico e sistemático, os quais objetivam aclarar a verdadeira finalidade da lei, buscando-se o seu real sentido, a fim de atender os fins sociais a que a norma se destina. Além disso, forçoso é interpretar as leis sob a

ótica das normas constitucionais, de forma que a atividade interpretativa realizada por operadores do Direito, não poderá afrontar, de maneira alguma, preceitos insculpidos na Lei Maior.

Logo, se ao interpretar o art. 1.593 do CCB/02, exclui-se a filiação socioafetiva como critério de parentesco, haverá uma grave ofensa aos princípios constitucionais, os quais vedam quaisquer discriminação relativas à filiação e reconhecem o estabelecimento do estado filiatório como direito fundamental de todo o ser humano, o qual está fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, o que culminou com a aprovação, na III Jornada de Direito Civil, do Enunciado 256 do Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe que "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil". Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 1450) leciona que:

Quanto à outra origem do parentesco, deve ser levada em conta também a denominada filiação socioafetiva. Embora não tenha sido mencionada expressamente no Código, trata-se de fenômeno importante no campo da família e que vem cada vez mais ganhando espaço na sociedade e nos tribunais.

Convém registrar a antiga redação do art. 332 do Código Civil de 1916, a qual estabelecia que "O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção". Note-se que "a substituição da expressão "ou adoção" pela expressão "outra origem" faz com que o parentesco não se restrinja às relações de consanguinidade e de adoção, alcançando todos os filhos" (SILVA, 2012, p. 1777), inclusive aqueles provenientes das relações paterno-filiais fundadas em vínculos socioafetivos.

Indubitável, desse modo, que não poderá haver nenhum óbice de cabimento da ação de investigação de paternidade afetiva, inclusive, após a morte do pretenso pai, haja vista que a possibilidade do reconhecimento do parentesco de "outra origem", estabelecido por meio da filiação socioafetiva, está plenamente em consonância com preceitos Constitucionais, os quais devem ser cumpridos com a máxima efetividade. Assim, uma vez reconhecida a paternidade socioafetiva por sentença, constituir-se-á o vínculo de parentesco, o qual produz os mesmos efeitos do parentesco consanguíneo.

4.3 Abordagens jurisprudenciais sobre a possibilidade do reconhecimento post mortem

Como mencionado no presente trabalho, inobstante a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva após a morte do pretenso pai carecer de previsão legal expressa, não

pode haver óbice ao seu reconhecimento pelo alegado filho afetivo, haja vista ser um direito fundamental a ser garantido a todos os filhos, qualquer que seja sua origem. Desse modo, as jurisprudências dos pretórios brasileiros, como fonte formal do Direito, assumem importante papel, adequando a lei às necessidades modernas, frente aos preceitos constitucionais.

Destarte, diante da nova configuração das relações paterno-filiais, erigidas em laços afetivos, mister é a função da jurisprudência, que por meio de interpretação do Direito, sob a influência das transformações sociais, reconhece a possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem*, conforme decisões abaixo colacionadas:

*DIREITO DE FAMÍLIA. DEMANDA DECLARATÓRIA DE PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. EQUIVOCADA EXTINÇÃO DA DEMANDA. CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE, CONTUDO, NO CASO, REVELAM-SE PRESENTES. PLEITO QUE, EM TESE, SE AFIGURA POSSÍVEL, INOBTANTE O FALECIMENTO DOS SUPPOSTOS PAIS SOCIOAFETIVOS. INTELECÇÃO DOS ARTS. 1.593 DO CC E 227, § 6º, DA CRFB. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROMIDO. 1. O pedido é juridicamente possível quando, em tese, encontra respaldo no arcabouço normativo pátrio. 2. A pretensão ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva tem ressonância no art. 1.593 do Código Civil, segundo o qual a filiação origina-se do laço consanguíneo, civil ou socioafetivo. 3. Nada obsta o reconhecimento da filiação após a morte dos pretensos pai e mãe socioafetivos. Se ao filho biológico é franqueado o acesso à justiça na hipótese de investigação de paternidade ou de maternidade *post mortem*, ao filho socioafetivo, por força do princípio da igualdade entre as filiações (art. 227, par.6º, da Constituição da República), deve ser assegurado idêntico direito de ação. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO (TJRS, Apelação Cível nº 2008.064066-4, Quarta Câmara de Direito Civil, Des. Rel. Eládio Torret Rocha, DJ 11/01/2012). (grifos nossos)*

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SENTENÇA MODIFICADA. A impossibilidade jurídica do pedido, como categoria jurídica afeta às condições da ação, não

*pode ser declarada quando inexistente no ordenamento qualquer preceito que vede a dedução dos pedidos formulados pela parte autora. [...] A parentalidade socioafetiva - a posse de estado de filiação - é passível de ser extraída da parte final do art. 1.593, do CC, sendo certo que não existe vedação legal ao seu reconhecimento *post mortem* conforme o caso em estudo, ou seja, após a morte do suposto pai e mãe socioafetivos. Outro não poderia ser o entendimento, sobretudo em face do princípio da isonomia e do princípio da igualdade da filiação, este previsto tanto na Constituição Federal (art. 227, §6º) quanto no Código Civil (art. 1.596). Sim porque, se é possível que uma ação de investigação de paternidade, com base no critério genético, se dê após o falecimento do suposto pai, também deve ser permitido ao alegado filho socioafetivo que prove a existência da condição de posse do estado de filiação perante quem teria exercido a função de pai e ou mãe, que não transmitiu os caracteres biológicos, a caracterizar a posse do estado de filiação. [...] Lado outro, e novamente com base nos princípios da isonomia e da igualdade da filiação, se é possível cumular o pedido de petição de herança com o de investigação de paternidade lastreada no critério genético (DNA) - como, por exemplo, na investigação aforada em face do suposto avô (investigação avoenga) ou irmão consanguíneo do investigador -, também deve ser permitida a cumulação de petição de herança com o reconhecimento de paternidade socioafetiva no caso de morte de quem supostamente assumiu a função de pai, sem o ser biologicamente. Por que se dar um tratamento diferenciado ao permitir que um filho, após o falecimento de seu suposto pai biológico e com o qual não teve convívio, conforme inúmeros casos já apreciados pelo Poder Judiciário, possa promover uma investigação de paternidade *post mortem* cumulada com petição de herança e não permitir a perquirição de paternidade socioafetiva em situação similar àquela? Afinal, que tipo de relação de afeto, amor, respeito, carinho e educação possa ter havido entre pai e filho biológicos que nunca conviveram entre si, conforme aquela primeira hipótese acima mencionada, a autorizar a cumulação de petição de herança? Portanto, é de se concluir que nem sempre, na investigação com base em DNA, havia um "estado de posse de filho" entre o genitor e seu descendente,*

e isso não impede que este suceda ao seu progenitor na qualidade de herdeiro somente fulcrado no critério genético. Então, por que quando há alegação da existência de posse de estado de filiação entre pai e filho socioafetivos, onde, em tese, houve convívio intenso, duradouro e público, não se pode aceitar que o filho venha suceder o pai afetivo já falecido? O direito ao nome, a alimentos e à qualidade de herdeiro, são consectários lógicos da perfilhação, quer genética, quer socioafetiva, ainda que o reconhecimento do vínculo parental, em ambas essas hipóteses, tenha sido coativo, por meio de sentença proferida pelo Poder Judiciário. DERAM PROMMENTO AO RECURSO. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0518.10.006332-1/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, DJ 05/04/2011. (grifos nossos).

Vislumbra-se que as decisões supracitadas estão em plena consonância com as normas, princípios e valores constitucionais, pois suscitam importantes considerações acerca da aplicabilidade do princípio da igualdade de filiação, conferindo aos filhos socioafetivos os mesmos direitos atribuídos aos filhos biológicos, bem como realizam uma interpretação extensiva do art. 1.593 do Código Civil, a fim de enquadrar a filiação socioafetiva como modalidade de parentesco, protegendo-se, assim, o direito fundamental ao reconhecimento do estado de filiação inerente a todo ser humano, o qual é fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, infere-se que os magistrados têm interpretado o ordenamento jurídico de maneira a proteger os filhos provenientes de vínculos afetivos, possibilitando o reconhecimento da paternidade socioafetiva, ainda que após a morte do pretense pai, como forma de garantir a plena igualdade entre os filhos. Interpretação esta em total sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consagra a plena realização dos direitos personalíssimos no seio familiar, por meio do reconhecimento do estado filiatório.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o exposto, vislumbra-se que ante as consideráveis modificações ocorridas no âmbito familiar brasileiro ao longo do século XX, sobrevieram significativas alterações legislativas, o que culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual necessitou adequar-se a essas mudanças, reconhecendo e protegendo outras entidades familiares que não o casamento, como a união estável e a família monoparental, assim chamada a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como vedou quaisquer discriminações relativas à filiação, conferindo plena igualdade aos filhos, independentemente

de sua origem.

Hodiernamente, a família serve de instrumento para plena realização e desenvolvimento da pessoa humana, de modo que os membros pertencentes à ela atribuem mais importância à convivência pautada na comunhão de afeto, solidariedade, dedicação e cuidado.

Todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor retrata a realidade atual, a filiação socioafetiva, a qual carece de previsão legal expressa, mormente no que tange à possibilidade de seu reconhecimento *post mortem*.

Por essa razão, se faz necessário a inclusão da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho, no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de constituição de vínculos paterno-filiais, de modo a atender os anseios da sociedade, a qual prioriza o liame afetivo nas relações familiares, não sendo mais imprescindível o vínculo genético entre os seus membros para que eles possam constituir uma família e gozar de proteção legal.

Conclui-se, destarte, que embora a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* careça de previsão legal expressa, não poderá haver óbice ao seu reconhecimento pela via judicial, desde que haja comprovação dos elementos caracterizadores da posse de estado de filho, de forma a garantir e efetivar o direito fundamental à filiação inerente a todo ser humano, independentemente da paternidade decorrer do vínculo consanguíneo ou afetivo, haja vista a consagração do princípio da igualdade de filiação pela atual Constituição.

Dessa forma, uma vez reconhecida a paternidade socioafetiva por sentença, constituir-se-á o vínculo de parentesco, o qual produz os mesmos efeitos do parentesco natural, haja vista a necessidade de ajustar o ordenamento jurídico brasileiro ao surgimento de novos paradigmas familiares, tomando-se como base as disposições principiológicas e normativas da Constituição Federal de 1988.

6 REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v.11, n.9, p. 25-34, abr./maio 2009.
- BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: teoria do estado e da constituição: Direito constitucional positivo. 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CRUZ, José Aparecido da. Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro: teoria, legislação, jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- DELENSKI, Julie Cristine. O novo direito de filiação. São Paulo: Dialética, 1997.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 24. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 5.
- FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr/maio, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, n. 23, p. 5-21, abr-maio, 2004.
- GARCIA, Edinês Maria Sormani. Direito de família : princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). Código civil comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial. Arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003. vol. XVI.
- MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 1.0701.09.260881-2/001, Relator: Des. Elias Camilo. Acórdão de 03 de dezembro de 2009. Disponível em < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=224C74E7FEA6553F84E35C8D87D5A0DD.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0701.09.260881-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em 27 de maio de 2013.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial, doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 2008.064066-4, Relator: Des. Eládio Torret Rocha. Acórdão de 11 de janeiro de 2012. Disponível em <<http://tj-sc.jusbrasil.com/jurisprudencia/21011227/apelacao-civel-ac-640664-sc-2008064066-4-tjsc>> Acesso em 30 de maio de 2013.
- _____. Apelação Cível nº 1.0518.10.006332-1/001, Relator: Des. Alberto Vilas Boas. Acórdão de 05 de abril de 2011. Disponível em < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0518.10.006332-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em 30 de maio de 2013.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 6.
- SEREJO, Lourival. Direito constitucional da família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). Código civil comentado: De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e as leis n. 12.344/2010, n. 12.375/2010, n. 12.376/2010, n. 12.398/2011, n. 12.399/2011, n. 12.424/2011, n. 12.441/2011 e n. 12.470/2011. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VELOSO, Zeno. Direito brasileiro da filiação e paternidade. São Paulo: Malheiros, 1997.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2010.
- WELTER, Belmiro Pedro. Coisa julgada na investigação de paternidade. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2002.

NOTAS DE FIM

- 1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.
- 2 Mestre em Direito Privado. Professora no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM CASOS DE CRIMES AMBIENTAIS

Gabriela Cristina Leite Gomes¹

Iara Veloso Oliveira Figueiredo²

Emmanuel Fernandes Versiani³

Larissa de Paula Macedo⁴

Cristian Kiefer da Silva⁵

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo a análise da responsabilização da pessoa jurídica em caso de crimes ambientais. Desta forma, viu-se necessário traçar a evolução histórica do Direito ambiental tanto no mundo, quanto no Brasil para concluir-se que a preocupação com o meio ambiente além de ser antiga, há muito já é positivada. Acompanhando, conseqüentemente, a evolução da sociedade. Portanto, partiu-se da apreciação dos princípios de Direito Ambiental, bem como a aplicabilidade dos princípios constitucionais-penais no contexto ambiental. Fundamentando, assim, as controvérsias em relação à responsabilização da pessoa jurídica no caso supracitado, além da aplicabilidade de sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilização Penal. Pessoa Jurídica. Crimes Ambientais.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Penal e Direito Ambiental

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios das civilizações até os dias atuais, o meio ambiente sempre foi um assunto que possuiu e possui uma considerável importância. Antes, podia-se falar que isso ocorria em virtude da necessidade do homem transformar a natureza para obtenção de bens necessários a sua sobrevivência. Hoje, porém, o enfoque alterou. Preocupa-se demasiadamente com um planeta sustentável, em busca da preservação ambiental, conseqüentemente, uma melhor qualidade de vida futura.

Como consequência, surgiu o direito penal com suas medidas severas e punitivas, para tentar evitar, cada vez mais, a degradação ambiental. O Direito Penal não se preocupa tão somente em punir aquele que infringe a legislação, protegendo bens jurídicos tutelados pelo Estado. Ele não pode funcionar apenas como *ultima ratio*, ou seja, um último recurso. Deve-se, antes que a sanção seja imposta e aplicada, fazer com que o infrator em potencial saiba das consequências que irá sofrer com a prática do ato lesivo. Desta forma, este ramo do Direito passa a exercer uma função ético-social.

No presente estudo há uma ponderação das controvérsias da responsabilização da pessoa jurídica. E para esclarecimento dessa questão é válido ressaltar as abordagens do conflito dessa responsabilização ser fundamentado na responsabilidade individual baseada na culpa ou na responsabilidade social; ter conhecimento do conceito de Pessoa Jurídica; inferir que as atividades lesivas ao meio ambiente praticadas também pelas pessoas

jurídicas podem sujeitá-las às sanções penais e administrativas; analisar as doutrinas contrárias à responsabilização penal de pessoas jurídicas pela prática de crimes; e ter o embasamento das teorias consideradas Favorável e Contrária.

Além do supracitado, o presente artigo trará a tona, também, os temas regulamentados pela Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que objetiva sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Dando atenção especial à inovação que a lei nº 9.605/98 trouxe a possibilidade de se punir aquela pessoa jurídica que praticar crime ambiental.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AMBIENTAL NO MUNDO

O direito ambiental é “a ciência jurídica responsável pelo estudo, análise, discussões em torno dos problemas e questões ambientais e sua relação com o ser humano, tendo como objetivo a proteção do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida” (SIRVINSKAS, 2002, p. 23).

O meio ambiente sempre foi um assunto muito em voga na história das civilizações. Isso porque o homem, desde sempre, possui a necessidade de transformar o ambiente em que vive. Porém, atualmente, esse tema vem ocupando um considerável espaço na mídia em virtude da busca constante de um planeta cada vez mais sustentável.

Para produzir os bens necessários à sua sobrevivência, o homem continuamente recorreu à natureza, transformando-a.

Essas constantes mudanças acabaram gerando novas relações jurídicas, em decorrência de divergentes conflitos de interesses. Isso explica a presença de normatizações ambientais desde antigas civilizações com o objetivo de preservar o equilíbrio social.

Segundo Pereira (1950), em uma das primeiras dinastias chinesas, a Chow, século IX a.C., o imperador determinava que as florestas fossem conservadas. Ele afirma, também, que em outras dinastias sucedidas pela Chow, o reflorestamento de áreas desmatadas e a criação de estações experimentais foram fatos que obtiveram relevância.

Vale ressaltar que no século V a.C., na Lei das XII Tábuas, já continham disposições que protegiam o direito de uso das terras. Na tábua sexta, referente ao direito de propriedade e da posse, tem-se o seguinte:

As terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse, as coisas móveis depois de um ano. Que a madeira utilizada para a construção de uma casa, ou para amparar videira, não seja retirada só porque o proprietário a reivindica; mas aquele que utilizou a madeira que não lhe pertencia, seja condenado a pagar o dobro do valor; e se a madeira é destacada da construção ou do vinhedo, que seja permitido ao proprietário reivindicá-la (SEGURADO, 2002).

Faz-se necessário o destaque a essa legislação por ser um importante componente histórico do direito. Visto que foi o primeiro documento legal escrito do Direito Romano, dando base e fundamentação para diversos sistemas jurídicos ocidentais.

Na Grécia, no século IV a.C., as florestas eram tidas como reguladoras do ciclo da água e capazes de proteger o solo contra erosões. Em Roma, eram considerados inimigos por Cícero aqueles que destruíam as florestas da Macedônia. Ressaltando assim, leis de proteção à natureza. No império indiano de Asoka, século III a.C., foram promulgados decretos de proteção aos animais terrestres, peixes e florestas.

Anos mais tarde, a devastação ambiental na Europa estava crescendo a índices exagerados, o que obrigou a criação de leis rigorosas para preservação de ambientes ecológicos. Como exemplo, podemos enfatizar o que citou Gimpel (1997) em seu livro. Ele destaca que no século XIII, em Douai, no norte da França, estava ocorrendo uma imensa escassez de madeira, o que conseqüentemente gerou uma inflação no preço desse produto. Logo, quando os parentes das pessoas pobres morriam, os caixões eram alugados, para que depois do funeral os mesmos fossem devolvidos.

Em virtude dessa devastação desenfreada, segundo Acot

(1990), no século XIV, criaram leis proibindo serrarias hidráulicas em uma das antigas províncias da França: Delfinado. Além disso, surgiram determinações para a proteção de florestas na Inglaterra.

Esse mesmo problema de escassez da madeira atingiu a França do século XVII, no qual Jean-Baptiste Colbert, que na época era ministro do Estado e da economia do rei Luís XIV, promulgou o decreto das Águas e Florestas.

Já no século XX, com o aparecimento da bomba atômica, que o homem viu a necessidade da criação de algo mais rigoroso para a proteção do meio ambiente, visto essa imensa possibilidade de transformação da atmosfera. Então, em 1948, foi criada a União Internacional para Conservação da Natureza.

Concluindo, não podemos deixar de citar a assinatura do Protocolo de Quioto em 2002, em Joanesburgo. Os países que assinaram esse tratado se comprometeram a reduzir a emissão de gases que agravam o efeito estufa, sendo considerados os principais causadores do aquecimento global.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

As preocupações com o meio ambiente é algo que sempre esteve presente nos períodos políticos que o Brasil vivenciou e vivencia. Porém, necessária se faz uma análise cronológica do surgimento de normatizações ambientais.

Na primeira década do descobrimento do Brasil, a legislação que vigorava em Portugal eram as *Ordenações Afonsinas*⁶. Nessa coletânea, por ordenação do rei D. Afonso IV, foi tipificado como crime de injúria ao rei o corte de árvores frutíferas.

Em 1521, nas *Ordenações Manuelinas*⁷, era proibido a comercialização das colméias sem que as abelhas fossem preservadas, bem como a caça de animais com instrumentos cruéis. O corte de árvores frutíferas que fossem avaliadas acima de 30 cruzados foi também tipificado, sob pena de degredo para o Brasil.

Já nas *Ordenações Filipinas*⁸ foi proibido jogar nas águas quaisquer objetos que matassem os animais que ali viviam ou que sujassem os rios. Em relação às árvores frutíferas, o crime continuou sendo tipificado, tendo como pena o desterro definitivo para o Brasil.

Em 1830, no primeiro Código Criminal, foi tipificado o corte ilegal de madeira. Na Lei n° 601, de 18 de Setembro de 1850⁹, de acordo com o seu artigo segundo, eram punidos aqueles que ocupassem o solo com o intuito de desmatá-lo:

Art. 2º Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes de prisão e multa de 100\$,

além da satisfação do dano causado. Esta pena, porém, não terá lugar nos actos possessórios entre heróis confinantes.

No período republicano, como destaca Juracy, algumas medidas foram tomadas em relação a questões ambientais:

No início da República, podemos destacar medidas importantes no campo ecológico. Assim logo no ano de 1895, o Brasil foi signatário do convênio das Egretes, celebrado em Paris, o qual foi responsável pela preservação de milhares de garças que povoavam rios e lagos da Amazônia. Ainda no campo internacional fomos signatários de outros convênios, em 1902, cuja finalidade era proteger as aves úteis a agricultura. Em 1911, por força do Decreto n° 8.843 de 26 de junho, demos um significativo passo em matéria ambiental. Foi criada da primeira reserva florestal do Brasil, situado no antigo Território do Acre. (JURACY, 2009)

Nessa fase, o direito ambiental apresentou três períodos bem determinados. De 1889 a 1981, houve o período de evolução do direito ambiental. De 1981 a 1988, ocorreu a sua consolidação. Já a partir de 1988, houve o aperfeiçoamento de tal ramo do direito.

Contudo, na própria constituição de 1891, apenas o inciso 29 do artigo 34¹⁰, diz respeito a legislar sobre minas e terras. No Código Civil de 1916¹¹ há uma referência ao assunto nos artigos 554 e 555, mas mesmo assim fazendo menção ao direito de propriedade.

As constituições republicanas subsequentes de 1937, 1946 e 1967, continuaram possuindo referências e proteções a questões ambientais. Mas foi apenas na constituição de 1988, que o direito ambiental passou a ter um tratamento diferenciado, possuindo um capítulo próprio neste conjunto de leis. Assim, aumentou-se a proteção e as leis tornaram-se mais severas.

Juntamente com uma proteção efetiva foram surgindo novas leis e decretos. Em 1999, surgiu o Decreto n° 3179/99¹², Lei de Crimes Ambientais. Em 2000, a Lei n° 9985/00¹³, definiu normas para a criação, implantação e gestão de unidades de conservação. Houveram também: a medida provisória n° 2186-16¹⁴, de 2001; a Lei de Biossegurança n° 11105¹⁵, de 2005; a Lei de Gestão de Florestas Públicas n° 11284¹⁶, de 2006; e a Lei n° 11.952¹⁷, de 2009.

4 PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL

Os problemas ambientais hoje enfrentados possuem emergência tanto de caráter nacional, quanto internacional. Essas dificuldades encaradas pelas sociedades exigem uma resposta imediata do Direito. Vários tratados e protocolos vêm sendo assinados com o objetivo de tentar solucionar o problema. A comunidade internacional busca, cada vez mais, diferentes ações para que tais problemas globais sejam resolvidos a partir da sua base iniciadora.

Porém, muito mais que todos esses tratados, existe um esforço considerável da comunidade internacional para a criação de princípios gerais do direito ambiental. Como afirmam NARDY, SAMPAIO e WOLD (2003), espera-se que esses princípios sejam implantados pelos Estados, sejam em legislações domésticas ou em sua aplicabilidade pelos tribunais.

Antes de introduzirmos o assunto princípios no direito ambiental. Necessária se faz uma definição do que são princípios em Direito. Segundo Wladimir Flávio Luiz Braga¹⁸:

Na seara específica da Teoria Geral do Direito, os PRINCÍPIOS GERAIS são enunciados normativos - de valor muitas vezes universal - que orientam a compreensão do ordenamento jurídico no tocante à elaboração, aplicação, integração, alteração (derrogação) ou supressão (ab-rogação) das normas. Representam o núcleo do sistema legal. São, pois, as idéias de justiça, liberdade, igualdade, democracia, dignidade, etc., que serviram, servem e poderão continuar servindo de alicerce para o edifício do Direito, em permanente construção. (BRAGA, 2011).

Dessa forma, segue uma análise dos princípios contidos na Constituição Federal de 1988, como forma de efetivação da preocupação com o meio ambiente equilibrado.

5 PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição, como lei fundamental do Estado, possui em seu capítulo VI, artigo 225, os princípios dirigentes do direito ambiental¹⁹. Em seu caput, há uma proteção explícita ao ambiente ecologicamente equilibrado:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Conclui-se, então, ser este um direito fundamental. Desta

forma, será desenvolvido mais adiante alguns princípios indispensáveis para o estudo do direito ambiental.

5.1 Princípio da Prevenção

Este princípio é tido como um dos mais importantes no direito ambiental. Já que, muitas vezes, não é possível recuperar um dano causado ao ecossistema. Sendo a prevenção um preceito fundamental nesse âmbito do Direito.

A própria palavra prevenção já nos remete ao significado deste princípio. Uma vez que os danos ambientais na maioria das vezes são irreparáveis e irreversíveis. Desta forma, procura-se antecipar as ações para evitar futuras ofensivas ao meio ambiente.

Na Constituição Federal de 1988, este princípio encontra-se explícito no artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV, quando diz ser necessário um estudo prévio do impacto ambiental:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Portanto, a aplicabilidade de tal princípio é indispensável para que certas atividades humanas que possa degradar o ambiente sejam evitadas.

5.2 Princípio do Desenvolvimento Sustentável

Na constituição de 1988, o princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se no caput do artigo 225. Da mesma forma, este princípio já estava implícito no artigo quarto da Lei n° 6.938/81²⁰:

A política nacional do meio ambiente visará à compatibilização econômica social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

Esta terminologia empregada para caracterizar tal princípio, surgiu em 1972, na Conferência Mundial do Meio Ambiente, realizada em Estocolmo. Neste princípio procura-se manter um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico social e a preservação do meio ambiente. Desta forma, busca-se manter a forma na qual o homem explora o meio ambiente, porém atingindo um patamar sustentável. Ou seja, as atuais necessidades do homem devem ser atendidas, contudo, sem haver o comprometimento do ambiente para as futuras gerações.

5.3 Princípio do Poluidor-Pagador

Podemos introduzir dizendo que o princípio do poluidor pagador é uma política microeconômica que visa corrigir uma falha de mercado. O ar não possui uma taxação, em virtude disso, a atmosfera vinha sendo poluída excessivamente. Isso porque, o uso indiscriminado de gases estufa, acabou gerando um aquecimento generalizado da terra.

Porém, não podemos entender que para poluir só é necessário o pagamento. Ao contrário, este princípio busca evitar a ocorrência de danos ambientais e se, caso já ocorrido o dano, repará-lo. Neste momento, vale ressaltar o que bem escreveu Fiorillo:

[...] num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos do meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação. (FIORILLO, 2006, p. 40).

Posto isso, observa-se que a previsão constitucional deste princípio encontra-se no parágrafo terceiro do artigo 225. Determinando, assim, a aplicação de alguns aspectos da responsabilidade civil aos danos ambientais.

5.4 Princípio da Participação

A Constituição, em seu artigo 225, caput, dividiu a responsabilidade entre o poder público e a sociedade civil de proteger do meio ambiente. É neste princípio em que há um envolvimento de diversos segmentos da sociedade objetivando um mesmo fim.

Por se fazer necessária a participação de diversos tipos de pessoas, importante seria que todos tivessem acesso a informação e a educação ambiental. Uma vez que, para participar é preciso conhecer os mecanismos de ação, a fim de garantir a tutela do todo ecossistema.

5.5 Princípio da Ubiquidade

Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Este princípio vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra etc. tiver que ser criada e desenvolvida. Isso porque, na medida

em que possui como ponto cardinal de tutela constitucional a vida e a qualidade de vida, tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver deve antes passar por uma consulta ambiental, enfim, para saber se há ou não a possibilidade de que o meio ambiente seja degradado (FIORILLO, 2006, p. 45).

Portanto, o princípio da ubiquidade visa a proteção efetiva do meio ambiente, preservando a saúde e a qualidade de vida. É necessário o seu estudo antes da prática de qualquer atividade.

6 CRIME: ASPECTOS CONCEITUAIS

O homem é um ser racional, social e sociável por excelência, pois, a sua sobrevivência somente é possível no âmbito social. Em decorrência deste convívio, surgem inúmeros conflitos que atentam contra a moral, a integridade física, ao patrimônio e até mesmo contra a vida dos indivíduos que compõem a sociedade. Razão pela qual, Émile Durkheim sustenta que o crime é um fato social normal e comum a toda e qualquer sociedade (DURKHEIM, 2003, p. 41-42). Trata-se de um fato social normal, pois, a ocorrência de um crime pressupõe a ocorrência de um injusto, isto é, um fato que fere a integridade física, moral ou patrimonial de outrem e isto somente ocorre através do ser humano que possui a capacidade de raciocinar, planejar e determinar-se de acordo com o fato típico. Como corolário, torna-se um fato comum a toda e qualquer sociedade civilizada.

Neste ínterim, erige o Direito Penal, criado pelo homem e para o homem este ramo do Direito não se ocupa somente em punir com extremo rigor as mazelas humanas, mas, sobretudo em prevenir a prática de novos delitos e utilizar a sanção como uma forma de educar o delinquente para que este não venha reincidir no caminho obscuro do crime. Daí porque, Hans Welzel afirma que o Direito Penal exerce uma função ético-social. Hodiernamente, esta função torna-se tenaz em razão dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito representados no diploma constitucional vigente (WELZEL, 1956, p. 1-6).

Afirmar-se-á que uma das mais destacadas características do Direito Penal é o seu caráter de fragmentariedade. Com efeito, cumpre esclarecer que constitui objeto de perquirição deste ramo do Direito tão somente uma restrita parte dos atos ilícitos existentes, muito embora seja inquestionável a presença de uma multiplicidade de atos ilícitos na ordem jurídica. O Direito Penal abarca apenas os atos que realizam uma ofensa de forma mais gravosa aos bens jurídicos, objeto de proteção deste ramo do Direito, vale dizer, aos bens jurídicos considerados como essenciais para a vivência e convivência entre os homens na sociedade. Por conseguinte, equivalem as infrações de ordem penal a um diminuto fragmento retirado

da larga escala de atos considerados como ilícitos.

Registre-se que não há entre os doutrinadores nacionais ou internacionais uma univocidade acerca do conceito de crime. O Código Penal vigente é omissivo no que concerne à conceituação deste, incumbindo à doutrina a árdua missão de o fazer. Esta, assim o faz com base na definição de ilícito penal que, por seu turno alicerça-se em três elementos, quais sejam: 1) O aspecto externo: concentrando-se no aspecto externo, isto é, puramente nominal do fato, alcança-se uma acepção formal; 2) O conteúdo do fato punível: perquirindo o conteúdo do fato punível obtém-se uma definição material ou substancial do crime e; 3) As características ou aspectos do crime: estudando tais conceitos obtém-se um conceito formal, porém analítico, do crime. Advém daí, a assertiva de Júlio Fabbrini Mirabete para quem o conceito de crime é essencialmente jurídico (MIRABETE, 2007, p. 81-84).

Como corolário, os conceitos analíticos de crime têm sido os eleitos da classe dos magistrados brasileiros, vez que concentram um grande debate doutrinário em torno da caracterização do crime, ora como fato típico, antijurídico (corrente capitaneada por René Ariel Dotti, Fernando Capez, Luiz Flávio Gomes e Júlio Fabbrini Mirabete), ora como fato típico, antijurídico e culpável (corrente liderada por Heleno Cláudio Fragoso, Cezar Roberto Bittencourt e Francisco De Assis Toledo). Vale dizer, definições distintas para o mesmo instituto.

Sob o prisma material, crime é toda ação ou omissão consciente, voluntária e dirigida a uma finalidade que cria um risco juridicamente proibido e relevante a bens considerados essenciais para a paz e o convívio em sociedade. Sob o aspecto formal, crime é a conduta proibida por lei, com ameaça de pena, seja ela prisão ou alternativa. Estribados na concepção analítica do crime onde verifica-se os elementos constitutivos do crime sob a ótica do Direito positivo, pode-se sustentar que o crime consiste em uma ação típica e antijurídica onde a punibilidade consiste na consequência de uma possível transgressão da norma penal. Trata-se de uma ação típica, pois a conduta do agente preencheu todos os ditames proibitivos do tipo penal, conseqüentemente, o *ius puniendi* estatal exercerá a punibilidade. O Estado assim o fará em razão de que as normas penais resguardam bens jurídicos e a punição vem em virtude da lesão a estes bens.

6.1 Tipo, tipicidade, dolo e culpa: aspectos distintivos

Uma vez que a conduta criminosa reside em uma ação típica, resta-nos distinguir tipo e tipicidade penal. E *a posteriori*, os aspectos conceituais existentes entre o dolo e a culpa.

No que concerne ao âmago do tipo penal, à sua gênese, nota-se tanto na doutrina nacional quanto na internacional que não há grandes disparidades em relação à sua conceituação, o mesmo aplica-se à conceituação de dolo e culpa onde a doutrina mostra-se pacificada.

Segundo os ensinamentos de Eugênio Raúl Zaffaroni, tipo penal consiste em um “[...] instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas)” (ZAFFARONI, 1996, p. 167).

Na mesma esteira, Hans Welzel chama-nos a atenção para o caráter de fragmentariedade que possuem as normas penais, isto é, o tipo é o conjunto dos elementos do fato punível insculpidos na lei penal. Desta forma, o tipo penal seria uma figura puramente conceitual, a saber:

Todo delito es un acontecimiento individual-temporal. Pero el tipo legal abarca todos los delitos individuales de la misma clase. Por tanto, debe prescindir conceptualmente de las características puramente individuales de los delitos reales; debe ser "abstracto". Todo tipo jurídico es una generalización de casos individuales posibles. Estas generalizaciones pueden tener distintos grados. [...] Para la generalización hay dos reglas de lógica: cuanto mayor es la generalización, tanto más comprensivo y sin lagunas es el tipo, pero también tanto más difuso y falto de contenido, y, sobre todo, tanto menos apropiado para una aplicación homogénea del derecho. Inversamente: cuanto menor es la generalización, tanto más real y plástico es el tipo, pero también tanto más limitado y con lagunas [...] (WELZEL, 1956, p. 59-60).

Com fulcro na definição de Welzel podemos sustentar que cada tipo penal possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, ou seja, quando observamos no Código Penal brasileiro em seu artigo 250 o seguinte preceito: “Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. Pena: Reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”; temos um exemplo de tipo penal com características próprias que podem ser verificadas no núcleo do tipo, no bem jurídico tutelado e na consequência de uma possível transgressão do tipo penal, isto é, a pena varia entre os tipos penais em razão da proporcionalidade das penas. Quanto mais importante ou essencial for o bem tutelado, maior será a pena imputada.

A norma penal como já dito alhures, não se ocupa somente em punir, mas também em prevenir a prática de novos crimes em razão do seu caráter coercitivo. Outrossim, a coerção muitas vezes não é o suficiente para evitar a ocorrência de condutas típicas, estas, vale ressaltar, ocorrem por diversos fatores de diversas formas possíveis. Neste diapasão, erige-se a tipicidade penal que

consiste unicamente em um juízo de valor realizado sobre o fato típico e o tipo penal, isto é, consiste na verificação da ocorrência da conduta típica. Com o intuito de reforçar nosso entendimento acerca do tema, convém trazer a lume o posicionamento de Eugênio Raúl Zaffaroni para quem “el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio” (ZAFFARONI, 1996, p. 172).

Entretentes, na ocorrência do juízo de tipicidade devem-se levar em consideração diversos elementos dentre os quais verificam-se a existência do dolo ou da culpa. Aquele, consiste na intenção ou simplesmente na vontade do agente em praticar determinado ato. Ao cogitarmos em crime doloso, devemos ter em mente a realização de um comportamento humano intencionalmente dirigido para a realização de uma lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico. O agente ao cometer um crime doloso, possui o conhecimento julgado necessário para prever os efeitos de sua conduta, isto é, trata-se de uma pessoa responsável pelos seus atos que projeta e executa determinado ato com determinado fim. A contrario sensu, a culpa segundo Nelson Hungria consiste em um ato voluntário, advindo de imperícia, imprudência ou negligência cujo efeito torna-se lesivo ao Direito de outrem (HUNGRIA, 1992, p. 114). Ao contrário do dolo, verifica-se a culpa sob dois aspectos: consciente e inconsciente.

A culpa consciente consiste no ato em que o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de determinado resultado superveniente, e assim age, na convicção de que este não ocorrerá, isto é, trata-se da culpa com previsão, onde o agente deixando de observar o que era obrigado, prevê um resultado, mas confia convictamente que este não se verifique. Já a modalidade inconsciente, muito embora o resultado seja previsível, o agente não prevê o resultado. Tal assertiva, verifica-se na ocorrência da negligência, imperícia ou imprudência onde não há o nexos psicológico entre o agente e o resultado de sua conduta.

6.2 A importância da aplicabilidade dos princípios constitucionais-penais no contexto ambiental

No que tange aos princípios gerais do Direito, podem estes, serem considerados como fonte supletiva subsidiária, uma vez que verifica-se a expressa permissão normativa para a referida utilização em diversos diplomas nacionais. Por seu turno, tais princípios, entendidos sob o aspecto conceitual, verificam-se como autênticas verdades fundantes, conceitos basilares tidos como verdadeiros dentro da sistemática jurídica, ou em melhor desdobramento, proposições-ideias informadoras da compreensão do fenômeno jurídico.

Neste *desideratum*, preleciona com percuriência Fernando

Capez que os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e o justo emprego das normas penais, não se podendo cogitar em uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores (CAPEZ, 2008, p. 114). Desta forma, poder-se-á denominar princípios gerais do Direito Penal os comumente denominados princípios fundamentais de garantia do cidadão, ou seja, os princípios fundamentais de Direito Penal são aqueles arraigados às ideologias de um Estado Social e Democrático de Direito. A totalidade de tais princípios firmam-se como garantia do cidadão brasileiro contra o *ius puniendi* estatal, isto é, os princípios constitucionais penais limitam a atuação do Estado em matéria penal coibindo autoritarismos e quaisquer tipos de arbitrariedades.

A Constituição Federal vigente traz ao longo do seu artigo 5º os princípios institutivos do Direito Penal. O primeiro e, talvez o mais importante deles seja o princípio da legalidade ou da reserva legal. Segundo o preceito constitucional insculpido no artigo 5º, XXXIX e XL “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”, isto é, nenhum fato poderá ser considerado crime sem que haja uma lei emanada de órgãos legítimos que assim o estabeleça, do mesmo modo, não poderá ser imputada determinada pena a um agente, sem que haja a devida previsão legal. A legalidade atua como uma limitação do *ius puniendi* estatal, excluindo toda possibilidade de arbitrariedade e excesso do poder punitivo. Neste sentido, pontifica Francisco De Assis Toledo que o princípio *a quaesto*:

Funda-se na idéia de que há direitos inerentes à pessoa humana que não são nem precisam ser outorgados pelo Estado. Sendo assim, e como não se pode negar ao Estado o poder de estabelecer certas limitações ou proibições, o que não estiver proibido está permitido (permitted quod non prohibetur). Daí a necessidade de editarem-se proibições casuísticas, na esfera penal, o que, segundo o princípio em exame, compete exclusivamente à lei (TOLEDO, 2002, p. 22).

(Aprofundando na reflexão ora proposta, a legalidade que se revela na máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, pode ser desdobrado em quatro princípios, quais sejam: I) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; II) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; III) *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* e IV) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

O primeiro princípio exige lei anterior, isto é, deve-se primeiro

existir o fato para que, posteriormente venha existir a lei penal, desta forma, é vedada a existência de lei que seja prejudicial ao réu, ou seja, não pode existir lei penal retroativa que agrave a punibilidade. O segundo princípio veda a aplicabilidade do direito consuetudinário à punibilidade, salvo em casos em que o a aplicabilidade do costume for *pro reu* e este possuir característica de direito vigente, ou seja, o costume deve ser do conhecimento e aceite de todo o corpo social. A lei estrita, por conseguinte, veda a aplicabilidade da norma penal *in mala partem* por analogia, destarte, não impede a aplicabilidade *in bonam partem*. Corroborando com o posicionamento aqui vertido, Francisco De Assis Toledo preceitua que:

As restrições feitas à analogia não se aplicam por inteiro à denominada interpretação extensiva, ou analógica, embora esta apresente problemas semelhantes. Na interpretação extensiva amplia-se o espectro de incidência da norma legal de modo a situar sob o seu alcance os fatos que, numa interpretação restritiva (procedimento oposto), ficariam fora desse alcance. Não se trata, aqui, de analogia, visto que a ampliação referida está contida in potentia nas palavras, mais ou menos abrangentes, da própria lei. [...] (TOLEDO, 2002, p. 27).

Por derradeiro, a reserva legal impõe a existência de leis penais precisas, certas, que revelem de forma cristalina a conduta proibida. Trata-se da máxima aproximação ao princípio da taxatividade da norma penal que estabelece a precisão do texto normativo-penal, ou seja, para que o Direito Penal exerça a sua função ético-social que é repreender, educar e acima de tudo prevenir o crime. É necessário que as normas que o compõem sejam acessíveis à todas as classes sociais. Do ponto de vista penal, o dogma do conhecimento presumido é apenas uma ficção jurídica, pois é necessário que todo indivíduo compreenda o texto penal, vale dizer, o entendimento do texto jurídico-penal deve ser acessível às pessoas mais leigas que se tem conhecimento, e não somente de uma restrita classe social; tal assertiva justifica-se em virtude do objeto do Direito Penal que é tutelar os bens jurídicos de maior importância.

O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, preconiza que o Direito Penal deverá ser utilizado como a última instância de imposição de sanções, ou seja, as normas penais deverão ser invocadas quando os demais ramos do Direito não forem capazes de tutelar os bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Daí porque o Direito Penal, estudado e aplicado sob a conjuntura do Estado Democrático de Direito deverá ser observado como a *ultima ra-*

tio legis, vale dizer, o Direito Penal assume uma feição subsidiária que se justifica na própria característica deste ramo do Direito que é o alto teor de coerção. Reforçando o posicionamento aqui vertido, Francisco Muñoz Conde propala que o princípio da subsidiariedade deverá ser aplicado no Direito Penal quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico prevista nos demais ramos do direito (MUÑOZ CONDE, 1960, p. 60).

Por seu turno, erige-se o princípio da culpabilidade que pode ser também compreendido na máxima *nullum crimen sine culpa*. A culpabilidade é um fenômeno relacionado à ação, uma característica intrínseca desta no qual imputa-se a alguém a autoria de determinado crime fazendo-o responder por este. Desta forma, a culpabilidade poderá ser associada à punibilidade, ou seja, *punitur quia peccatum est* (pune-se o que é crime). Tal assertiva, nos remete à percepção de Santo Tomás de Aquino em sua obra *Summa Theologiae* para quem *puniri non est malum, sed fieri poena dignum* (o mal não é ser castigado, mas ser merecedor do castigo) o que traduz o sentimento de reprovabilidade de todo o corpo social em relação a determinadas condutas praticadas por alguns indivíduos que compõem esta mesma sociedade.

Consagrado no artigo 5º, XL da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal, o princípio da irretroatividade da lei penal encontra-se conexo ao princípio da reserva legal. Tal princípio preconiza que a lei penal não poderá retroagir salvo nas hipóteses em que for beneficiar o réu. Outrossim, cumpre não olvidar que o princípio em epígrafe aplica-se somente em relação à lei mais severa.

A Constituição estabelece também, em seu artigo 5º, XLV a personalidade da pena, isto é, nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Tal princípio revela uma inquestionável vitória do Direito Penal contemporâneo, na direção de um Direito Penal Garantista, inviabilizando a hipótese de terceiros - indiferentes ao Processo Penal porque inocentes - absolutamente estranhos ao fato criminoso, terem a possibilidade de serem alvo de uma responsabilidade penal.

6.3 A tutela jurídico-penal dada ao meio ambiente: aspectos constitucionais e infraconstitucionais

O Direito Ambiental consiste em um ramo do Direito Positivo que tem por objeto a tutela de todos os elementos que compõem a sociedade, isto é, necessários ao desenvolvimento digno e sustentável do ser humano. Desta forma, este ramo do Direito não se exaure somente na proteção do sistema ecológico, mas alcança a seara biológica, ecológica e cultural; pois envolve a relação entre homem, sociedade e natureza. Visto sob esta perspectiva, o Direito Ambiental alcança a seara cultural, é o que deixa transparecer o legislador ordinário ao estabelecer no artigo 225 da Constituição que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equili-

brado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Ao trazer insculpido em seu corpo o preceito que o meio ambiente constitui um direito de todos, o legislador ordinário equiparou os brasileiros natos, naturalizados e os estrangeiros residentes no país a fim de que estes possam gozar de um bem comum, isto é, um bem essencial a uma vida digna e de qualidade. No referido artigo, extrai-se também, o exercício da cidadania através do direito-dever que a coletividade e o Poder Público possuem de zelar pela preservação do meio ambiente. Neste diapasão, não podemos excluir do conceito de coletividade a pessoa jurídica, assim como a responsabilidade que recai sobre esta pelos atos praticados no âmbito social. Corroborando com o posicionamento aqui vertido, e com o intuito de demonstrar a amplitude dada à expressão "meio ambiente" por parte do legislador, impõe-se destacar a Lei n° 6.938/81 em seu artigo 3º, inciso I que define meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Por outro lado, a personalidade jurídica poderá ser desconhecida por parte do magistrado se este entender que a personalidade cause óbice a um possível ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente. Tal entendimento, encontra amparo no Código de Defesa do Consumidor em seu preciso artigo 28.

Com efeito, a Lei n° 9.605/98 disciplina sanções penais e administrativas a fim de coibir condutas que atentem contra o meio ambiente. Desta forma, o instrumento que torna efetivas tais sanções penais é a ação penal pública incondicionada movida pelo representante do Ministério Público. As sanções administrativas, por seu turno, consistem em ações ou omissões que violem ou atentem contra toda e qualquer forma jurídica de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente; é o que dispõe o artigo 70 da referida Lei. Neste caso, compete aos funcionários dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente tomarem todas as medidas julgadas necessárias a fim de assegurar a observância do artigo 72 que versa sobre as sanções administrativas.

Em suma, muito embora a Constituição estabeleça mecanismos genéricos que protejam o meio ambiente e, a existência de leis que por vezes demonstram-se insuficientes devido a amplitude da questão. Há de se ressaltar que a complexidade, isto é, o grande problema que gira em torno da efetividade da norma penal-ambiental reside, sobretudo, nas forças de coercitividade aliado à questão cultural. A exemplo do que intenta-se asseverar, podemos elencar a fiscalização contra o desmatamento do cerrado ou até mesmo da floresta amazônica, ou sejam, devido a

grande extensão territorial aliado ao número insuficientes de fiscais, esta prática termina comprometida. A melhor solução para prevenir danos ao meio ambiente, seja na área urbana ou não, é a conscientização da coletividade, isto é, consiste na noção que todos devem ter de que meio ambiente é um bem comum essencial à consolidação de uma vida digna e saudável.

7 PONDERAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA EM CASOS DE CRIMES AMBIENTAIS

Em se tratando da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, desenvolvendo a idéia de uma responsabilidade objetiva em relação aos danos ao meio ambiente, estamos no contexto de uma maior conscientização da sociedade relacionada a importância de uma harmonia entre a natureza, o desenvolvimento econômico e as formas de penalizar a pessoa jurídica que cometer crimes, de qualquer espécie, contra o meio ambiente.

Para esclarecimento dessa espécie de responsabilidade penal é importante abranger o conceito da pessoa Jurídica, que são entidades criadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como pessoas, sujeitos de direitos e deveres, também conhecidas como pessoas morais. É importante ressaltar para esclarecer os termos do assunto em questão que a pessoa jurídica tem personalidade própria, não se confundindo com a dos sócios; tem existência própria, que independe da vida de seus criadores; pode haver a desconsideração da personalidade jurídica, e a principal característica para o entendimento da responsabilidade penal nesse caso é o fato da pessoa jurídica poder ser sujeito ativo ou passivo de delitos, como assinala FIÚZA (2010).

É fatídico que sendo um tema bem atual há controvérsias sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito, sendo o conflito entre a responsabilidade de tal ente ser fundamentada na responsabilidade individual baseada na culpa ou no âmbito da responsabilidade social.

A penalização da pessoa jurídica se encontra no ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição de 1988 e entrando no âmbito da responsabilidade da pessoa jurídica no caso de crimes ambientais, a Carta é bem clara ao referir que as atividades lesivas ao meio ambiente praticadas também pelas pessoas jurídicas podem sujeitá-las à sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados e também é enfática e específica na Lei n° 9.605/98.

Doutrinas contrárias à responsabilização penal de pessoas jurídicas pela prática de crimes argumentam que este ente não possui a capacidade de praticar atos e não entram no âmbito da culpabilidade, sendo assim não podem ser responsabilizados, gerando uma maior dificuldade em puni-los e aplicar penas para que

estes atos não sejam recorrentes.

A base da doutrina contrária está no princípio da personalidade das penas e no princípio da individualidade da responsabilidade criminal, não podendo as penas e a responsabilidade ultrapassar o âmbito do autor, que cometeu materialmente o fato delituoso, dificultando a responsabilização da coletividade de uma pessoa jurídica, com seus vários integrantes. E sendo os conceitos admitidos pelo Direito Penal serem relacionados a atos praticados pela pessoa humana.

Relacionando as controvérsias sobre esse tema é possível inferir que em se tratando do meio ambiente é de extrema importância a tutela de seus interesses, diretamente ligados ao direito à vida. Assim as doutrinas oposicionistas e os juristas não tem legitimidade para interferir na aplicação da Lei dos Crimes ambientais que está de conformidade com a Constituição Federal do Brasil.

É importante abranger nessa discussão as teorias consideradas Favorável e Contrária. A teoria Favorável, também denominada da Realidade ou Organista vê a pessoa jurídica como um ser real, inferindo que a vontade da pessoa não é o somatório de vontades dos seus componentes, essa pessoa jurídica possui vontade própria e tem sua responsabilidade relacionada à responsabilidade social; é dotada de existência real, porém uma existência distinta das pessoas físicas, sua existência é exclusivamente no ordenamento jurídico para a realização de fenômenos jurídicos.

A teoria Contrária nega que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente pelos seus atos, podendo responder apenas na esfera civil, administrativa e tributária e não legítima que a Constituição Federal em seu art. 225 parágrafo terceiro tenha reconhecido as sanções penais às pessoas jurídicas, e afirma a responsabilidade ser uma responsabilidade individual baseada na culpa.

Essa teoria argumenta que só o ser humano pode realizar ações delituosas a partir do pressuposto que só as pessoas físicas apresentam vontade própria e capacidade para produzir tais atos, diferentemente das pessoas físicas, as pessoas jurídicas não apresentam uma vontade individual. Outro fator que fortalece essa argumentação está na definição de crime adotada pelo Direito Penal, com a abrangência desse conceito como fato típico, ilícito e culpável, que está diretamente relacionada à ação e as variações da culpabilidade, que não estão no âmbito da pessoa jurídica.

Assim, essa teoria contrária prevê a pessoa jurídica como uma parte artificial sem vontade e capacidade para agir de forma ilícita. Sendo os entes coletivos desprovidos de vontade real, não podem promover atividades ilícitas e conseqüentemente serem penalizados.

8 SANÇÕES PENAIS DERIVADAS DE CONDUTAS E ATIVIDADES LESIVAS AO MEIO AMBIENTE

Sancionada pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em 12 de Fevereiro de 1998, a Lei de Crimes Ambientais (Lei n° 9.605/98) objetiva sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A citada lei procura atender, além das regras que alicerçam o direito penal e penal constitucional, as peculiaridades criadas pelo direito penal ambiental constitucional.

Com efeito, além de apontar a possibilidade de aplicação de sanções penais para as pessoas físicas, prática tradicional do Direito Penal (art. 2º), projetou importante hipótese no sentido de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas (art.3º), sejam elas de direito público ou de direito privado, inclusive com a aplicação do instituto da "desconsideração da pessoa jurídica" (art.4º), instituto autorizador para que determinado órgão investido de poder, por força constitucional, possa num dado caso concreto não considerar os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica da sociedade evidentemente com a finalidade de atingir e vincular aquele que efetivamente teria cometido o crime ambiental: a pessoa humana (FIORILLO, 2006, p. 422).

Diante do exposto, nota-se que um dos grandes méritos, se não o maior deles, da Lei n° 9.605/98 foi a possibilidade de se penalizar pessoas jurídicas, que são, na maioria das vezes, os maiores degradadores do meio ambiente.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a qualidade do meio ambiente.

Art. 24 A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional (BRASIL, 2009).

Além deste há outros significativos avanços, que visam a proteção ambiental, presentes na referida Lei, como a consolidação de normas penais ambientais, a possibilidade da forma culposa e a adequação das penas à gravidade dos fatos. Encontram-se no capítulo V os crimes contra o meio ambiente, dentre eles: crimes contra fauna, contra a flora, contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, contra a administração ambiental e crimes de poluição.

A Lei n° 9.605/98 traz penas alternativas autônomas, além da pena de prisão e multa. Empresas e pessoas condenadas por crime ecológico podem ser perdoadas se restaurarem o bem atingido ou consertarem os estragos. Do montante da reparação do dano pode ser deduzida a pena pecuniária estabelecida pelo juiz para pagamento à vítima, levando sempre em consideração tanto as atenuantes, quanto as majorantes.

A aplicação de penalidades a pessoas jurídicas está prevista no artigo 21, e aquelas que infringirem esta lei estão sujeitas às penas de multa, penas restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade.

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente as pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º são:
I - multa;
II - restritivas de direitos;
III - prestação de serviços a comunidade (BRASIL, 2009).

8.1 Pena de Multa

A pena de multa, também conhecida como pena pecuniária, é uma sanção penal que consiste na imposição ao condenado da obrigação de pagar ao fundo penitenciário determinada quantia em dinheiro, calculada na forma de dias-multa, atingindo o patrimônio do condenado.

A pena pecuniária atribuída à pessoa jurídica não diferencia daquela atribuída à pessoa física e no caso de crime ambiental, para aplicação deste tipo de punição, deve-se considerar o artigo 18 da Lei n° 9.605/98. Este estabelece que a multa possa ser aumentada até o triplo se o juiz considerar necessário para man-

ter o caráter punitivo da pena, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida pela pessoa jurídica.

Ainda neste contexto, é mister que todas as vezes que o magistrado estiver fazendo a aplicação da pena de multa, seja ela isolada, cumulada ou alternativamente aplicada, deve seguir os limites legais, ou seja, a expressão "multa" deve ser entendida como sendo de 10 a 360 dias-multas. Assim dispõe o artigo 49 do Código Penal.

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (BRASIL, 2009).

8.2 Pena Restritiva de Direitos

Penas restritivas de direitos, artigo 43 e seguintes do Código Penal Brasileiro, são autônomas (e não acessórias) e substitutivas (não podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade); também não podem ser suspensas nem substituídas por multa, aplicadas posteriormente às penas privativas de liberdade, desde que presentes os requisitos legais para tanto. As penas restritivas de direito foram paulatinamente introduzidas como uma alternativa à prisão. Seu campo de atuação foi significativamente ampliado pela Lei n° 9.714/98.

O artigo 22 da Lei de Crimes Ambientais garante que as penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: suspensão total ou parcial de atividades (quando estas estiverem desobedecendo às disposições legais relativas à proteção ambiental); interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade (quando funcionando sem autorização, em desacordo com a concedida ou violando disposição legal) e, por fim a proibição de contratar com o poder Público, ou dele obter subvenções ou doações por um período de até 10 anos.

8.3 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

A prestação de serviços à comunidade consiste na realização de atividades gratuitas a instituições que atende a comunidade em geral ou entidades públicas como: ONG`s, orfanatos, creches, parques, escolas, hospitais, Defensorias Públicas, Fóruns entre

outros. Desenvolve-se em média de 7 horas semanais, não podendo prejudicar o prestador de serviços no seu horário habitual de trabalho e/ou atividades.

No tocante à legislação ambiental, a prestação de serviços à comunidade por parte da pessoa jurídica criminosa pode vir como custeio de projetos e programas ambientais; execução de obras de recuperação e áreas degradadas; manutenção de espaços públicos, contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (artigo 23, Lei n° 9.505/98).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir, que a crescente preocupação com o meio ambiente gerou algumas consequências positivas. Os ordenamentos jurídicos mundiais foram, a cada dia, aumentando a sua efetiva proteção legal. A criação de tratados, acordos, organizações e protocolos vieram pra reforçar essa idéia. Garantindo, desta forma, um ambiente ecologicamente equilibrado.

Relacionando o meio ambiente aos mecanismos que os protegem na Constituição Federal, observa-se que essas normas se mostram insuficientes em decorrência da complexidade e importância dessa questão. Sendo que o grande problema que gira em torno da efetividade da norma penal-ambiental está nas forças de coercitividade aliadas à questão cultural. Conclui-se, desse impasse, que a melhor solução para prevenir danos ao meio ambiente, seja na área urbana ou não, é a conscientização da coletividade, isto é, consiste na noção que todos devem ter de que meio ambiente é um bem comum e essencial à consolidação de uma vida digna e saudável; aliado à melhor elaboração de normas protetivas do meio ambiente em nosso ordenamento jurídico.

Com isso, pode ser concluído que as formas de penalizar a pessoa jurídica que cometer crimes, de qualquer espécie, contra o meio ambiente estão em meados de uma grande discussão sobre a forma de penalizar a pessoa jurídica, que tem personalidade própria e não se confunde com a dos sócios. A Constituição prevê que as atividades lesivas ao meio ambiente praticadas pelas pessoas jurídicas podem sujeitá-las à sanções penais e administrativas e por outro lado doutrinas contrárias argumentam que este ente não possui a capacidade de praticar atos e não entram no âmbito da culpabilidade, sendo assim não podem ser responsabilizados. Através desse questionamento é mais ponderável inferir que as doutrinas opositoras e os juristas não tem legitimidade para interferir na aplicação da Lei dos Crimes ambientais que está em conformidade com a Constituição Federal do Brasil, e, assim, a pessoa jurídica pode sim ser penalmente punida nos crimes contra o meio ambiente.

Portanto, diante do presente trabalho, é válido considerar que um dos grandes méritos, e que na verdade trata-se de um

avanço para o Direito Ambiental brasileiro, é a prerrogativa presente na Lei N° 9.605/98 a respeito da possibilidade de se penalizar pessoas jurídicas, tendo em vista que estas têm um maior poder de degradação.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 15ª Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. *Princípios Gerais do Direito*. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Artigos/%5CArquivos%5CArtigos%5C14%5CPrincipiosGeraisDireito.pdf>>. Acesso em 18 de julho de 2011.

BRASIL. *Lei n° 601, de 18 de setembro de 1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do império. Secretaria de Estado dos Negócios do Império, Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1850.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Art. 554 - O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam. Art. 555. - O proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1891*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 29 - Legislar sobre terras e minas de propriedade da União.

BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 10ª. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. *Decreto n° 3.179, de 21 de setembro de 1999*. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de setembro de 1999.

BRASIL. *Lei n° 6.938, 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de agosto de 1981.

BRASIL. *Lei n° 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de julho de 2000.

BRASIL. *Lei n° 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos

II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de março de 2005.

BRASIL. *Lei n° 11.284, de 02 de março de 2006*. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDf; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 de março de 2006.

BRASIL. *Lei n° 11.952, de 25 de junho de 2009*. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de junho de 2009.

BRASIL. *Medida Provisória n° 2.186-16, de 23 agosto de 2001*. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de agosto de 2001.

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Edna Cardozo. *Manual de Crimes Ambientais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIAS, Talden Queiroz. *Evolução histórica da legislação ambiental*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3845>. Acesso em 14 de julho de 2011.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. Brasil 1988-2004. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revista06/Discente/04.pdf>> Acesso em 12 de julho de 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª edição, 2006. Editora Saraiva.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 14. Ed. Revista, atualizada e ampliada. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Tomo II. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. I.

LEI das XII tábuas. Disponível em: <<http://www.api.adm.br/direito/TABU-AS.htm>>. Acesso em 02 de junho de 2011.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução do direito ambiental no Brasil*. 1ª edição, 1998. Editora Oliveira Mendes.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2007.
MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1960.

MEIRA, José de Castro. *Direito Ambiental*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/141/Direito_Ambiental.pdf?sequence=1>. Acesso em 13 de julho de 2011.

ORDENAÇÕES Afonsinas. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Afonsinas>. Acesso em 07 de julho de 2011.

ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Filipinas>. Acesso em 07 de junho de 2011.

ORDENAÇÕES Manuelinas. Disponível em: <http://www.fl.ul.pt/biblioteca/biblioteca_digital/docs/res222.pdf> Acesso em 07 de julho de 2011.

PEREIRA, Osny Duarte. *Direito Florestal Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1950. Editora Brosol.

PRADO, Luís Régis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6317/Responsabilidade_Penal_da_Pessoa_Juridica>. Acesso em: 17 jul. 2011.

SAKAE, Lúcia Reiko. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/04.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2011.

SEGURADO, Milton Duarte. *Introdução ao Direito Romano*. 1ª edição, 2002. Editora Jurídica Mizuno.

SIRVINSKAS, Luiz Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 1ª edição, São Paulo. Saraiva, 2002.

SMANIO Gianpaolo Poggio. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5713/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1996.

NOTAS DE FIM

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas.

² Graduando em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas.

³ Graduando em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas.

⁴ Graduando em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas.

⁵ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Processo Civil Aplicado pelo CEAJUFE/IEJA. Bacharel em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Professor e Pesquisador da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor e Pesquisador do Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro da Associação Brasileira de Sociologia do Direito e Filosofia do Direito (ABRAFI). Integrante dos Grupos de Pesquisas: Direito, Constituição e Processo "Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior" e Direito, Sociedade e Modernidade "Professora Doutora Rita de Cássia Fazzi". E-mail para contato: cristiankiefer@yahoo.com.br

⁶ As Ordenações Afonsinas são uma coletânea de leis promulgadas, como primeira compilação oficial do século XV, durante o reinado de Dom Afonso V. Várias vezes as Cortes tinham pedido a D. João I a organização de uma coletânea em que se coordenasse e atualizasse o direito vigente, para a boa fé e fácil administração na justiça. Para levar a cabo essa obra designou D. Duarte o doutor Rui Fernandes, que acabaria o trabalho em 1446 em Arruda.

⁷ Ficaram conhecidas com o nome de "Ordenações Manuelinas" as duas coletâneas de preceitos jurídicos elaboradas, num sistema de cinco livros, a partir de 1505, na corte de D. Manuel I, sob a direção do Doutor Rui Boto, chanceler-mor do reino.

⁸ Esta compilação jurídica resultou da reforma do código manuelino, como consequência do domínio castelhano, tendo sido mais tarde confirmada por D. João IV. Mais uma vez se fez sentir a necessidade de novas ordenações que representassem a expressão coordenada do direito vigente. A obra ficou pronta ainda no tempo de Filipe I, que a sancionou em 1595, mas só foi definitivamente mandada observar, após a sua impressão em 1603, quando já reinava Filipe II.

⁹ BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do império. Secretaria de Estado dos Negócios do Império, Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1850.

10 BRASIL Constituição República Federativa do Brasil de 1891. Disponível <www.planalto.gov.br>. Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 29 - Legislar sobre terras e minas de propriedade da União.

11 BRASIL Código Civil de 1916. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Art. 554 - O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam. Art. 555. - O proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.

12 BRASIL Decreto nº. 3179, de 21 de setembro de 1999. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de setembro de 1999.

13 BRASIL Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de julho de 2000.

14 BRASIL Medida Provisória nº 2186-16, de 23 de agosto de 2001. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de agosto de 2001.

15 BRASIL Lei nº 11105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de março de 2005.

16 BRASIL Lei nº 11284, de 02 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 de março de 2006.

17 BRASIL Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regu-

larização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de junho de 2009.

18 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Professor de Deontologia Jurídica e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito de Campos. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil - Conselho Seccional de Minas Gerais.

19 BRASIL Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 10ª. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

20 . Lei nº 6938, 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de agosto de 1981.

O CRIME É ILUSÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RISCOS E BENEFÍCIOS DAS PRÁTICAS CRIMINOSAS¹

Carlos Magalhães²

RESUMO: A partir da análise qualitativa de entrevistas em profundidade realizadas com pessoas presas em decorrência da prática de algum crime, o artigo investiga o modo pelo qual os próprios entrevistados fazem ou não referência à racionalidade, ao planejamento e à identificação de custos e benefícios relacionados às práticas criminosas. Constatou-se que aproximadamente metade dos 55 entrevistados falou sobre planejamento das ações e mencionou a incidência de custos e benefícios em suas ações. Mas não seria apropriado afirmar que os entrevistados têm uma visão estratégica de sua atividade e que avaliam cuidadosamente os custos e benefícios inerentes à conduta criminosa. Observou-se que, em momento algum, fizeram uma análise de sua própria ação tomando a ideia de "escolha racional ótima" como um pressuposto interpretativo. Concluiu-se que algumas análises que tomam a racionalidade como um princípio metodológico de interpretação da ação se equivocam quando supõem a existência de uma separação nítida entre o "antes" e o "depois" da opção pelo crime. Em seus relatos, os entrevistados partiram do pressuposto de que a decisão pela ação criminosa já estava tomada e, a partir dessa decisão, consideraram os riscos e benefícios do crime, em grande medida, como inevitáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Crime; racionalidade; custos; benefícios; escolha.

ÁREA DE INTERESSE: Criminologia; Sociologia Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A criminologia e a sociologia do crime discutem se a ação criminosa é resultado de uma determinação (que pode ser biológica ou sociocultural) ou se é resultado da livre escolha do agente. No caso de o crime ser resultado da escolha, discute-se a possível racionalidade da opção e a ocorrência ou não de cálculo de custos e benefícios. As abordagens mais próximas dos estudos econômicos apresentariam um resultado artificial, na medida em que os agentes são entendidos como conhecedores de todas as informações relativas ao ambiente da ação. As pesquisas que se baseiam em entrevistas semi-estruturadas e em profundidade com criminosos (nas ruas ou na prisão) contribuíram para relativizar a ideia de cálculo racional (Cf. LETKEMANN, 1973; TUNNELL, 1992; WRIGHT & DECKER, 1994; 1997; CROMWELL, 1999). Um modelo "informal" de escolha racional (Cf. CLARKE e FELSON, 2004) seria mais apropriado para a compreensão de escolhas e decisões que ocorrem em condições de falta de informações e de condicionamentos cognitivos específicos. De fato, não é possível, especialmente no caso de criminosos que agem nas ruas e em condições precárias, o conhecimento de todas as informações necessárias para uma decisão racional. Além disso, mesmo quando têm consciência dos riscos, os criminosos podem usar certos recursos cognitivos de neutralização da percepção dos custos associados à prática do crime (Cf. TUNNELL, 1992;

WRIGHT & DECKER, 1994; 1997).

Neste artigo, vamos analisar as falas de pessoas que se encontravam presas pela prática de algum crime e que passaram por entrevistas em profundidade cujas perguntas tinham como objetivo verificar os tipos de percepção relacionados aos possíveis riscos e benefícios da atividade criminosa³. Procuramos verificar como reagem às perguntas e se constroem ou não narrativas que tentam dar conta de questões como planejamento, estratégia e compensação. Isto significa que pretendemos verificar se e como os próprios entrevistados usam a noção de racionalidade na elaboração de seus relatos sobre as atividades criminosas. A racionalidade e as noções associadas de planejamento, riscos e benefícios do crime podem ou não estar presentes nos relatos elaborados pelos entrevistados. Pretendemos verificar se estão presentes e como essas noções são usadas na elaboração dos relatos. Isto é, não usamos a noção de racionalidade como um pressuposto analítico para determinar se as ações são ou não racionais (cf. GARFINKEL, 1967).

Vale lembrar que, de acordo com a natureza dos dados que utilizamos, só podemos avaliar a percepção dos entrevistados sobre o tema. Não temos a pretensão de chegar a alguma conclusão objetiva sobre a existência ou inexistência de ações criminosas estratégicas na realidade. Nosso interesse nessa questão está ligado ao fato de que, ao serem acusados, os agentes de práticas

criminais são frequentemente rotulados a partir da presença ou ausência de racionalidade e planejamento em suas ações. Podem ser vistos como pessoas que agem por impulso ou como pessoas capazes de executar ações mais elaboradas e planejadas. Nosso objetivo é verificar como os próprios agentes de práticas criminais elaboram essas questões em suas entrevistas.

Dos 55 entrevistados, metade falou sobre planejamento ou demonstrou em suas falas algum tipo de preocupação com os custos, benefícios e compensações da atividade criminosa. A outra metade não apresentou nenhum tipo de consideração sobre esse tema. Todos foram perguntados sobre o tema, mas muitos simplesmente não demonstram interesse no assunto. O fato de terem falado sobre planejamento não significa necessariamente que agiram de forma estratégica. Significa apenas, na maior parte das vezes, que tinham algum tipo de consciência dos riscos que estavam correndo enquanto agiam e que foram capazes de tratar desse assunto de forma mais ou menos consistente nas entrevistas. São poucos os casos em que os relatos elaboram a percepção de algum tipo de estratégia consciente.

2 O RISCO INERENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA

Mesmo quando a questão dos riscos e benefícios do crime é levada em conta pelos entrevistados, parece ser pensada de acordo com uma constatação anterior de que a opção pela vida de crimes envolve riscos dos quais não seria possível escapar. Essa constatação funciona como um pressuposto interpretativo que orienta e dá sentido aos relatos dos entrevistados. A partir do momento em que alguém se encontra “nessa vida do crime”, deve aceitar a sua lógica própria, diriam os nossos entrevistados. O fato é que mesmo quando a consciência sobre o risco existe, e mesmo que as precauções estejam mais ou menos presentes, existe uma percepção de que em algum ponto de uma vida de crimes alguma coisa não só pode como vai dar errado e, que, com o passar do tempo, a probabilidade de um fracasso torna-se cada vez maior. Os períodos de sucesso são percebidos e identificados, mas sempre está presente a noção de que aquele sucesso pode acabar a qualquer momento. Obviamente não podemos separar essa percepção do fato de que entrevistamos criminosos presos. É uma percepção que não se separa da experiência do encarceramento.

Esse tipo de constatação é apresentado de forma fatalista, como se fosse parte da natureza das coisas. É interessante notar que alguns entrevistados disseram que ao abordar a vítima anunciavam: “perdeu, perdeu, entrega tudo”. Com a palavra “perdeu” pretendem informar à vítima que daquela vez ela está em desvantagem e que não pode fazer nada contra a situação. Informam à vítima que ela não deve reagir, pois já perdeu. A reação só poderia aumentar a perda que já teria acontecido. A vítima seria, assim,

instada a aceitar o roubo, por exemplo, como um fato consumado. A vítima pode sentir dificuldade em aceitar a perda – e esboçar alguma reação – pois não está familiarizada com a condição de vida em que o momento do ganho e o momento da perda se alternam com frequência e de uma maneira relativamente aleatória. Talvez por esse motivo, os autores do roubo, como mostram Wright e Decker (1994; 1997), procurem amedrontar a vítima, de modo que ela se convença da “seriedade” da situação.

É curioso notar que a mesma palavra – perda – é usada pelos entrevistados para descrever o momento em que são detidos pela polícia. Nessa ocasião é o criminoso que se vê em desvantagem e sem saída. Dessa vez foi ele que perdeu. As formas pelas quais as duas situações são descritas nos levam a crer na existência de uma concepção de que a vida de crimes envolve o ganho e a perda, a vantagem e a desvantagem. Quem é “do crime”, com dizem, deve estar preparado para as duas situações porque elas acabam acontecendo mais cedo ou mais tarde. Mesmo aqueles que entendem que é preciso tomar certos cuidados acreditam que não é possível controlar todas as variáveis e que a atividade em que estão envolvidos apresenta certos riscos inevitáveis. As expressões de arrependimento pelo envolvimento com o crime, provocadas especialmente pela experiência da prisão, são razoavelmente frequentes, mas o arrependimento diz respeito ao envolvimento de um modo geral e é acompanhado de expressões como: “o crime é ilusão” ou “o crime já não é o mesmo de antes”. Os entrevistados não se arrependem por não terem tomado mais cuidado em uma ocasião específica. Normalmente pensam que tomaram o cuidado possível. A percepção é de que, ao se envolver com o crime, estão correndo o risco de perder, e esta perda acontecerá mais cedo ou mais tarde. Arrependem-se, na cadeia, da opção pelo crime, que seria uma ilusão.

Sandro narra a sua trajetória destacando a incerteza em relação ao resultado das ações.

Com 15 ano já tava roubando. Roubava, é..., pagamento, pagamento de firma, entendeu? Pra usá droga. Alguém contava e a gente ia lá e metia a fita. A gente arrumava informação e tal. Aí costuma dá certo e costuma dá errado, costuma cê entrá em cana fragado, é embaçado.

O crime pode dar certo ou pode dar errado. O risco é visto como uma parte inseparável da atividade. Perguntado se pensava, antes da ação, na possibilidade de alguma coisa “dar errado”, respondeu: “Ah, isso aí com certeza, né? Mas tinha que fazer alguma coisa, né?” Sandro pensava que podia dar errado, mas isso não era motivo para deixar de praticar o crime, pois “tinha que fa-

zer alguma coisa". Neste caso, podemos notar a presença de uma pressuposição que ordena a percepção e o relato sobre os riscos. Dado que "é preciso fazer alguma coisa", os riscos, se percebidos, deverão ser assumidos e administrados até onde for possível.

Geraldo desenvolve argumentos interessantes que se colocam entre uma concepção mais fatalista que considera o risco como um aspecto intrínseco à atividade e uma concepção que envolve a preocupação com o risco desnecessário e a tomada de certos cuidados. "Nesse assalto que eu tô nele [pelo qual foi condenado] eu assaltei um taxista, tentei roubar o carro dele e ele reagiu, aí eu dei nele um tiro ainda". Perguntado sobre por que tentou roubar um taxista, responde:

Porque foi o único que passou na hora. Pra te falar procê a verdade, eu queria o carro dele, só precisava do carro. Porque com o carro eu roubaria outras coisa. Entendeu? Ia usar simplesmente o carro. É o que nós chama no crime 'pra avião'. Aí depois eu ia roubar uma joalheria.

Sobre a preparação do roubo à joalheria, diz:

O crime é o seguinte, aqui, ó, vão supô assim, a gente vai roubar, ocê tem que ir lá, olhar como é que é, assim, se eu fosse saí daqui eu ia roubar uma joalheria que tem numa cidade aí. Nem eu não moro lá. Minha mulher mora, minha ex-mulher. Só que é o seguinte: Cê olha direitinho, como que é a joalheria, o que que vai ter lá dentro, se vai compensá ocê roubá, mais ocê tem que roubar ou um carro ou uma moto com antecedência, entendeu? Leva, troca a praca, que chama cronagem, que eles falam. Porque aí cê troca a praca que cê vai andá normal com o carro. Então tudo isso é estudado. E tem outra coisa também é, vamo supô, eu vou lá no local que nós vamos roubar, eu estudo a fita, que nós chama de fita. Aí cada um depois vai dar a sua ideia, como que vai ser pêgo a parada. Como que vai fugir: Qual parada que vai pegá, se nós pega ela abrindo, se nós pega ela fechando, se nós pega no meio do dia. Cada um vai jogá uma ideia, cada um vai ter uma visão.

Neste caso fica evidente a existência de um "conhecimento" que seria colocado em prática no momento do planejamento do crime e é reproduzido no relato. Ao mesmo tempo, é claro que o planejamento é sempre precário, pois não é possível controlar

todas as variáveis que podem intervir. Em algumas situações, a urgência pode fazer com que todo o conhecimento seja deixado de lado e o risco maior seja assumido. O roubo do táxi, mencionado por Sandro, seria uma dessas situações. Como disse o entrevistado, "foi o único que passou na hora". Mais uma vez, do ponto de vista do agente, a *necessidade* é o pressuposto que dá sentido ao relato de porque assumiu um risco muito grande. Dado que o planejamento é sempre precário e considerando o fato de que às vezes é preciso agir com urgência, a chance de fracasso está sempre presente. Ao mesmo tempo em que a opção pelo risco excessivo e o conseqüente fracasso são explicados, ou ganham sentido, a partir do pressuposto de, em alguns casos, "é preciso fazer alguma coisa", independente dos custos envolvidos.

Geraldo explica que deixava de assaltar quando tinha dinheiro. Estaria correndo um risco desnecessário de ser preso. O seu raciocínio demonstra que considera a possibilidade de "perder", de ser preso, como algo que faz parte necessariamente da atividade criminosa. A partir do momento em que está no crime, não tem como anular completamente o risco. Muitos entrevistados demonstraram conviver com essa ideia com certa tranquilidade. Mais um trecho da entrevista do Geraldo:

Se eu tiver com dinheiro na mão eu não assalto não. Porque senão você vai correr o risco, vamo supor assim, você vai assaltar um camarada ali, você pega 150 mil numa joalheria, tá eu e mais um, pega 150 mil na joalheria, aí eu sei que dá 75 mil pra cada um. Sempre nós troca em droga, em arma, essas parada, mas dá pra virá um dinheiro. Aí eu vou correr o risco de buscar mais 30 mil, dá 15 mil pra cada um, aí o que que acontece? Nós pode perder, pode ir pra cadeia.

Geraldo resume bem a perspectiva segundo a qual, mesmo quando se tem algum cuidado ou planejamento, existe um risco fundamental, intrínseco à atividade, do qual não se pode afastar. Em relação a esse risco fundamental nada pode ser feito. É preciso contar com a sorte.

Apesar de já ter furtado em supermercado, Warley diz que o seu "negócio não é furto, meu negócio é mais mexer com a droga. Meu negócio é mais tráfico. Só tive passage pelas polícia, ida e volta, né, na delegacia, mas condenação mesmo foi aqui. Tô condenado a seis ano no 12". Afirma que gosta da "gandaia", mas que também investiu comprando lotes e casas. O investimento, de acordo com Warley, é necessário porque a vida de traficante é incerta. Pode estar muito bem em um momento e logo em seguida pode estar na cadeia.

Meu negócio é gandaia, mas também investi, porque a gente que tá no crime tem que investi. Na balada, zôa pra tudo que é lugar, ir na boate. Toma uns doce, uns comprimido, loucura e zôa. Mas também pensando na frente. Comprá uns lote, umas casa, o negócio é investi, porque quem tá no tráfico pode tá num momento igual aqui tô eu, né? É porque hoje cê pode tá no alto, mas amanhã pode tá aqui no sufoco. Então se ocê investi o que que acontece? Você não vai perder o investimento, porque tá lá alugado, alguma coisa assim.

Apresenta-se a ideia de que por melhor que esteja em certo momento, a pessoa envolvida com o crime pode "perder" e enfrentar dificuldades. A possibilidade de ser preso é apresentada como algo que faz parte da atividade e não rende maiores elaborações. Ao mesmo tempo, a prisão, na fala de Warley, é vista como um "momento", um período que vai terminar mais cedo ou mais tarde. Como fez os seus investimentos, espera encontrar uma situação minimamente estruturada quando sair.

3 PRECAUÇÕES, PLANEJAMENTO E FRACASSO

As afirmações que apontam mais diretamente para a existência de algum tipo de cuidado são como a de Sidney: "Comecei com arrombamentos de casas, pela facilidade e falta de segurança". Uns poucos, especialmente assaltantes de bancos ou estabelecimentos comerciais maiores, disseram fazer algum planejamento mais detalhado. Na prática, o que acontece com frequência no caso de roubos a estabelecimentos comerciais, de acordo com os entrevistados, é que as informações vêm de algum funcionário. Além disso, com exceção do assalto a banco, não há muita justificativa para planejamentos muito longos. A maioria dos criminosos age nos momentos em que estão sem dinheiro e não teriam, portanto, condições de planejar. Na maior parte das vezes, há um planejamento mínimo. Mas há casos em que não existe planejamento algum.

Olívio utilizava uma técnica para invadir casas e roubar: "É o seguinte, cê passa de manhã na rua, cê escolhe um bairro nobre, bate campainha. Insiste na campainha. Ninguém atendeu não, cê cai pra dentro." Quanto aos dispositivos de segurança, disse não ser problema:

Alarme não é problema não. Eu monto e desmonto qualquer um. O problema é você não dar de cara com a vítima. Eu tenho que resguardar a vítima, porque seu eu agredir a vítima ou qualquer coisa o juiz vai me dar a pena com agravante.

O problema é encontrar a vítima, daí o cuidado de verificar antes se a casa está vazia. É curioso esse raciocínio. A possibilidade da prisão não é apresentada como algo que intimida, mas o entrevistado se preocupa em não agredir a vítima para que sua pena, em caso de prisão e condenação, não seja agravada. O fato é que a possibilidade da prisão representa o risco já assumido, inseparável da atividade. No entanto, alguns cuidados podem ser tomados para que, no caso de um fracasso, a pena não seja aumentada. Um elemento que ajuda a compreender esse aparente paradoxo é a sempre presente preocupação dos presos com a progressão do regime. Na verdade, pelo que foi possível observar nas entrevistas e conversas informais, os presos não pensam em suas penas pela quantidade total. Pensam sempre no mínimo que deverá ser cumprido para que sejam alcançados os benefícios que, em vez de resultado de merecimento, são vistos como uma espécie de "direito adquirido". Tanto é assim que uma das principais reclamações ouvidas nas entrevistas é a de que a pena já se estendeu além do tempo em que deveria ser concedido o primeiro benefício. Nesses casos, os presos costumam desenvolver verdadeiras teorias sobre a não concessão. Uns acham que o benefício está travado porque a vítima era uma autoridade, outros acham que é perseguição da polícia ou dos agentes penitenciários. De uma forma ou de outra, estão sempre elaborando as razões que explicariam a não concessão do benefício no tempo esperado.

É também curioso o fato, evidente nas entrevistas gravadas e nas conversas informais, de que boa parte dos presos não gozou totalmente do benefício obtido. Não são poucos os presos que depois de um tempo, que pode variar de meses a dias, voltam à prisão, como dizem, "recapturados". Não temos dados quantitativos sobre essa realidade, mas a impressão formada a partir das entrevistas e conversas informais é de que boa parte dos presos acaba se acostumando com uma rotina de entradas e saídas, mais ou menos espaçadas, da cadeia.

Podemos concluir a partir não só da fala de Olívio, como também de conversas informais durante o trabalho de campo, que muitos entrevistados consideram as temporadas na prisão como uma parte "normal" e "natural" de suas experiências de vida. As pessoas que levam uma vida convencional têm dificuldade de compreender essa realidade. Os presos, no entanto, parecem considerar que "ser do crime" ou "entrar para o crime" é uma situação que envolve inevitavelmente a experiência do encarceramento. As expressões de arrependimento que são ouvidas com frequência estão relacionadas, muitas vezes, à "comprovação" ou documentação reflexiva (cf. GARFINKEL, 1967; HERITAGE, 1984) da ideia de que "ser do crime" significa passar pela prisão mais cedo ou mais tarde e mais ou menos vezes. As falas que mencionam a noção de que o crime não compensa ocorrem sempre dentro do

contexto da experiência do encarceramento.

Mas a prisão não provoca apenas expressões de arrependimento. Provoca também expressões de satisfação, por mais estranha que essa ideia possa parecer aos membros convencionais da sociedade. O tempo de prisão pode ser narrado como um período de descanso, de calma em comparação com a "correria" da vida do lado de fora. Não foram poucos os que se referiram à prisão como o lugar em que se viram protegidos da possibilidade de estarem mortos ou aleijados, caso continuassem na vida de crimes. Alguns disseram que foram presos porque foi essa a maneira encontrada por Deus para protegê-los. Muito provavelmente, esse discurso sobre o "lado bom" da prisão só ocorre ao entrevistado quando ele está efetivamente preso. Não sabemos se os criminosos que estão na rua pensam conscientemente nas "vantagens" de estar na cadeia. Mas no momento em que se encontram presos, talvez até para amenizar a frustração, muitos desenvolvem essas ideias que tratam das vantagens de estar encarcerado.

4 NOÇÕES DE AÇÃO ESTRATÉGICA

Fabrcio foi um dos que elaborou em sua entrevista uma noção de ação estratégica.

A gente róba sempre no lugar mais movimentado. Só no centro da cidade. Na Afonso Pena. É muito mais fácil roubar no centro, sô. Pelo seguinte: o policial no centro ele só prende quem ele vê correndo, ele não prende quem ele vê andando não. Ele pega a pessoa muito pela roupa. Se você róba com uma blusa tira a blusa e coloca dentro da bolsa e sai com outra não tem porque ele te parar. Vai andando calmo no centro... nós sempre roubamos muito bem vestidos então eles nunca deu como suspeita. Achava que era office boy, alguma coisa, andando no centro da cidade. A gente no centro, robô, entrô no meio do povo, rapidim entrou dentro do carro. Pra casa. Tem problema nenhum. Tanto que eu rodei, fui preso num lugar que não é tão movimentado. O pessoal acha que roubar no centro é mais difícil, mas é mais fácil.

O entrevistado é capaz de elaborar um relato que apresenta o "conhecimento" relativo à situação em que age. No entanto, o conhecimento, ainda que exista e seja relatado, pode não ser utilizado em algum tipo de planejamento. Tanto que, apesar do "conhecimento", o entrevistado praticou o roubo em um lugar que ele mesmo considerava inadequado e foi preso, "rodou", nessa ocasião. Nesse caso, é possível perceber uma separação entre o rela-

to retrospectivo sobre ações e o que acontece de fato no momento da ação. O fato é que a consciência dos riscos não significa necessariamente dissuasão. Mesmo tendo consciência dos riscos, muitos entrevistados, ainda assim, agiram. Como já foi constatado em outras pesquisas (Cf. WIRGHT & DECKER, 1994; 1997), os criminosos, mesmo quando têm consciência dos riscos que estão correndo, parecem interromper esse tipo de pensamento a partir do momento em que decidem agir. Alguns chegam a dizer que o pensamento sobre o risco pode ser negativo e atrair a má sorte. O fato é que os criminosos apresentam uma compreensão bastante evidente do fato de que, por mais racionais que possam ser, essa racionalidade é severamente limitada pela falta de informações relativas ao contexto da ação. Por mais que avaliem a situação e considerem os custos e benefícios, a partir do momento em que começam a agir o inesperado pode acontecer. A vítima pode reagir, o estabelecimento comercial pode ter seguranças armados e até mesmo a polícia pode passar no exato momento em que o crime está em curso.

A suposição de que pensar no risco pode ser perigoso aparece na fala de Olívio. O entrevistado conta a seguinte história:

Nós fomos fazer o assalto, aí foi o seguinte, na hora lá nubrô, a polícia passô muito na área, aí o camarada que tava com a gente foi e cabrerô, ele cabrerô, eu falei 'cê fica cabrêro eu já num vô na fita porque se não vai matá os outro, certo?' Não vão mais, por causa disso aí nós não vamo mais. Aí fomo e voltamo.

Nesse caso, o medo da polícia teria feito um dos participantes do assalto ficar desconfiado e temeroso. O entrevistado desistiu da ação porque pensou que o medo poderia fazer com que atrasassem em alguma vítima durante o roubo. Mais uma vez, aparece a preocupação com a vítima na medida em que a agressão pode significar o aumento da pena. Na verdade, o pequeno trecho acima faz parte de uma entrevista longa e confusa em que o entrevistado narra a história da tentativa de assalto abortada, que acabou resultando em um sequestro mal sucedido. De acordo com o entrevistado, ao abandonarem o local do assalto, encontram uma mulher e tomaram a decisão de sequestrá-la. A mulher era filha de um policial militar e, no final das contas, todo o grupo foi preso. O entrevistado procura narrar uma sequência de desacertos que terminou com a sua prisão. O entendimento da sequência desastrada foi construído a partir da ideia inicial de que o medo sentido pelo companheiro era um indício de que as coisas não caminhavam bem.

Fabrcio, especialista em roubos a casas lotéricas, quando

perguntado sobre o uso do dinheiro roubado, demonstrou não ter se preocupado em guardar. Disse que poderia ter uma boa situação se tivesse guardado dinheiro, já que teria chegado a obter R\$ 15.000,00 em um único assalto.

Alguma coisa a gente sempre guarda, mas não é nem a metade do que eu consegui, né? Se eu tivesse guardado mais um pouco teria muito dinheiro, porque eu tava roubando era toda semana. Várias lotéricas por semana. Acho que eu não subo aproveitar, né."

Fabrizio constata, da forma pragmática que lhe é peculiar, que é fácil gastar dinheiro. "Gastá é fácil, achar amigo pra gastá é fácil. Vai aí de uma cidade pra outra. Duzentos, trezentos reais de táxi, é fácil. É interessante a maneira pragmática e direta como conclui seu raciocínio ao dizer: "Acho que eu não subo aproveitar, né"? Vale lembrar que esse entrevistado é o mesmo que disse de forma tão direta e sem subterfúgios que "droga, sair pro show, mulher, droga, bebida, farinha, roupa, celular, arma, relógio, moto, carro. "É isso aí que leva a gente a roubar, né"? A objetividade do relato apresentado por esse entrevistado nos mostra que até as agressões praticadas pela polícia podem ser percebidas como parte do jogo. De acordo com o entrevistado, em uma das vezes em que foi preso apanhou durante "uns 10 a 20 minutos porque eles queriam que eu falasse onde estavam os outros, mas eu não sabia e mesmo se soubesse não ia falar de jeito nenhum".

Bruno, um estudante universitário, fala sobre os cuidados que tomava para não ser preso:

O que que eu pensava? Pensava que quanto mais eu terceirizasse o negócio, menor seria o risco de eu cair. E eu tomava o maior cuidado com grampo telefônico, não conversava muito no telefone. Quando eu passei informação pro cara eu passei pessoalmente, só que quando ele foi repassar isso, falou pelo telefone, falou de produto de roubo pelo telefone. Quer dizer, eu achava que eu jamais ia chegar nisso.

Esse entrevistado é um caso à parte porque não participava diretamente dos roubos, apenas passava a informação sobre os dias em que o caixa da empresa estava cheio, nas vésperas de pagamento de funcionários. Talvez por esse motivo, por não conviver de perto com outros criminosos, não tenha adquirido a percepção de que a prisão é uma possibilidade muito real que acaba acontecendo, mais cedo ou mais tarde. Durante a entrevista, esse preso se mostrou perplexo com a situação que estava vivendo. Es-

tar na prisão não era, de modo algum, uma experiência pela qual ele imaginou passar. No entanto, fez questão de mencionar várias vezes que o tratamento que estava recebendo dos demais presos era muito bom, que todos o apoiavam. Sempre que mencionava esse fato, procurava complementar dizendo que as pessoas "lá fora" têm uma visão distorcida sobre o ambiente carcerário.

5 AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO

Alberto nos apresenta uma narrativa em que não ocorre quase nenhuma menção a planejamento. O entrevistado afirma que escolheu assaltar uma mercearia porque assim poderia levar, além do dinheiro, alguns mantimentos.

Foi de momento. A gente tava indo pra pegar o que aparecesse, né? Aí derrepente surgiu aquela mercearia, naquela hora, naquele momento, o dono tava abrindo, tava mais fácil, tava mais prático, não tinha quase nada de movimento na rua aí só o dono que tava naquele momento abrindo o estabelecimento, foi isso. Aí decidi ali naquele momento e mais rápido. Porque quanto mais rápido, melhor seria, pra gente fugir, pra gente ir embora.

Embora não tenha falado de planejamento, podemos notar que o entrevistado elabora em seu relato um sentido de oportunidade. Os elementos que teriam atraído a sua atenção foram: o fato de a mercearia estar abrindo, o que indicaria o despreparo da vítima para reagir, o fato de o proprietário estar sozinho, a possibilidade de encontrar mantimentos e a facilidade de fuga. A possibilidade de encontrar mantimentos estaria ligada à falta de comida em casa, já que a citada mercearia ficava em um local relativamente próximo da residência do entrevistado.

Curiosamente, na sequência da entrevista, descobrimos que os assaltantes se equivocaram completamente. O comerciante não só estava preparado, como tinha um segurança armado dentro de seu estabelecimento. Com isso, houve troca de tiros entre os assaltantes e o segurança, a polícia chegou rapidamente e, no final das contas, Alberto foi preso em flagrante. Esse tipo de situação é mencionado com frequência nos relatos dos entrevistados. Boa parte dos presos já foi flagrada pela polícia. Esse tipo de ocorrência acaba por corroborar e documentar os relatos que elaboraram a percepção de que a ação criminosa é fundamentalmente arriscada e que é preciso contar com a sorte para não "rodar".

Cláudio conta que a ideia do primeiro assalto surgiu de repente. Decidiram assaltar uma casa lotérica porque pensaram que haveria dinheiro. "Primeiro assalto? Foi uma casa lotérica. Não tava planejado não. Sáfmos mesmo, com as armas, né? Eu com uma

arma e o colega com a outra e falamos: 'Ah, vamo assaltá, a casa lotérica deve ter o dinheiro'. Perguntado se pensou sobre o risco de ser preso, disse: "Na época não. Que eu fui até preso na época, né? Não tinha muita maldade, né?" É interessante ressaltar o trecho: "a casa lotérica deve ter dinheiro". As casas lotéricas são, sem dúvida, alvos bastante visados. Trabalham com dinheiro vivo, recebem pagamentos de contas de água, luz, telefone e carnês diversos. A segurança é precária. O entrevistado demonstra ter se sentido atraído pela possibilidade de encontrar dinheiro fácil. Acabou preso nessa tentativa de assalto, pois, como disse, "não tinha maldade".

Leandro contou que não olhava se tinha polícia e não escolhia o momento para fazer o roubo, pois agia "cheio de cerveja na mente". Informou que só olhava se tinha polícia dentro do ônibus, "quer dizer, a Polícia Militar dá pra olhar, né? A Civil não dá, né? Porque eles usam roupa normal, né?" Trata-se de uma situação típica vivida por jovens que bebem, usam drogas e assaltam motivados pelo desejo intenso de conseguir qualquer quantidade de dinheiro para continuar bebendo e usando drogas. Como conta, só olhava se havia polícia dentro do ônibus que pretendia roubar, isto é, não olhava nas imediações, na rua, em algum lugar em que o motorista pudesse parar o ônibus e entregá-lo. O próprio entrevistado ressalta que só dava para saber quando havia policiais militares, pois os civis não usam farda. Diante desse fato, mostra-se resignado. Já que não é possível saber, será preciso praticar o roubo sem essa informação, correndo o risco. A falta de cuidado seria provocada, de acordo com o relato do entrevistado, pela cerveja. A menção à cerveja pode ser vista como justificativa posterior e como técnica de neutralização da percepção do risco no momento da ação. Como justificativa, o entrevistado usa a cerveja para explicar, para si mesmo e para os outros, o porquê de não ter tomado certos cuidados indispensáveis. Como neutralização, como mostra Tunnel (1992), é comum a situação em que alguém que pretende praticar um crime faz uso de bebidas ou drogas para anular a própria percepção dos perigos da ação.

Quanto aos roubos, Leandro afirma que

não é uma coisa boa não, né? Mas eu fazia por necessidade. Na hora ocê treme. Depois eu pensava no que eu fiz. No outro dia eu ficava pensando no trem. Nem queria sair na rua. Até que nesse último aí que eu fui preso, foi Deus mesmo que me pôs aqui dentro pra eu parar com esses trem.

Leandro está entre aqueles que consideram a prática frequente do crime como uma espécie de vício, que não traz prazer, mas que é difícil de abandonar. A prisão não deixa de ser, de acordo com o

seu relato, uma forma de se livrar, ainda que temporariamente, desse comportamento. Temos aqui um relato peculiar no qual o entrevistado conta que em vez de se sentir desestimulado para a prática do crime pelo medo da prisão, entende como positivo o fato de estar preso, pois assim não continuará praticando crimes.

Júlio não pretende voltar a praticar crimes, pois acredita que o crime não compensa. O entrevistado afirmou que o dinheiro ganho com o crime é perdido facilmente. Como vários outros, parece acreditar que o que vem de uma forma "errada" não permanece.

Não, pretendo não [voltar a praticar crimes]. Vi que cê pode até adquirir dinheiro nessa vida, mas com uma mão cê pega e com a outra vai. Você pode ficar 10 ano na rua roubando. Um dia ou outro vai dar errado. Cê vai dançá. O dinheiro todo que cê tem vai embora.

De certa maneira, tanto esse último entrevistado como o anterior, carregam uma espécie de culpa pelo que fazem, carregam um sentimento de que o crime é algo errado, e por isso pensam que, no final das contas, vão sair perdendo e que o crime não compensa. É possível perceber que enquanto uns acreditam que o fracasso é simplesmente uma parte inerente à atividade criminosa, outros enxergam no fracasso um sentido moral. De acordo com a interpretação de alguns dos entrevistados, o criminoso fracassaria sempre porque a atividade que ele pratica é moralmente errada. Outro aspecto importante relacionado à crença de que "o que vem fácil, vai fácil" é o fato de que essa situação pode, em muitos casos, corresponder ao estilo de vida mantido pelos entrevistados. Quando se vive a maior parte do tempo em uma espécie de festa (com bebidas, drogas, mulheres, viagens de táxi) que não termina nunca, qualquer quantidade de dinheiro acabará rapidamente. Como a manutenção desse estilo de vida é o principal objetivo de muitos entrevistados, a sua escolha não é colocada em questão. Em vez disso, desenvolvem a suposição de que "naturalmente" o que é conseguido facilmente é perdido com a mesma facilidade (cf. WRIGHT & DECKER, 1994, 1997).

6 EXPRESSÕES DE ARREPENDIMENTO

Como entrevistamos presos, naturalmente obtivemos muitas expressões de arrependimento e desilusão. Nesses casos é evidente que as considerações sobre o risco são posteriores ao ato. De acordo com Eliezer,

depois que acontece que a gente vai pensar no que fez. Igual eu, não imaginaria que estaria preso. Depois de 20 minutos eu pensei: 'o que que eu fiz da

minha vida?' Porque na hora que cê chega no lugar cê tá naquela adrenalina. Depois, no outro dia, que cê pensa no que fez.

É interessante destacar nessa fala o uso da palavra "adrenalina", que tem entre os entrevistados o sentido de excitação emocional, de exaltação. A palavra pode aparecer tanto em um sentido positivo como negativo. A adrenalina é uma coisa boa quando está ligada ao prazer, à aventura, à demonstração de coragem. Mas é uma coisa negativa quando está ligada ao medo, ao nervosismo. De uma forma ou de outra, conforme os relatos, um dos resultados da presença da adrenalina é uma visão centrada no presente imediato que não avalia os riscos envolvidos na situação. Da mesma forma que o álcool e as drogas, a menção à adrenalina estaria ligada tanto à justificativa de uma ação em que não foram tomados os devidos cuidados, como à neutralização da percepção dos riscos existentes. Nesse último aspecto, como mostra Tunnel (1992), nas conversas e nos preparativos que antecedem a ação, pode ocorrer uma antecipação mental dos resultados positivos, que funcionaria como uma espécie de ritual de encorajamento mútuo. As conversas preparatórias seriam assim, para usar a expressão de um dos entrevistados, "adrenalizantes" ou, como diria Tunnel (1992), neutralizadoras das sensações de perigo.

Outros entrevistados, quando falam sobre os possíveis benefícios do crime, elaboram uma percepção desalentada, como no caso de Teodoro, que disse:

O caminho do 157 [assaltante] é só ou ele morre ou cadeia. Já ouviu falar de algum 157 que ganhou 500 mil Real? De 157 que tem fazenda, sítio? Tem nada. Não ganha nada não. Quando o cara assalta ele tá arriscando a vida. Hoje em dia não tá compensando é nada. Quem tá no crime tá perdendo é tempo.

Nesse caso, aparece a ideia de que o crime envolve apenas riscos e o sentimento de que no passado as coisas eram melhores. Essa idealização aparece com frequência nas entrevistas. Mais uma vez, vale ressaltar, que formulações como a do trecho citado devem ser compreendidas como simultaneamente constituídas e constituintes do estoque de suposições relativas aos benefícios e custos do crime existentes no ambiente carcerário. É nesse ambiente específico e nas conversas quase ininterruptas que nele se desenrolam que se elabora e se sustenta a percepção coletiva de que o crime não compensa. Por esse motivo, não podemos tratar essas concepções colhidas durante as entrevistas como concepções dos criminosos em geral. São concepções dos criminosos presos. É bastante provável que os criminosos que estão nas ruas

desenvolvam outras percepções.

André estava preso há 2 anos e 6 meses e disse já estar "com a cabeça feita. Não é igual antigamente. Antes eu era desnorreado. Para mim tudo era festa. Não tinha nada a perder. Agora eu quero construir a minha família, seguir a minha vida. Esse negócio de crime não presta não." Esse tipo de discurso é frequente. Depois da prisão, o crime não compensa. A fala de Fabiano expõe esse pensamento com nitidez. Perguntado se o crime compensa, responde: "O crime não compensou porque eu tô preso, né? Nem o dinheiro hoje me põe na rua, né?" Para quem está preso é óbvio que o crime não deu bons resultados. É interessante observar que muitos entrevistados apresentam essa ideia com pragmatismo. Ou seja, em nenhum momento expressaram a ideia que o crime poderia ser algo legalmente ou moralmente errado, mas apenas uma alternativa que "deu errado". As consequências negativas são percebidas como inerentes ao ato praticado e podem, inclusive, ser deduzidas pelo exame da situação. Não são percebidas como sanções correspondentes à quebra de uma regra ou lei (Cf. DURKHEIM, 1994: 67).

Quando estão cumprindo o período de pena, "pagando a cadeia", como dizem, entregam-se a essas elaborações de que o crime não vale a pena ou que não compensa. Já teria sido bom no passado, mas agora já não é mais. Essa suposição de que o crime já não é bom como foi no passado, provavelmente uma idealização, é resultante dos relatos trocados dentro da cadeia. De qualquer forma, é uma suposição frequente. Muitos entrevistados ressaltaram que o crime não compensa na atualidade, embora já tenha compensado no passado.

Sidney conta que vai tentar trabalhar com os cunhados, porque "o crime é ilusão".

Com fé em Deus eu vou ver se eu trabalho com o meu cunhado. Tenho um cunhado que é caminhoneiro e outro que é mestre de obra. Eles mesmo já falaram com a minha esposa que quando eu sair, se eu quiser, eles me arrumam um emprego. E depois que eu sair eu não mexo com vida do crime mais não. O crime é pura ilusão. Acaba com a vida ficando preso, né?

O crime é ilusão porque o resultado mais frequente é a prisão, relata o entrevistado. Dessa forma é ilusória a ideia de que seria possível ganhar dinheiro facilmente e em grande quantidade. Mas esse é um típico relato de alguém que está cumprindo pena. Ou seja, a suposição de que o crime é ilusão é construída e ganha sentido no ambiente da prisão. A prisão, neste caso, exerce um efeito dissuasório sobre quem já se encontra preso, pois no

ambiente carcerário se repetem os relatos que dizem e confirmam que o crime não compensa. Não podemos afirmar, no entanto, que a prisão tenha efeito dissuasório sobre quem não está preso, sobre os criminosos que estão nas ruas. Nesses casos, as suposições podem ser outras. São várias as técnicas de neutralização da percepção do risco (Tunnel, 1992). Uma delas é a crença, reportada com frequência, de que basta um grande acerto para que seja possível abandonar a alternativa do crime. As ações podem se repetir indefinidamente, mas cada uma delas pode ser vista como a última, "a boa". Da mesma forma como as suposições e crenças dos presos são construídas coletivamente, as suposições e crenças dos que estão nas ruas também o são. O contexto dá sentido aos relatos, em contextos diferentes os relatos serão diferentes. No caso da nossa pesquisa, o contexto é o processo de acusação e incriminação no qual os entrevistados estavam incursos.

Contra a suposição das teorias (WILSON, 1983; WILSON e HERRNSTEIN, 1985) que consideram que os custos do crime – em especial a aplicação rápida e certa de penas privativas de liberdade – têm efeito dissuasório, a percepção dos riscos, ao invés dissuadir o indivíduo das alternativas criminosas ou de levar a uma maior precaução na prática do crime, pode provocar, como é possível notar em alguns relatos, um raciocínio curioso relacionado ao fatalismo mencionado anteriormente. Alguns entrevistados disseram que os riscos existem tanto para os pequenos crimes, quanto para os grandes. Considerando que a opção pelo crime é entendida como dada e não discutível, seria preferível praticar os crimes maiores, pois se os riscos são os mesmos, os benefícios, podem ser mais significativos. Como disse Diney,

se eu me envolver de novo agora vou mexer com cascavel mesmo. Vou ficar roubando coletivo? A mesma condição que ele tem de pegar um táxi, um coletivo, pega um banco. Se for condenado, é a mesma cadeia, é a mesma adrenalina.

Nesse aspecto, a fala de Alisson é interessante. Seu entendimento é de que o crime de roubo é preferido por ter uma pena "pequena". Como os ladrões são, de acordo com o entrevistado, em sua maioria, viciados, buscam uma alternativa mais fácil. Na visão do entrevistado, o crime é um tipo de trabalho:

Tenho que trabalhar como qualquer um. Tem uns que trabalha no 12, igual outros que trabalha no 157, a cadeia do 157 é pequena, aí você vê que a maioria que você entrevista é 157. A maioria é 157. A maioria dos 157 é usuário de cocaína, de crack.

Diney afirma que a maioria dos presos na cadeia é "157", ou seja, a maioria é composta por ladrões. Supõe que seja assim porque "a cadeia do 157 é pequena" e, por esse motivo, muito seriam atraídos para essa atividade. Ao mesmo tempo afirma que "a maioria dos 157 é viciado em cocaína e crack", dando a entender que são pessoas que buscam alternativas mais fáceis e que não são disciplinados. Isto fica claro se compararmos a sua percepção sobre o comportamento dos ladrões com a sua afirmação de que não gasta o que ganha com drogas, bebidas e mulher porque isso seria "ganhar na foíce e perder no machado". Ou seja, ganhar com dificuldade e perder por indisciplina.

É interessante observar que a percepção apresentada pelo entrevistado de que a "cadeia do 157" é pequena está ligada ao fato de que muitos presos, como já foi mencionado, costumam calcular a pena já tomando como certo o benefício que poderia ou não ser conseguido no futuro, dependendo de uma série de fatores relacionados ao seu cumprimento. Dessa forma, a pena já é contada como se fosse de 1/3 do total. No caso do tráfico, por causa da Lei dos Crimes Hediondos, o benefício é muito mais difícil de ser conseguido.

Antes de ser preso por tráfico, Alisson foi detido algumas vezes por porte ilegal de arma. Numa certa ocasião, ficou preso. Tinha

um oitão e uma quadrada raspada. Se você for pego com um calibre pequeno, na cadeia mesmo lá, você entrando, a corrupção é grande por parte deles mesmo, aí você pagava um dinheiro e saía, só que porém a arma era raspada, e tava num dia que tava com um delegado que não era de conversa, aí eu tomei três anos de sursi.

Há dois aspectos interessantes a destacar nessa fala. Um deles é que a percepção que parece ter o entrevistado de que a prisão é algo que pode vir a ocorrer de forma mais ou menos fortuita. O entrevistado já havia sido detido várias vezes e tinha saído. Fato que corrobora a ideia apresentada anteriormente de que a prisão não significa uma experiência drástica de ruptura na vida de muitos criminosos, pois se aproximam dessa possibilidade gradativamente. Primeiro acompanham a experiência de vizinhos, conhecidos, colegas. Passam também por apreensões ainda quando menores de idade. Quando acontece, a prisão já é uma situação quase que aguardada. No caso do Alisson, aconteceu que o delegado que estava em serviço na ocasião em que permaneceu preso "não era de conversa". A percepção desse e de outros entrevistados é a de que esse tipo de acontecimento faz parte da atividade criminoso, pode ocorrer a qualquer momento. Naquela ocasião o entrevistado perdeu.

O segundo aspecto importante diz respeito a uma avaliação moral realizada pelo entrevistado quando afirma que aquele delegado “não era de conversa”. A própria expressão “não ser de conversa” envolve a noção de que o delegado não transige com a lei. Não faz parte de uma maioria que praticaria a corrupção.

Sandoval, estelionatário típico, conta que começou a sua “caminhada tortuosa no crime” quando recebeu – por causa de sua habilidade para imitar letras – a proposta de um amigo para falsificar um cheque. Com essa falsificação, descobriu que poderia ganhar dinheiro sem ter um emprego regular.

O amigo tinha sido mandado embora do emprego e tinha um cheque do acerto. Estava se sentindo injustiçado e queria se vingar da proprietária. Teve a ideia de alterar o cheque para sacar um valor maior.

Conheceu um senhor que teria sido, nas palavras do entrevistado,

um dos maiores estelionatários que Minas Gerais já teve. Comecei a ficar totalmente ligado com esse tipo de coisa. Porque era muito gostoso de trabalhar. Era muito bom entrar na loja, ser muito bem atendido e pagar com cartão de crédito clonado. Sentia prazer.

Sandoval conta que fazia compras que chegavam a 15 mil reais. Ficava com parte dos produtos e vendia alguns para conseguir dinheiro. A atividade dava prazer ao entrevistado, mas exigia alguma dedicação. Como ele disse, “é preciso ter uma rede de contatos para distribuir as mercadorias.” Aparentemente, começou a construir essa rede quando conheceu o já mencionado estelionatário mais velho, já “aposentado”.

De acordo com Sandoval, os parceiros o viam como alguém “muito peitudo”, que encarava tudo e chegava às lojas “como se fosse uma pessoa muito importante”. Comprava muito, com toda a tranquilidade. O entrevistado contou que tinha essa condição porque se preparava bem para a prática do crime: “Fazia uma reserva legal. Deixava um telefone preparado pra contato, essas coisas da sistemática do negócio”.

Perguntado se pensava sobre o risco de ser preso, Sandoval se expressa de uma maneira que confirma a ideia, sugerida anteriormente, de que a excitação funciona como um neutralizador da percepção do risco:

Eu guardava uma parte da minha consciência bem pequena para esse lado. Pra essa preser-

vação. Pra ter esse medo. Porque é tão adrenalizante, subia tanto o medo de entrar numa loja e três quatro ali por conta de te atender e você sabendo que era golpe, com consciência do que tava fazendo. É como se fosse um teatro, entendeu? Me sentia como se fosse um ator.

7 RACIONALIDADE E VIDA COTIDIANA

Podemos concluir que boa parte de nossos entrevistados percebem a existência de riscos na atividade criminosa e, de uma forma ou de outra, lidam com isso em suas falas. A perspectiva fatalista desenvolvida por alguns não deixa de ser o resultado de uma combinação da percepção dos riscos e perigos próprios da ação criminosa com o pressuposto, do qual a maioria parte, de que a opção pela alternativa do crime é algo que não está em questão.

Ao mesmo tempo, não seria de modo algum apropriado afirmar que os entrevistados têm uma visão estratégica de sua atividade, que avaliam cuidadosamente os custos da conduta criminosa e que desistem quando são muito altos. Uma visão estratégica seria, na verdade, impossível. Por maiores que sejam as informações conhecidas por uma pessoa ou grupo sobre um ambiente relacionado a uma ação qualquer – e em especial a criminosa –, nunca serão suficientes para o controle total da situação. Podemos dizer que a percepção de que a coleta de informações deve ser interrompida em um dado momento é bastante razoável. Afinal, de outra maneira, a ação não aconteceria.

A sensação do perigo é muitas vezes suplantada pela esperança de um lucro relevante que vai dar um fim à vida de crimes. Não foram poucos os entrevistados que se referiram ao pensamento de que, na ocasião em que foram presos, estariam praticando o último crime que permitiria a abertura de um negócio próprio. Um dos entrevistados referiu-se, inclusive, a uma meta. Pretendia, com a venda de drogas, acumular 50 mil reais para viver “de renda”, sem precisar trabalhar ou continuar a praticar crimes. Esses, juntamente com a bebida, as drogas e as conversas preparatórias, são alguns dos subterfúgios usados para neutralizar o medo e a percepção dos riscos (WRIGHT & DECKER, 1994, 1997; TUNNEL, 1992).

Quando utilizam esses recursos, os entrevistados estão agindo como todos os membros da sociedade, criminosos ou não. Como mostra Garfinkel (1967: p. 272), a partir das ideias de Alfred Schutz, a “atitude da vida cotidiana” é fundamentalmente diferente da “atitude da teorização científica”. No primeiro caso, em seu dia-a-dia, o “teórico prático”, ou membro leigo da sociedade, ao realizar um ordenamento dos eventos com os quais se relaciona tem como objetivo reter e aprovar a suposição de que os objetos do mundo são o que parecem ser. Aquele que lida com questões

cotidianas, busca “suspender a dúvida” e, até mesmo, suspender a regra interpretativa que diz que alguém pode suspeitar de que os objetos do mundo não sejam como parecem ser. No segundo caso, da “atitude científica”, o procedimento interpretativo é exatamente o oposto. O objetivo é “suspender a crença” que diz que os objetos do mundo são como parecem ser. A “dúvida” torna-se um ideal, em princípio ilimitado. Os nossos entrevistados estão, obviamente, entre os “membros leigos” da sociedade. Mesmo quando provocados pelo entrevistador não se interessam pelas perguntas ao modo da “atitude científica”. Procuram, sim, se livrar das questões, especialmente das mais embaraçosas. Dessa maneira, sustentar uma percepção convencionalmente aceita como normal da realidade é muito mais importante do que encarar a dúvida e examinar as situações em busca de respostas.

Quando tratamos neste artigo das elaborações dos entrevistados sobre os custos e benefícios do crime, procuramos não produzir uma análise dos relatos e das ações de que tratam a partir da noção de “escolha racional ótima”. Seria o mesmo que impor à realidade um modelo de ação racional que diz respeito apenas à “atitude científica” e não à “atitude da vida cotidiana”. O resultado, de acordo com Garfinkel (1967: p. 280), seria o desenvolvimento de uma comparação irônica que estabelece as “distinções familiares entre condutas racionais, não-racionais, irracionais e a-racionais”.

Deixando de lado o uso do conceito de racionalidade como um critério interpretativo básico, nos vemos livres, de saída, das comparações entre condutas racionais, irracionais, não-racionais e a-racionais. Mas o maior ganho seria a ampliação das possibilidades de análise, de tal forma que poderíamos buscar uma compreensão mais profunda do que as pessoas fazem e do que elas querem em suas condutas diárias. O que elas fazem é produzir e reproduzir continuamente o contexto social sobre o qual e a partir do qual agem. O que elas querem é que este contexto seja razoavelmente estável e igual a si mesmo ao longo do tempo, no sentido daquilo que Giddens (1989) chama de “segurança ontológica”. A racionalidade, como faculdade cognitiva própria dos seres humanos, está evidentemente presente no processo de produção e reprodução de contextos sociais e mais ainda na elaboração de relatos sobre esse contexto, que têm com objetivo exatamente a sua estabilização. Mas deve ser vista como um dado e tratada como material empírico a ser analisado e não como um princípio metodológico de interpretação da ação (cf. GARFINKEL, 1967: 282).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os entrevistados elaboraram em seus relatos as noções de racionalidade, de planejamento, de riscos e benefícios da atividade criminosa. No entanto, em momento algum, fizeram uma

análise de sua própria ação tomando a ideia de “escolha racional ótima” como um pressuposto interpretativo. O fato é que essa possibilidade não estava presente nas situações em que agiram. Não haveria motivo prático, portanto, para a sua utilização. Em seus relatos, partem do pressuposto de que a decisão pela ação criminosa já está tomada e, a partir dessa decisão, consideram questões como riscos e benefícios do crime. Os riscos podem ser diminuídos, algumas precauções podem ser tomadas, algum planejamento pode ser feito, mas apenas na medida do possível. Não avançaríamos muito na compreensão dos relatos e das ações dos nossos entrevistados concluindo que não têm autocontrole (cf. GOTTFREDSON e HIRSCHI, 1990) ou que não calculam adequadamente os custos e benefícios do crime e do não-crime (cf. WILSON e HERRNSTEIN, 1985). Os entrevistados sabem dos riscos que correm, mas entendem que são, a partir de certo ponto, inevitáveis dado que optaram pela (ou acabaram por se encontrar na) prática do crime. Algumas análises que tomam a racionalidade como um princípio metodológico de interpretação da ação se equivocam quando supõem a existência de uma separação nítida entre o “antes” e o “depois” da opção pelo crime. Na verdade, não é apropriado falar em um “antes” e um “depois” na medida em que as considerações sobre riscos e benefícios e a opção pela alternativa do crime são contemporâneas. Dessa forma, as considerações sobre riscos e benefícios e, especialmente, sobre a inevitabilidade dos riscos, fazem sentido quando entendidas como considerações que partem da premissa de que a opção pela alternativa criminosa já foi feita.

REFERÊNCIAS

- CLARKE, R. V e FELSON, M. “Introduction: criminology, routine activity, and rational choice”. In: Clarke, R. V e Felson, M. *Routine activity, and rational choice*. New Brunswick: Transaction, 2004.
- CROMWELL, P. (ed.) *In their own words: criminals on crime*. Los Angeles: Roxbury, 1999.
- DURKHEIM, E. *Sociologia e Filosofia*. São Paulo: Ícone, 1994.
- GARFINKEL, Harold. *Studies in Ethnomethodology*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1967.
- GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- GOTTFREDSON, M. R. e HIRSCHI, T. *A general theory of crime*. Stanford: Stanford University Press, 1990.
- HERITAGE, John. *Garfinkel and ethnomethodology*. Cambridge: Polity Press, 1984.

LETKEMANN, P. *Crime as work*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1973.

MILLER, W. "The lower class culture as a generating milieu of gang delinquency". In: Wolfgang, M. e Ferracuti, F. (orgs) *The sociology of crime and delinquency*. New York, John Wiley Sons, inc., 1970. (351-63)

TUNNEL, K. D. *Choosing crime: the criminal calculus of property offenders*. Chicago: Nelson Hall, 1992.

WILSON, J. Q. *Thinking about crime*. New York: Vintage Books, 1985.

WILSON, J. Q. e HERRNSTEIN, R. *Crime and human nature: the definitive study of the causes of crime*. New York: Simon and Schuster, inc., 1985.

WRIGHT, R. T. & DECKER, S. H. *Burglars on the job*. Boston: Northeastern University Press, 1994.

WRIGHT, R. T. e DECKER, S. H. *Armed robbers in action*. Boston: Northeastern University Press, 1997.

NOTAS DE FIM

1 Este artigo é uma versão ligeiramente modificada de um capítulo da tese de doutorado "O Crime segundo o criminoso: um estudo de relatos sobre a experiência da sujeição criminal", defendida no ano de 2006 no Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Para informações completas sobre a pesquisa, consultar a tese que está disponível em: <http://teses.ufrj.br/IFCS_D/CarlosAugustoTeixeiraMagalhaes.pdf>.

2 Professor do Centro Universitário Newton. Doutor em Sociologia pelo IFCS/UFRJ.

3 As entrevistas foram feitas a partir de um roteiro, mas frequentemente seguiam por caminhos não planejados. Foram gravadas e posteriormente transcritas. Procuramos reproduzir o modo de falar dos entrevistados de modo a possibilitar o reconhecimento de sua condição social.

A CONDUÇÃO COERCITIVA DO ACUSADO/INVESTIGADO E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Ronaldo Passos Braga¹

O direito não se funda sobre a força, mas pode empregar a força porque é direito. Revela que o fundamento do direito é ético e precede a coerção (força). Luis Recaséns Siches

RESUMO: O presente artigo pretende abordar a legalidade da condução coercitiva do acusado/investigado no âmbito judicial e extrajudicial da persecução penal.

PALAVRAS CHAVE: Condução coercitiva. Persecução penal. Teoria dos poderes implícitos (inherent powers theory/theory implied and inherent powers).

ÁREAS DE INTERESSE: Teoria Geral do Direito. Direito Penal. Direito Processual Penal.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, nas pequenas comunidades antigas, era a força física que definia o direito de cada qual dentro do corpo social. Deste modo, o direito era imposto pela força física, sobrepondo-se a vontade do fisicamente mais forte.

Somente mais tarde é que o poder passa a legitimar-se pelo acordo de vontades dentro de uma comunidade, que firma-se pelo contrato social onde seus componentes abrem mão de uma parcela de direitos em prol do Estado. Transmuda-se do estado de natureza para a sociedade política civil (Estado convencional de Rousseau), onde o Estado detentor do poder soberano ficará imbuído da proteção dos direitos naturais e civis de cada indivíduo, construindo uma teoria de governo legítimo como apresentado por Grócio, Hobbes e Locke.

Desta concepção surge a legitimação do Estado como detentor do monopólio da aplicação da lei e, em última medida, da utilização da força, eclodindo no fenômeno denominado "monopólio da violência legítima", que não é própria à linguagem jurídica, pertencendo à metalinguagem da teoria do direito ou à sociologia jurídica (TROPPER: 1995.). Assim, seguindo a linha weberiana o Estado constitui-se como a única fonte do direito à violência (WEBER: 1993) ou no conceito kelseniano, a coerção é característica indissociável do direito.

"(...)há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra 'Direito' de surgir como expressão de um

conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos ashanti na África Ocidental e o dos suíços na Europa é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária." (KELSEN: 1998).

Por consequência, a legitimação do uso da força pelo Direito somente seria justificável nas hipóteses previamente enumeradas pela legislação e desde que estritamente necessária para a preservação da lei e resguardo da ordem pública, caracterizando como legítima a coerção. Note-se que a legalidade do uso da força é absolutamente distinta do uso da violência, que em hipótese alguma se justifica em um estado de direito.

Ressalve-se aqui, que dentro da estrutura democrática, por vezes, o Direito surge como instrumento apto a dissimular o fenômeno da violência, sob o véu de legítima coerção, demonstrando as distorções do sistema jurídico. Erige-se a ideia de força ilegítima, que atrela-se ao conceito de violência arbitrária, muitas vezes justificada nos denominados estados de exceção, re-

tomado por Schmitt (AGAMBEN:2004) consagrando o conceito de poder soberano como ao mesmo tempo paradoxalmente acima e fora da lei, e o conceito de decisão como meio de ação política eficaz e imediata, que eventualmente descarta os ditames legais (AGAMBEN: 2004).

Tarefa por demais tormentosa é a identificação no caso concreto, pelo magistrado, da hipótese que irá legitimar o uso da força, amparada nas diretrizes legais e de justiça, sob pena de ficar configurado a coerção ilegítima, resultado da violência arbitrária odiosa ao almejado estado de direito.

2 CONDUÇÃO COERCITIVA DETERMINADA PELA AUTORIDADE POLICIAL

Ponto de embate específico deste ensaio é a possibilidade jurídica de o Delegado de Polícia determinar a condução coercitiva do investigado à Delegacia a fim de que preste esclarecimentos acerca do caso objeto de apuração sob pena de configuração do crime de abuso de autoridade ante a coerção ilegítima praticada.

Primus, cabe trazer à baila recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos da ordem de Habeas Corpus de número 107644, originária do Estado de São Paulo. No referido *decisum* cuja relatoria foi do Ministro Ricardo Lewandowski, embasado no artigo 144, § 4º da Constituição Federal conjugado com artigo 6º do Código de Processo Penal, foi considerada lícita a conduta da autoridade policial determinando a condução coercitiva de investigado até a Delegacia de Polícia. Vejamos.

HC 107644 / SP - SÃO PAULO
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
Julgamento: 06/09/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma
DJe-200 DIVULG 17-10-2011 PUBLIC 18-10-2011
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.
I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.
II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI.
III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos.
IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária.
V – A custódia do paciente ocorreu por decisão judicial fundamentada, depois de ele confessar o crime e de ser interrogado pela autoridade policial, não havendo, assim, qualquer ofensa à cláusula constitucional da reserva de jurisdição que deve estar presente nas hipóteses dos incisos LXI e LXII do art. 5º da Constituição Federal.
VI – O uso de algemas foi devidamente justificado pelas circunstâncias que envolveram o caso, diante da possibilidade de o paciente atentar contra a própria integridade física ou de terceiros.
VII – Não restou constatada a confissão mediante tortura, nem a violação do art. 5º, LXII e LXIII, da Carta Magna, nem tampouco as formalidades previstas no art. 6º, V, do Código de Processo Penal.
VIII – Inexistência de cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da oitiva das testemunhas arroladas pelo paciente e do pedido de diligências, aliás requeridas a destempero, haja vista a inércia da defesa e a consequente preclusão dos pleitos.
IX – A jurisprudência desta Corte, ademais, firmou-se no sentido de que não há falar em cerceamento ao direito de defesa quando o magistrado, de forma fundamentada, lastreado nos elementos de convicção existentes nos autos, indefere pedido de diligência probatória que reputa impertinente, desnecessária ou protelatória, sendo certo que a defesa do paciente não se desincumbiu de indicar, oportunamente, quais os elementos de provas pretendia produzir para levar à absolvição do paciente.
X – É desprovido de fundamento jurídico o argumento de que houve inversão na ordem de apresentação das alegações finais, haja vista que, diante da juntada de outros documentos pela defesa nas alegações, a magistrada processante determinou nova vista dos autos ao Ministério Público e ao assistente de acusação, não havendo, nesse ato, qualquer

irregularidade processual. Pelo contrário, o que se deu na espécie foi a estrita observância aos princípios do devido processo legal e do contraditório. XI – A prisão cautelar se mostra suficientemente motivada para a garantia da instrução criminal e preservação da ordem pública, ante a periculosidade do paciente, verificada pela gravidade in concreto do crime, bem como pelo modus operandi mediante o qual foi praticado o delito. Ademais, o paciente evadiu-se do distrito da culpa após a condenação. XII – Ordem denegada.

Conforme fundamentação apresentada no julgado, incumbindo à Polícia Civil a função de polícia investigativa, lícito ao Delegado de Polícia determinar a referida condução coercitiva, não cabendo prosperar a ordem de *habeas corpus* impetrada, inexistindo constrangimento ilegal a contaminar a fase inquisitiva. Vencido o Ministro Marco Aurélio.

Consta ainda, na decisão do Pretório Excelso, a desnecessidade da invocação da doutrina dos poderes implícitos, ante a expressa previsão na Constituição Federal bem como o Código de Processo Penal da função de polícia investigativa à Polícia Civil e, em decorrência, o dever de apurar a autoria e materialidade de possíveis crimes, tornando-se legítima a condução coercitiva do investigado, desde que resguardadas as garantias legais e constitucionais. Registre-se o voto do Ministro Dias Toffoli, que concedeu a ordem consignando que se poderia aplicar, à situação dos autos, a teoria dos poderes implícitos.

A teoria dos poderes implícitos (*inherent powers theory/theory implied and inherent powers*) originária da Suprema Corte norte-americana, precisamente no julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland e Myers v. Estados Unidos* (1819), está hoje plenamente incorporada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo recorrente sua utilização na fundamentação de julgados mormente como princípio hermenêutico.

"Regra elementar da hermenêutica constitucional de aplicação corrente no direito constitucional pátrio, segundo a qual quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu desiderato, sob pena de ser frustrado o exercício do múnus constitucional que lhe foi cometido (Cf. Aloísio Firmo Guimarães da Silva, Maria Emilia Moraes de Araújo, Paulo Fernando Corrêa. A investigação criminal direta pelo ministério público. Boletim IBCCRIM nº 66, maio/1998, caderno de Jurisprudência Comentada, p. 251-252).

Deste modo, na linha do voto do Min. Dias Toffoli justificar-se-ia o direito de determinar condução coercitiva do acusado pelo Delegado de Polícia, como antecedente lógico condicionante de sua obrigação de investigar. "A teoria dos poderes implícitos explica que a Constituição Federal, ao outorgar atribuições a determinado órgão, lhe confere, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução. Desse modo, não faria o menor sentido incumbir à polícia a apuração das infrações penais, e ao mesmo tempo vedar-lhe, por exemplo, a condução de suspeitos ou testemunhas à delegacia para esclarecimentos" (RHC 107515 MC / SP - SÃO PAULO).

A força normativa da constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de 'poderes implícitos', de 'poderes resultantes' ou de 'poderes inerentes' como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas:

- (1) *competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão);*
- (2) *competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais." (CANOTILHO:1998)*

Diversamente, o Min. Relator Ricardo Lewandowski, dispensa o amparo na teoria dos poderes implícitos para justificar a legitimidade da autoridade policial em determinar a condução coercitiva do investigado, identificando a inexistência de espaço para colmatar lacunas haja vista a previsão explícita no artigo 144, §4º da Constituição Federal.

Lado outro, uma interpretação garantista do sistema processual penal pátrio, considerando a limitação estabelecida no artigo 5º, inc. LXI, da Constituição Federal, restringe a competência

para decretação de prisão exclusivamente à autoridade judiciária. Desta feita, entendendo a autoridade policial pela necessidade da condução coercitiva do investigado ou de qualquer outra pessoa à sua presença deverá solicitar ao magistrado (NUCCI:2012).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observado que a condução coercitiva representa, mesmo que por pequeno espaço de tempo, limitação à liberdade do indivíduo e de seu direito de ir e vir, irrefutável a natureza jurídica de prisão da ordem de condução coercitiva. Assim, combinado com o supracitado inciso LXI do artigo 5º que erige na Constituição Federal a excepcionalidade da prisão, indispensável que a mesma seja precedida de ordem judicial.

"Atualmente, somente o juiz pode determinar a condução coercitiva, visto ser esta uma modalidade de prisão processual, embora de curta duração" (NUCCI:2012).

Evidencia-se que tal imposição constitucional que vincula qualquer tipo de prisão à expedição de ordem de autoridade judiciária não admite qualquer interpretação extensiva ou analógica em sentido contrário, não abarcando possibilidade de alargamento a significar mitigação do juízo de garantias ao direito de liberdade colimado na ordem constitucional e condicionante da persecução penal extrajudicial e judicial.

Todo cerceamento à liberdade individual deve encontrar um suporte legal para ampará-lo. A Constituição Federal enumera vários dispositivos tuteladores da liberdade do cidadão e a estabelece como regra, enquanto a prisão se firma como exceção. "O processo penal brasileiro é um exemplo talvez típico dessa evolução normativa. É o bastante conferir as inúmeras disposições constitucionais em tema de processo penal, inscritas no título dos direitos e garantias fundamentais, que funcionam como verdadeiros diques de proteção aos acusados" (MACHADO:2009).

Acrescenta-se, que até mesmo diante da consagração pela Constituição Federal do princípio *nemo tenetur se detegere*, que assegura o direito ao silêncio como forma de manifestação da ampla defesa, torna-se absolutamente desprovida de embasamento legal a determinação de condução coercitiva do investigado à Delegacia de Polícia para prestar esclarecimentos.

O 'direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, esculpida no princípio nemo tenetur se detegere, segundo a qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando interrogado' e acrescenta que do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico ao imputado, na medida em que no processo penal só há presunção de inocência. Por consequência, qualquer tipo de recusa não autoriza presumir-se a culpabilidade, muito menor por configurar delito de desobediência. Portanto, o princípio da não auto-incriminação decorre não só de poder calar no interrogatório, como também do fato de o imputado não poder ser compelido a participar de acareações, de reconhecimentos, de reconstituições, de fornecer material para exames periciais, tais como exame de sangue, de DNA ou de escrita, incumbindo à acusação desincumbir-se do ônus ou carga probatória de outra forma (LOPES,2007)

Nesse diapasão, conclui-se seguindo o viés da teoria dos poderes implícitos, que se a Constituição Federal resguarda o direito ao silêncio e de não produzir provas contra si, consequência lógica é que resguarde os meios para consolidá-la, não havendo guarida para condução coercitiva para esclarecimentos dentro de uma perspectiva garantista que somente autoriza o uso da força quando expressamente autorizada por Lei. Assim, a força, nesse sentido, não é, e nem poderia, ser a finalidade do direito. A força é apenas um meio de garantir sua efetividade e deve ser incondicionalmente autorizada, legitimada e exercida com proporcionalidade e racionalidade (SICHES:1978), sob pena de manifesto arbítrio.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. O Estado de Exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5 ed., Coimbra: Almedina,1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito*. Trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 1998.

MACHADO, Antonio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. RT. São Paulo. 2012. 11ª Ed.

PINHEIRO, P.S., "Estado e Terror" in Adauto Novaes, org.Ética. São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofia Del Derecho*. México: editora Porrúa, 1978.

TROPPER, Michel. "Le monopole de la contrainte légitime"(Legitimité et légalité dans l'État moderne". *Lignes*, [Violence et Politigue (Colloque de Cerisy, 1994)] 25, mai 1995:34-47

WEBER,Max. "Politics as vocation"["Politik als Beruf", in Max Weber, *Gesammelte Politische Schriften*, Munique, 1921, publicada em 1919 por Dunker & Humboldt, Munique] in H.H. Gerth and C. Wright Mills, *From Max Weber: essays in sociology*. Nova York, Oxford University Press, 1968, cit. p. 77-79.

NOTA DE FIM

1 Mestre em Direito. Professor no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS DEMANDAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, ORIUNDA DE CONTRATO DE TRABALHO: JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 586453 E 583050.

Millena Jardim Sousa*

Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz**

RESUMO: Análise dos Julgamentos dos Recursos Extraordinários 586453 e 583050, em que se discutia, à luz dos artigos 5º, LIV, 114; 202, §2º, da Constituição, qual órgão da Justiça é competente para julgar demandas que envolvam Entidades de previdência privada.

PALAVRAS-CHAVE: previdência complementar; competência jurisdicional trabalhista e cível.

ÁREAS DE INTERESSE: **Direito Previdenciário**

1 INTRODUÇÃO

Antes de tratar da definição da competência para julgar as demandas em que se discute um benefício de previdência complementar, oriundo de contrato de trabalho, objeto o presente trabalho, cumpre esclarecer alguns aspectos importantes acerca do tema, como a Previdência no Brasil e o tratamento jurisdicional do assunto. Além dos critérios de definição de competência.

1.1 Previdência no Brasil

A Previdência Social está atualmente inserida no rol de direitos sociais, sendo expresso no Capítulo II, dos Direitos Sociais, artigo 6º da Constituição Federal: São direitos sociais 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.

Segundo estudo realizado pelo Ministério da Previdência Social e pela Secretaria de Políticas de Previdência Social a primeira manifestação da Previdência Social, no Brasil, foi em 1543, quando Brás Cubas fundou a Santa Casa de Misericórdia de Santos, criando um fundo de pensão para amparar os empregados daquela instituição. Desse modo, preservando a tradição securitária herdada de Portugal, proliferaram então as sociedades de montepio, organizadas por iniciativa popular sob a forma de Irmandades (Santas Casas de Salvador e Rio de Janeiro) ou Ordens Terceiras da Igreja Católica (PINHEIRO, 2007).

A primeira Constituição a trazer a expressão "aposentadoria", "foi a de 1891, deixando expressa a concessão do benefício para os funcionários públicos, em caso de invalidez, custeados integralmente pelo Estado" (SETTE, 2004):

Artigo 75: A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no Serviço da Nação.¹

Após, o verdadeiro marco legislativo previdenciário, se deu com a promulgação da Lei Eloy Chaves, Decreto Legislativo 4.682 de 1923², que determinou a implementação de Caixas de Aposentadorias e Pensão para os empregados das empresas ferroviárias, sendo a primeira a dos empregados da Great Western do Brasil (SETTE, 2004). Muito populares, já na década de 20, do século passado, estas caixas de natureza privada e vinculada à empresa com que o trabalhador mantinha o vínculo de emprego, ganharam notoriedade e proliferam-se.

Ocorre que, apesar de instituída desde o século XVI, como apontado anteriormente, a Previdência somente passou a ser estudada nas últimas décadas e tais estudos tiveram enfoque principal nos impactos das mutações na estrutura populacional sobre a previdência social e sobre o risco de quebra desse instituto, principalmente a partir da reforma constitucional de 1998, que instituiu o fator previdenciário e incorporou conceitos demográficos, como a expectativa de sobrevivência, no cálculo para pagamento dos benefícios de aposentadoria.

1.2 Espécies de Regimes Previdenciários

A Previdência no Brasil está organizada e pode ser dividida em três modalidades, quais sejam: Previdência Social (mantida pelo Governo Federal), Previdência Complementar Fechada (oferecida pelas empresas ou associações de classe aos seus trabalhadores ou associados/vinculados, respectivamente) e a Previdência Complementar Aberta (comercializada pelas instituições financeiras a qualquer pessoa física).

Na definição de BRAGANÇA, 2011, "Entende-se por regime de previdência social como sendo o conjunto de normas que disciplinam direitos e deveres dos participantes de certo plano de previdência"

Acompanhando essa divisão por modalidades, divide-se a Previdência também em três Regimes: Regime Geral da Previdência Social (RGPS), operado pelo INSS, uma entidade pública e de filiação obrigatória para os trabalhadores regidos pela CLT; Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), instituído por entidades públicas, Institutos de Previdência ou Fundos Previdenciários, de filiação obrigatória para os servidores públicos, titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e a Previdência Complementar, mantido por Entidades Abertas e Fechadas de Previdência Complementar, com filiação facultativa, criado com a finalidade de proporcionar uma renda adicional ao trabalhador, que complementa a sua previdência oficial.

Tratar-se-á, de maneira sucinta, de cada regime, a seguir.

1.2.1 Regime Geral da Previdência Social – RGPS

A Previdência Social está organizada sob a forma de regime geral, com caráter contributivo, de filiação obrigatória e de observância aos critérios para preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Ressalta-se que os critérios estão previstos na Emenda Constitucional 20/98³, Lei 9.876/99⁴, Lei 8.212/91⁵, Lei 8.213/91⁶ e Decreto 3.048/99⁷.

Além dessas, destaca-se também o texto Constitucional, no artigo 201, que dispõe sobre a organização da Previdência Social:

Artigo 201: A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º;

(Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Consultado em 04/05/2013).

O artigo 3º da Lei 8.212/91⁸ também trata da Previdência:

Artigo 3º: Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

(Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm> Consultado em 04/05/2013)

Como se extrai desses artigos, o RGPS tem por objetivo proteger o segurado de situações adversas, garantindo sua qualidade de vida e, para cada uma das situações elencadas no *caput*, existe um benefício específico. A renda, nestes casos, é repassada pela Previdência Social, para substituir a renda do trabalhador contribuinte, quando ele perde a capacidade de trabalho, pelos motivos elencados na Lei.

Essa previdência é, portanto, uma espécie de seguro coletivo, público, compulsório e mediante contribuição (TAVARES, 2009), que visa à cobertura de uma série de riscos. Aprofundando nesse conceito, o seguro é coletivo, pois abrange a coletividade de segurados; é público, uma vez que é organizado pelo Estado; e é mediante contribuição, porque os filiados são obrigados a contribuir para o sistema.

1.2.2 Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS

Os regimes próprios são instituídos e organizados pelos respectivos entes federativos de acordo com as normas estabelecidas na Lei 9.717/98⁹, que iniciou a regulamentação desses regimes. A partir da instituição do regime próprio, por lei, os servidores titulares de cargos efetivos são afastados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

A previsão desse regime também é constitucional e está disposta no artigo 40 da Constituição Federal:

Artigo 40: Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

É importante esclarecer que efetividade, tratada no texto constitucional, não se confunde com estabilidade. Na definição de BRAGANÇA, 2011, "Efetividade não se confunde com estabilidade. Aquela se dá por meio de aprovação em concurso público; esta com aprovação em estágio probatório e correspondente decurso do tempo de exercício efetivo no cargo".

A instituição desse regime é facultativa e depende de lei ordinária, a ser criada por cada ente federativo. Na ausência de Lei regulamentadora, os servidores serão vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.

Esclarece, por fim, que este é um regime público, de vinculação obrigatória e vínculo institucional.

1.2.3 Regime Complementar de Previdência

1.2.3.1 Previdência Complementar Público

O regime de previdência complementar para o servidor público foi regulamentado através da Lei 12.618, de 30 de abril de 2012¹⁰ e trouxe mudanças significativas no que se refere aos recolhimentos previdenciários e ao momento da aposentadoria do servidor.

Segundo Granjeiro, 2013¹¹:

O déficit do sistema atual era de R\$ 60 bilhões, com estimativa de 10% de crescimento a cada ano, se continuasse a garantir aposentadoria integral para todos, o que, fatalmente, o tornaria inviável futuramente. Ou seja, iria, literalmente, quebrar e o governo não teria como bancar a conta.

A lei acarretará uma mudança no sistema previdenciário e irá afetar os servidores que ingressarem na carreira pública, eles estarão sujeitos ao novo regime de previdência complementar, a chamada Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal - Funpresp. Destaque-se que, agora, para que o servidor receba, quando se aposentar, acima do teto do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), será necessário contribuir para a Funpresp.

Assim, seguindo a mesma lógica dos fundos de previdência complementar privada, quanto maior a parcela de contribuição do servidor, mais ele receberá quando passar para o setor dos inativos, após 35 anos de contribuição.

Destaca-se as principais mudanças:

Os servidores nomeados até 18/02/2004 contribuem com 11% da sua remuneração e a União arca com a diferença para complementar o valor da aposentadoria, ou seja, a aposentadoria é integral.

Já os servidores nomeados de 19/02/2004 a 03/02/2013 contribuem com 11% da sua remuneração e o benefício é calculado de acordo com a Previdência, com base na média aritmética simples das 80 maiores contribuições, a partir de julho de 1994;

E, os que se enquadram na nova lei, ingressos ao serviço público federal após 04/02/2013, irão contribuir com os mesmos 11%, mas só até o teto da Previdência. Assim, caso esse servidor opte por não contribuir para o Funpresp, ressaltando que a adesão é opcional, o servidor receberá apenas o equivalente ao teto máximo do INSS ao se aposentar.

A principal vantagem desse plano está na possibilidade do servidor transferir os seus recursos, caso saia do serviço público para uma empresa privada, que tenha um fundo de previdência complementar. Além dessa, o servidor também poderá optar por incluir, em sua base de contribuição, as parcelas percebidas em razão do exercício de cargos em comissão ou função de confiança.

1.2.3.2 Previdência Complementar Privado

1.2.3.2.1 Previdência Complementar Privada - Aberta

As Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC) são constituídas na forma de sociedades anônimas (a partir da Lei Complementar nº 109, de 2001), com fins lucrativos e operam planos individuais ou coletivos, disponíveis para qualquer pessoa física. São autorizadas a funcionar e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros (SUSEP), cujas normas são de competência do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP.

Podem ser contratadas por qualquer cidadão, mesmo que ele não tenha vínculo empregatício ou associativo, sendo considerada esta a maior vantagem na filiação nesse tipo de plano.

Geralmente, esses planos são mantidos por bancos, seguradoras e outras instituições financeiras e se apresentam em duas modalidades principais: o PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre) e o VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre), que oferecem benefícios como aposentadoria, renda e pecúlio por invalidez ou morte. As instituições que trabalham com planos de previdência aberta são fiscalizadas pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados).

1.2.3.2.2 Previdência Complementar Privada - Fechada

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) são formadas por fundações ou sociedades civis, mais conhecidos como fundos de pensão, entidades sem fins lucrativos que operam planos coletivos para grupos específicos de pessoas, por meio de seus empregadores. Também é facultado aos associados de entidades de caráter profissional, classista

ou setorial, denominados Instituidores. São autorizadas a funcionar e fiscalizadas pela Secretaria de Previdência Complementar (SPC), órgão do Ministério da Previdência Social, cujas normas são de competência do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC).

Historicamente, o que mais se aproxima do que se tem hoje, como Previdência Complementar Fechada, foi a criação da PREVI (CAPRE à época), criada em 1904 por um grupo de empregados do Banco da República do Brasil sob a forma de associação, regida por um estatuto. Após, surgiram também a Fundação Petrobrás de Seguridade Social – PETROS (1970) e a Fundação CESP (1974). Neste momento, a previdência complementar ainda é um fenômeno tipicamente associado às grandes empresas.

Em 1977, foi aprovada a Lei 6.435, que objetivava disciplinar os fundos de pensão, enquanto entidades captadoras de poupança popular estimulava seu crescimento de modo que pudessem canalizar investimentos para aplicações em Bolsa de Valores.

O marco moderno legislativo desse Regime foi a promulgação da Emenda Constitucional 20, de 1998, que deu nova redação ao artigo 202 da Constituição Federal, que tratava de outro tema. A Emenda passou a dedicar o artigo à Previdência Complementar, exclusivamente, dentro do título da Ordem Social, o que confirma o caráter social do instituto.

Após a referida Emenda, a redação do artigo 202 da Constituição Federal passou a ser a seguinte:

Artigo 202 - O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º - A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º - As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º - vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito

Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º - Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º - A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º - A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

(Disponível em <www.dji.com.br/constituicao_federal/cf201a202>. Consultado em 04/05/2013)

Dessa forma, posteriormente à alteração no texto constitucional, foi necessária a elaboração de duas leis complementares para regular este dispositivo.

A primeira, seguindo a previsão no *caput*, trouxe normas gerais sobre a previdência complementar, Lei Complementar n.º 109, de 29 de maio de 2001. A segunda para regular o § 4º do art. 202, contendo normas específicas para disciplinar “a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar”, que veio a ser a Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001.

Através de leitura superficial do artigo acima transcrito é possível fazer duas importantes ponderações sobre o regime de Previdência Complementar Fechado. Do *caput*, se extrai a expressão “benefício contratado”, que demonstra o caráter facultativo do regime; e, do parágrafo 2º, às “condições contratuais”, não deixam

dúvidas quanto à natureza contratual das relações constituídas no âmbito da previdência complementar.

Em relação ao negócio jurídico realizado entre a entidade de Previdência Complementar Fechada e o contratante (funcionário de determinada empresa que oferece o benefício), é importante destacar sob quais aspectos essa relação se sustenta. Basicamente, essa relação obedece a quatro contratos, consubstanciados nos seguintes instrumentos contratuais: o estatuto da entidade fechada de previdência complementar; o regulamento do plano de benefícios; o contrato de adesão; e, por fim, a inscrição do participante.

A instituição de um Plano de Previdência Privada Complementar Fechada vai além do interesse do cidadão em garantir uma melhor condição de vida durante a aposentadoria. Existe, ainda, um interesse das Empresas em oferecer mais vantagens aos seus funcionários, dentre elas, um plano de previdência privada. Hoje, diversas empresas oferecem um plano de previdência complementar fechada para seus funcionários, como mais um atrativo, que agrega valor ao contrato de trabalho, ainda que independente deste.

Em síntese, a Previdência Complementar é um regime de previdência privada de caráter complementar e facultativo (voluntário), organizado de forma autônoma em relação ao Regime Geral da Previdência Social. É baseado na constituição de reservas (poupança) que garantem o benefício contratado e operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Dentre suas peculiaridades está sua vinculação a um contrato de natureza previdenciária e não a uma lei específica e reguladora. Assim, esse contrato tem natureza privada, pois seu modo de funcionamento esta baseado em um vínculo contratual e facultativo. As partes envolvidas vão, através do contrato, definir a extensão, os limites e os efeitos dessa proteção previdenciária.

Ressalta-se que, além de privada, essa previdência é facultativa, espontânea e voluntária, vinculada à liberdade de contratar ou não. Esse entendimento serve tanto para o empregado, quanto para o patrocinador (empresa). O empregador, que é o patrocinador, pode escolher entre oferecer ou não este benefício para seus funcionários.

Na lição de Arnaldo Slussekind¹² e Délio Maranhão é possível verificar, com clareza, onde está inserido o contrato:

A inscrição como participante da entidade fechada de previdência privada decorre de ato volitivo do empregado da empresa, configura relação jurídica contratual, sujeita de direito privado e não uma relação jurídica determinada por lei, subordinada ao direito público. Trata-se de um típico contrato de adesão, em que uma das partes manifesta sua vontade de aderir às condições

uniforme preestabelecidas, tornando a relação bilateral. (SLUSSEKIND, 1998)

Por fim, fica clara a relação jurídica estabelecida entre o participante, a empresa que oferece o plano e a entidade mantenedora, que é puramente civil, sendo estabelecida por meio de um contrato de adesão.

2 COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

A competência se faz por meio de normas constitucionais e a fixação baseia-se em critérios específicos e tais critérios determinam qual será o juízo competente para decidir determinada demanda.

O Código de Processo Civil aponta cinco critérios para fixação da competência: material, pessoal, funcional, territorial e econômico e trata destes diversos artigos. Para analisar o tema trabalhista-previdenciário, destacam-se os seguintes, em razão da matéria:

Artigo 91: Regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária, ressalvados os casos expressos neste Código.

Artigo 111: A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes, mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.¹³

A competência em razão da matéria leva em consideração o assunto ser julgado, ou seja, toma por critério os elementos objetivos das ações: a causa de pedir e o pedido.

Assim, por exemplo, a homologação de sentença estrangeira é causa de competência originária do STF, a competência da Justiça do Trabalho é estritamente em razão da matéria, controvérsias oriundas da relação de trabalho. Já as causas referentes à nacionalidade e à naturalização pertencem, em razão da matéria, à Justiça Federal. Tais definições e critérios são importantes, para gerar segurança jurídica e garantir o devido processo legal.

Tratar-se-á da Competência Cível e da Competência Trabalhista, de maneira mais profunda, pois estas são de interesse do presente trabalho.

2.1 Competência Cível

A fixação da Competência Cível é residual, exclui-se as matérias atribuídas às Justiças Especializadas – Militar, Eleitoral e Trabalhista – bem como os temas de direito Penal.

Inicialmente tratado no artigo 86 do Código de Processo Civil, que determina:

Artigo 86: As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral.

Em um caso concreto, portanto, depois de verificada que a competência é da Justiça Cível, determina-se qual órgão interno desta é competente para apreciar o caso, conforme determina o artigo 1º do CPC:

Artigo 1º: A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.

Da lição de THEODORO JÚNIOR, 2009, destaca-se que "Para efeito da Administração da Justiça, a jurisdição cível abrange, na verdade, assuntos não só pertinentes ao Direito Civil, mas também a outros ramos jurídicos "

Fica claro, portanto, que a competência cível é determinada na análise de um caso concreto, aplicando-se os critérios de definição.

2.2 Competência Trabalhista

Com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, a Competência da Justiça Especializada do Trabalho deixou de estar circunscrita aos litígios derivados exclusivamente da relação de emprego. No contexto anterior à Emenda, a competência material era definida pela qualidade jurídica dos sujeitos envolvidos no conflito.

Quebrando o paradigma anterior, a EC 45 alterou o inciso I do artigo 114 da CF, retirando as expressões "empregado" e "empregador". Passando a vigorar da seguinte forma:

Artigo 114 Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

André Araújo Molina preleciona, brilhantemente, sobre o tema:

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a significativa alteração na competên-

cia material específica da Justiça do Trabalho foi a extinção da restrição competencial em razão das pessoas que antes existia. Não se manteve a necessidade de que as partes litigantes fossem empregado e empregador, mas apenas que a controvérsia tenha nascido de uma relação de trabalho lato sensu, pouco importando quem sejam os ocupantes dos pólos da ação.

Logo, verificamos que a redação anterior, nada obstante também utilizasse o termo "relação de trabalho", anteriormente o qualificava, impingindo a limitação de que a relação jurídica devia se dar entre trabalhadores e empregadores, forçando a conclusão de que somente as relações de emprego, nos moldes da CLT, eram da competência específica da Justiça do Trabalho. Dependia-se de legislação ordinária posterior para estender a competência trabalhista para outras diversas controvérsias decorrentes da relação de trabalho, desta feita de forma ampla, como de fato fez no art. 643 da CLT quanto aos avulsos, pequena empreitada etc.

O "calcanhar de Aquiles" da antiga redação era a exigência de que a ação tivesse o empregador em um dos pólos, obstáculo, de lege lata, insuperável, uma vez que não havia possibilidade de se colher da regra constitucional competência natural para outras ações que não aquelas que tivessem o empregador na ação.

No entanto, a própria jurisprudência do TST já cuidou de expandir a competência da Justiça do Trabalho, de lege ferenda, antes mesmo da EC 45/2004, como, por exemplo, nas lides de "complementação de pensão requerida por viúva de ex-empregado", a teor da OJ 26 da SDI-1, mesmo que essa não fosse uma lide genuinamente entre trabalhador e empregador, mas era decorrente de uma relação de trabalho (rectius: relação de emprego). Assim também era quanto às ações que discutiam complementação de aposentadoria de ex-empregado em face de seu ex-empregador, inclusive admitindo-se no pólo passivo da ação a entidade fechada de previdência privada, a qual, como dito, não preenchia o requisito constitucional. (MOLINA, 2013)

Da lição de Molina, verifica-se a elasticidade do tema, vez que não se faz mais necessário, para demandar perante a Justiça do Trabalho, que as partes sejam empregado e empregador, basta que o objeto da demanda seja oriundo da relação de trabalho.

E, novamente citando o trabalho de André Araújo Molina, a análise do termo "oriundo" deve ser feita de maneira objetiva, veja-se:

O alcance do termo oriundo deve ser direto, ou seja, os pedidos devem ter como causa de pedir direta a relação de trabalho, não importando que esta seja sustentáculo indireto ou reflexivo para outros pedidos. Somente àqueles, que tem a relação de trabalho como seu núcleo central (fato essencial da causa de pedir), estão sujeitas à jurisdição da Justiça do Trabalho. Como disse o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no julgado histórico já citado: "O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como o efeito à causa, à relação empregatícia (rectius: relação de trabalho, agora após a EC45/2004)". (MOLINA, 2013)

Outro aspecto importante para definição da Competência Trabalhista está ligado à definição da relação de trabalho, os requisitos para que se caracterize essa relação e a diferença substancial para a relação de emprego e Maurício Godinho trata, claramente, da distinção entre essas relações:

Há nítida distinção entre ambas; a primeira possui caráter genérico e, por isso, refere-se a todas as relações jurídicas que são marcadas pelo fato de ter como prestação essencial aquela centrada em outra obrigação de fazer, consubstanciada em labor humano; refere-se, assim, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível, englobando, portanto, a segunda, a relação de emprego, que é encarada, do ponto de vista técnico jurídico, apenas como uma das suas modalidades próprias; é um tipo legal específico, inconfundível com os demais tipos de relação de labor. (GODINHO, 2005)

O conceito de relação de trabalho, tratado na Constituição, é amplo e abrange todo contrato e toda atividade prestada, o fundamento da sua conceituação é a pessoa do trabalhador, qualquer que seja a modalidade do serviço prestado. Tema bem tratado por Arnaldo Susskind, nos moldes:

A relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados. Ela vincula duas pessoas, sendo que o sujeito da obrigação há de ser uma pessoa física, em relação à qual o contratante tem o direito subjetivo de exigir o trabalho ajustado. O trabalhador autônomo, ao contrário do empregado, assume o risco da atividade profissional que exerce. (SUSSKIND, 2009)

Ainda, em razão da Justiça do Trabalho ser especializada, cumpre destacar o papel do Juiz Trabalhista, competente para conhecer e julgar as demandas que tramitam nesta Especializada.

Por fim, para ilustrar, em um julgamento recente, ainda que de tema diverso do presente trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho conceituou competência da Justiça Especializada Trabalhista, veja-se:

RECURSO DE REVISTA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - FASE PRÉ-CONTRATUAL DA RELAÇÃO DE TRABALHO. A competência da Justiça do Trabalho é fixada em face da causa petendi oriunda da relação de trabalho, inclusive em razão da sua irradiação pré ou pós-contratação. Portanto, todo conflito decorrente da relação de trabalho, em qualquer de suas fases pré-contratual, contratual ou pós-contratual, é da competência desta Justiça Especial. São situações que, embora antecedentes ou posteriores à efetiva formalização do contrato de emprego ou da relação de trabalho propriamente dita, geram efeitos jurídicos, nos termos do art. 422 do Código Civil. Logo, no caso, a pretensão ao recebimento de indenização por danos morais, decorrente da retenção da CTPS do autor, nitidamente ostenta natureza trabalhista e insere-se na órbita da competência da Justiça do Trabalho estabelecida no art. 114 da Carta Magna. Recurso de revista não conhecido. MULTA DO ART. 475-J DO CPC - INAPLICABILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. Ressalvado o posicionamento deste Relator, a SBDI-1 do TST decidiu ser inaplicável ao processo do trabalho a multa prevista no art. 475-J do CPC, que se refere ao cumprimento da sentença civil, haja vista a sua incompatibilidade com as disposições previstas para a execução trabalhista. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 988.10.2010.05.19.0004 988-10.2010.5.19.0004, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 15/05/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013)

Assim, esclarecida a elasticidade do tema, tratar-se-á do conflito, tema do presente trabalho.

3 O CONFLITO E A REPERCUSSÃO GERAL

3.1 Origem

Pelo que foi tratado até o momento, em especial nos tópicos sobre a previdência complementar fechada e sobre a competência em razão da matéria, aprofundar-se-á agora no tratamento do conflito de competência para julgar as demandas que, oriundas de contrato de trabalho, discutem também um contrato de plano de previdência complementar fechada.

Conforme dito anteriormente, em síntese, o contrato de um plano de previdência complementar fechada é puramente cível, de adesão e este é oferecido por diversas empresas, aos seus empregados.

Assim, em um caso concreto, tem-se um empregado, também participante de um plano de previdência complementar fechado, oferecido pelo empregador e pela patrocinadora, ajuizando uma ação de complementação de aposentadoria. Neste cenário, qual seria o Juízo competente para dirimir o conflito? Essa questão durou anos e foi julgada este ano, pelo Superior Tribunal Federal, que declinou a competência para a Justiça Comum.

3.2 Repercussão Geral

O conflito de competência foi considerado de Repercussão Geral e estava pendente de julgamento de Recurso Paradigma no Superior Tribunal Federal e, à época do julgamento, 5.323 processos¹⁴ estavam sobrestados no Tribunal Superior do Trabalho, aguardando o julgamento do Recurso Paradigma.

A matéria pertinente à competência para apreciar as questões relativas à previdência privada teve a repercussão geral reconhecida em dois Recursos Extraordinários.

O primeiro (RE 586453) foi interposto contra acórdão¹⁵ do Tribunal Superior do Trabalho, que reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações que têm origem em conflito envolvendo plano de previdência complementar privada, instituído pelo empregador. Ressalta-se que, neste caso, a relatora Ministra Ellen Gracie, em seu voto, entendeu que a competência, no caso, é da Justiça Comum, tendo em vista a inexistência de relação trabalhista entre o beneficiário e a entidade fechada de previdência.

No segundo (RE 583050) o recorrente questiona decisão¹⁶ do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que entendeu que o fato

de a empresa ser patrocinadora da entidade de previdência privada não determina que a relação seja trabalhista, mas demonstra que a relação decorre de contrato de previdência, tendo afastado, assim, a aplicação do artigo 114, da Constituição Federal, com o consequente reconhecimento da competência da Justiça Comum para processar e julgar a demanda. O relator, Ministro Cezar Peluso, em seu voto ressaltou que o Supremo Tribunal Federal tem assentado que compete à Justiça do Trabalho apreciar pedidos de complementação de aposentadoria no âmbito da Previdência Privada nas hipóteses em que a instância ordinária reconhecer que a relação jurídica decorre do contrato de trabalho.

Assim, após anos de debate, por meio de julgamento de mérito proferido no dia 20 de fevereiro de 2013, em grau de repercussão geral (Recursos Extraordinários 586453 e 583050), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Justiça Comum Estadual como o órgão do Poder Judiciário detentor da competência material para apreciar e julgar demandas envolvendo previdência complementar, nos termos da Constituição Federal.

Como consequência, o STF encerrou a controvérsia quanto ao órgão jurisdicional competente para apreciar e julgar demandas envolvendo previdência complementar, sendo completamente afastada a competência da Justiça do trabalho para julgar essa matéria.

É importante ressaltar que a decisão proferida pelo STF tem efeito amplo e envolve toda e qualquer questão relativa à previdência complementar, salvo aquelas que têm competência específica delimitada pela Constituição Federal, tais como as demandas que também envolvam a União, nos termos do artigo 109 da Constituição Federal.

Segue a decisão do STF, publicada no Informativo 695:

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal indeferiu o pedido de nova sustentação oral feito pelos amici curiae. Colhido o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso para reconhecer a competência da Justiça Comum, vencidos os Ministros Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa. Não votaram os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber por sucederem, respectivamente, aos Ministros Cezar Peluso e Ellen Gracie. O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido da exigência de quorum de 2/3 para modular os efeitos da decisão em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que entendiam haver a necessidade de maioria absoluta. Participaram da votação

na questão de ordem os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber. Em seguida, o Tribunal modulou os efeitos da decisão para reconhecer a competência da justiça trabalhista para a execução de todas as causas da espécie que hajam sido sentenciadas, até a data de hoje (20/2/2013), nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora), até final execução, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Participou da votação quanto à modulação o Ministro Teori Zavascki, dela não participando a Ministra Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.2.2013.

Importante destacar o posicionamento do presidente da Corte, Ministro Joaquim Barbosa que, na ocasião dos referidos julgamentos, apresentou seu voto-vista, acompanhando posicionamento do Ministro aposentado Cezar Peluso, no qual defendia a competência da Justiça do Trabalho para julgar os casos de complementação de aposentadoria no âmbito da previdência privada quando a relação jurídica decorrer do contrato de trabalho. Esse posicionamento ficou vencido e contou também com o voto da Ministra Cármen Lúcia.

Conforme defendeu o Ministro Peluso, na ocasião do seu voto, caberia ao juiz da causa avaliar se determinados processos iriam tramitar na Justiça do Trabalho ou na Justiça Comum. De acordo com ele, se o processo fosse decorrente de contrato de trabalho, seria de competência da Justiça do Trabalho, mas se a matéria não estivesse relacionada ao contrato de trabalho, a Justiça Comum seria competente para análise do processo.

Destaca-se o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa que, ao votar, demonstrou que, entende que não há como desvincular o contrato de trabalho, do contrato previdenciário em discussão, veja:

*Segregar o contrato de previdência privada complementar das relações de direito de trabalho eventualmente existentes entre o indivíduo e o patrocinador, com repercussão no que tange à fixação da Justiça Comum como a competente para o julgamento dos conflitos decorrentes desse tipo de ajustes.*¹⁷

Ainda em seu voto, Joaquim Barbosa afirmou que refuta a tese de que o artigo 202, parágrafo 2º, da Constituição Federal poderia amparar a conclusão de que a Justiça do Trabalho não seria mais competente para decidir as ações que envolvem o pleito de complementação da aposentaria.

Por fim, ao aplicar a técnica de modulação dos efeitos dessa decisão, o STF também decidiu serem nulos apenas os processos em tramitação na Justiça do Trabalho que não obtiveram qualquer sentença de mérito até a data deste julgamento, 20/02/2013 e que estes deverão ser remetidos imediatamente para a Justiça Comum Estadual.

3.3 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais

Por óbvio, o conflito se iniciou em razão de entendimentos diversos sobre o tema, a doutrina e a jurisprudência se dividiam ao analisar a matéria, o que gerava insegurança jurídica para as relações estabelecidas. Tratar-se-á sobre a divergência de posicionamentos.

3.3.1 Competência trabalhista

Aqueles que defendem a competência da Justiça do Trabalho fundamentam-se, principalmente, no entendimento que a causa de pedir e o pedido definem a natureza da demanda e determinam de que órgão judicial é a competência material para julgá-la, sendo irrelevante para este efeito qual o direito material aplicável.

Isso em razão da necessidade de exame da relação trabalhista anterior, já que o benefício previdenciário está ligado à relação de emprego, sendo esta pressuposto da vinculação com a entidade de previdência fechada.

Neste sentido, parte da doutrina entendia que a Justiça do Trabalho era a competente para julgar essas demandas, esclarece Ilse Lora:

Nada obsta – antes recomenda – que o juiz do trabalho, familiarizado que está com as peculiaridades próprias do Direito do Trabalho e suas implicações no contrato de trabalho, também venha a examinar eventuais litígios decorrentes de vinculação a entidade de previdência fechada, patrocinada pelo empregador, e a qual o empregado somente se filiou, ainda que de forma facultativa, em razão de precedente vínculo de emprego com a patrocinadora. (LORA, 2011)

Colacionam-se diversos entendimentos de Tribunais, tanto Cíveis, como Trabalhistas:

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A controvérsia atinente à complementação de aposentadoria atrai a competência da Justiça do Trabalho. Se não tivesse existido o contrato de trabalho entre

o reclamante e a primeira reclamada, não haveria como existir relação obrigacional quanto ao pagamento da complementação de sua aposentadoria. Sentença que se mantém.

(TRT-9 2472012594900 PR 247-2012-594-9-0-0, Relator: SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS, 6A. TURMA, Data de Publicação: 17/08/2012)

No julgado cima, entenderam os I. julgadores, que em razão da origem em um contrato de trabalho, não há como retirar a competência da justiça especializada. No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região:

RECURSO DE APELAÇÃO COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA DECORRENTE DE CONTRATO DE TRABALHO COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIALIZADA. 1. Incompetência da Justiça Comum Estadual. 2. Parte autora que aderiu ao plano de previdência privada em razão do contrato de trabalho celebrado com o antigo Banco Banespa S.A. 3. Inteligência do artigo 114, IX, da CF, com a redação dada pela EC nº 45/04. 4. Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal e desta Corte de Justiça. 5. Anulação da r. sentença e determinação de remessa dos autos a uma das Varas da Justiça do Trabalho competente. 6. Recurso não conhecido, com determinação.

TJ-SP - APL: 17923020118260575 SP 0001792-30.2011.8.26.0575, Relator: Francisco Bianco, Data de Julgamento: 17/09/2012, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/09/2012)

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O texto constitucional, no art. 114, atribui, claramente, à Justiça do Trabalho a competência para conciliar e julgar as controvérsias oriundas da relação de trabalho. O vínculo entre o reclamante e a CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - P R E V I - é oriundo da relação de emprego que era mantida por ele com o BANCO DO BRASIL S/A. De outro modo não poderia ser filiado à entidade de previdência privada demandada, posto que o Contrato de Adesão ao plano de previdência privada da PREVI é exclusivo aos empregados do banco e

aos da própria caixa (art. 4º do Regulamento). ALTERAÇÃO DO REGULAMENTO. ATO ÚNICO. PRESCRIÇÃO TOTAL. SÚMULA 294 DO C. TST. O cálculo da complementação de proventos com base no novo regulamento vigente à época da aposentadoria do trabalhador, e a consequente desconsideração das regras anteriores, vigentes quando de sua admissão ao emprego, constitui ato único de alteração do pactuado, que afeta direito não assegurado em lei, por isso sujeito a prescrição total, nos termos da Súmula nº 294 do Colendo TST.

(TRT-7 - RO: 2013005420095070009 CE 0201300-5420095070009, Relator: MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO, Data de Julgamento: 25/07/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/08/2011 DEJT)

Com argumento distinto, de que o benefício da complementação de aposentadoria é sustentado pelo Empregador, entendeu no mesmo sentido o Tribunal Regional da 4ª Região:

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA. É competente a Justiça do Trabalho para apreciar ações relativas ao tema "complementação de aposentadoria", quando se trate de benefício suportado por ex-empregador (direta ou indiretamente, por meio de entidade a ele vinculada) e decorrente de vínculo de emprego mantido com o beneficiário. (...)

(TRT-4 - RO: 1250006420075040022 RS 0125000-64.2007.5.04.0022, Relator: RICARDO CARVALHO FRAGA, Data de Julgamento: 15/06/2011)

Aqueles que julgam em favor da Competência Trabalhista, entendem que a causa de pedir e o pedido definem a natureza da demanda e, em consequência, determinam de que órgão jurisdicional é a competência material para julgá-la, sendo irrelevante para este efeito qual o direito matéria aplicável.

Com pequena amostra de entendimentos, vê-se que os argumentos para a manutenção dessas ações na Justiça do Trabalho são convincentes e temo condão de formar entendimento diverso do manifestado pelo STF.

3.3.2 Competência cível

Aqueles que entendiam ser competente a Justiça Comum, acompanhados pelo atual posicionamento do STF, justificavam a

manutenção dos processos no âmbito cível pelo argumento principal, já tratado neste trabalho, de que o contrato de previdência complementar fechada é puramente civil, sendo um ato de vontade do empregado e totalmente independente da relação de trabalho anteriormente estabelecida.

Ainda, sustenta-se o entendimento pela análise do já citado artigo 202, §2º, da Constituição Federal:

Artigo 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

(...)

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

A análise do artigo fundamenta-se na literalidade do texto, que é expresso ao narrar que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes.

Essa corrente não reconhece o argumento de que toda e qualquer demanda de complementação de aposentadoria sobre sistema de previdência privada decorria do contrato de trabalho. Neste sentido, diversos julgados dos Tribunais de todo o país, destacam-se:

APELAÇÃO Complemento de aposentadoria, em previdência privada Competência da Justiça Comum Incorporação das horas extras por acordo, em Comissão de Conciliação Prévia, que reconheceu o desvio de função Reflexo no benefício de complementação de aposentadoria Possibilidade Horas Extras habituais são verbas que se incorporam ao salário do trabalhador Extensão aos benefícios de complemento de aposentadoria, quando inativos Sentença de procedência mantida RECURSO DESPROVIDO. 1. É da competência da

Justiça Comum Estadual ação referente à complementação de aposentadoria, por previdência privada, com pretensão de revisão de benefício. 2. Pelo princípio da actio nondum nata non praescribitur, o prazo prescricional tem início ao tempo em que se tornou possível o exercício da pretensão resistida. 3. Horas extras habituais, por desvio de função, reconhecidos em acordo no Sindicato da categoria, em Comissão de Conciliação Prévia, devem ser consideradas incorporadas ao salário para efeito de repercussão nos benefícios previdenciários complementares da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - Previ.

(TJ-SP - APL: 1411270520098260100 SP 0141127-05.2009.8.26.0100, Relator: Vicente de Abreu Amadei, Data de Julgamento: 07/08/2012, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/08/2012)

DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA.COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUMESTADUAL. ABONO ÚNICO PREVISTO EM ACORDO COLETIVO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. CLÁUSULA QUE CONTEMPLA, PROMSORIAMENTE, OSTRABALHADORES EM ATIVIDADE. AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA. EXTENSÃO AOSINATIVOS INDEVIDA. 1. Compete à Justiça comum estadual processar e julgar ação de complementação de aposentadoria movida por participante em face de entidade privada de previdência complementar, por cuidar-se de contrato de natureza civil. Precedentes. 2. O abono único previsto em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho para os empregados da ativa não integra a complementação de aposentadoria dos inativos, por interferir no equilíbrio econômico e atuarial da entidade de previdência privada. Arts. 3º, parágrafo único, e 6º, § 3º, da Lei Complementar n. 108/2001 e 68, caput, da Lei Complementar n. 109/2001. 3. O abono único não é extensivo à complementação de aposentadoria paga a inativos por entidade privada de previdência complementar. 4. Recurso parcialmente provido.

(STJ - REsp: 1281690 RS 2011/0214298-4, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 26/09/2012, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/10/2012)

De grande valor e brilhantismo, destaca-se a decisão publicada no dia 30/06/2009, nos autos do Recurso Extraordinário nº. 599.694-8, sendo Relator o ilustre Ministro Eros Grau:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: Discute-se no presente recurso extraordinário a competência para processar e julgar as ações referentes à complementação de pensão ou de proventos de aposentadoria paga por entidade de previdência privada. 2. O Tribunal a quo decidiu que a competência é da Justiça do Trabalho, vez que a relação decorre de contrato de trabalho. 3. A recorrente sustenta a competência da Justiça Comum. Alega a violação do disposto nos artigos 114 e 202, § 2º, da Constituição do Brasil. 4. Deixo de apreciar a existência da repercussão geral, vez que o art. 323, § 1º, do RISTF dispõe que “[t]al procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral”. 5. Assiste razão à recorrente. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que compete à Justiça Comum o julgamento das ações que envolvam complementação e aposentadoria paga por entidade de previdência privada, “por não decorrer essa complementação pretendida de contrato de trabalho” [RE n. 470.169-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 5.5.06]. Dou provimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC. Declaro invertidos os ônus da sucumbência, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita”.
RE nº 599.694-8, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 30/06/2009).

Tratando do tema Wladimir Novaes Martinez faz importantes ponderações, destaca-se por oportuno:

A relação jurídica, além de simples patrocínio, é seguro privado compulsório em favor de terceiros, os seus empregados, com a nuance de, inicialmente, se poder fixar as condições desse seguro. Uma vez implantada a entidade, não como alterá-la sponte propria, restando então, simples adesão ao contrato estabelecido. (MARTINEZ, 1996)

Sendo este o fundamento base dos doutrinadores que entendem ser a Justiça Comum competente para julgar o litígio, é entendido que, independente da causa de pedir, o pedido de complementação de aposentadoria é puramente cível, posto que o contrato de adesão de plano previdenciário é independente do contrato de trabalho.

4 O PREJUÍZO DA DEFINIÇÃO

Com o julgamento e modulação dos efeitos da decisão do Superior Tribunal Federal passar-se-á enfrentar um novo problema, de ordem processual.

Qual deverá ser a postura do funcionário de determinada empresa que pretende pleitear o recebimento de determinadas verbas trabalhistas e, por consequência, sua integração ao salário e repercussão na aposentadoria? Restam, a princípio, duas opções para este, agora Reclamante.

Cumprе esclarecer, antes de apresentar possíveis caminhos para este Reclamante que, em casos em que se discuta tão somente o contrato previdenciário, de adesão, suas cláusulas e aplicação, a competência deverá ser, sem dúvida, da Justiça Comum. O problema aqui exposto trata dos casos em que se tenha, na causa de pedir, também verbas trabalhistas como, por exemplo, o pagamento de horas extras, pedido de equiparação salarial, pagamento de adicional noturno, de insalubridade, dentre outros.

O Reclamante deverá ajuizar, concomitantemente, duas ações distintas: uma em face a Justiça do Trabalho Especializada, para discutir as verbas de natureza trabalhista, e outra na Justiça Comum, para pleitear a revisão do benefício, sendo que este pleito ainda não tem a causa de pedir definida, visto que a repercussão das verbas trabalhistas, em discussão, é que irá gerar a expectativa de direito a uma complementação de aposentadoria.

Ainda, se as ações forem propostas em momentos distintos, sendo a de complementação de aposentadoria ajuizada somente após o trânsito em julgado da ação que se pleiteia verbas trabalhistas. E, neste caso, considera-se que a prescrição, em âmbito cível, estaria suspensa pelo ajuizamento de ação no foro trabalhista, por aplicação analógica do artigo 219¹⁸ do Código de Processo Civil.

Outro problema está, analisando um segundo momento, em que a ação trabalhista já tenha transitado em julgado, e esteja em análise o pedido de complementação de aposentadoria. Neste momento, o Juiz Cível torna-se incompetente, haja vista que não lhe compete dizer se uma verba trabalhista repercute ou integra no pagamento da aposentadoria.

O cenário estabelecido, assim, é de extrema morosidade, confrontando com princípios processuais, como o da celeridade e da economia processual, tendo em vista a necessidade

clara de um ajuizamento de duas ações, a movimentação e custos da máquina judiciária são imensos.

O correto, corroborando com o voto anteriormente citado do Ministro Joaquim Barbosa, seria o ajuizamento de uma única ação, contra o empregador e o patrocinador do plano de previdência privada complementar e, para apreciar tal demanda, a atração seria para Justiça Especializada do Trabalho. Destaca-se, nesse ponto, que somente o Juiz Trabalhista tem competência para avaliar o deferimento de qualquer verba de natureza trabalhista e se esta tem condão de repercutir na aposentadoria, outro pleito da demanda.

Conclui-se que, nos moldes atuais da decisão, a morosidade seria de extremo prejuízo para o empregado, pois este precisaria ajuizar duas ações, esperando o deferimento de uma, para o prosseguimento de outra.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que, com razão, os argumentos da decisão tem caráter definitivo, mostra-se mais plausível sustentar a possibilidade da análise individual para a definição da competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações em comento. Com efeito, tais demandas exigem exame da relação trabalhista precedente, em razão do benefício previdenciário estar ligado à relação de emprego, sendo este pressuposto da vinculação com a entidade de previdência fechada. Desta forma, não há como afastar-se sua natureza de lide decorrente da relação de emprego.

O que se buscou demonstrar é que, em determinados casos, não há como retirar a competência da justiça especializada trabalhista para julgar as demandas de previdência privada, oriunda de contrato de trabalho, face o risco e prejuízos imensos para o empregado, beneficiário do plano de previdência complementar fechada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição*. Brasília, DF: Senado, 1988. *da República Federativa do Brasil*

BRASIL. Legislação. <www4.planalto.gov.br/legislação>.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. *Direito Previdenciário - Parte introdutório e legislação de benefícios*. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris.

_____, Kerlly Huback. *Direito Previdenciário - Primeiras Lições de Previdência Complementar*. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris.

_____, Kerlly Huback. *Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2011

GODINHO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*, 19ª edição, Saraiva, 2005

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica* - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *A competência da Justiça do Trabalho para ações à previdência complementar fechada*. In Revista Síntese Trabalhista. São Paulo, v. 22, n. 261, março 2001

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Primeiras lições de Previdência Complementar* - São Paulo: LTr, 1996.

_____, Wladimir Novaes. *Pareceres selecionados de Previdência Complementar* - São Paulo: LTr, 2001.

_____, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário, tomo III - Direito Previdenciário Procedimental* - São Paulo: LTr, 1998.

_____, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2001.

MOLINA, André Araújo. *Competência material trabalhista. Critério científico para interpretação do inciso I do artigo 114 da CF/88*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2128, 29 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12723>>. Acesso em: 12 mai. 2013.

PINHEIRO, Ricardo Pena. *A demografia dos fundos de pensão*. Brasília: Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas de Previdência Social, 2007.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito Previdenciário avançado* - Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SLUSSEKIND, Arnaldo e Délio Maranhão. *Pareceres sobre direito do trabalho e previdência social*: Ed. LTR; São Paulo: 1998:

_____, Arnaldo. *Da relação de trabalho*. Revista LTr, v. 74, n. 3, 2009

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. Editora Impetus, 11ª edição, São Paulo, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*: Humeberto Theodoro Júnior - Rio de Janeiro: Forense, 2009

VIEIRA, Marco André Ramos. *Manual de Direito Previdenciário*. 6ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

NOTAS DE FIM

1 * Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

** Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-Minas. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Analista Judiciário do TRT/MG. Professora do Centro Universitário Newton Paiva e da Faculdade de Pedro Leopoldo e da Pós Graduação da Faculdade Pitágoras. Disponível em <planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/>

constitui%C3%A7ao91.htm>. Consultado em 04/05/2013.

2 Artigo 1º Fica creada em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados.

3 Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.

4 Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual e sobre o cálculo do benefício.

5 Organização da Seguridade Social e instituição do Plano de Custeio.

6 Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social

7 Regulamenta as Leis 8.212/91 e 8.213/91

8 Dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui o Plano de Custeio.

9 Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal.

10 Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei no 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências.

11 Disponível em <fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/03/22/fundo-de-previdencia-complementar-do-servidor-publico-federal-do-poder-executivo-funpresp-exe/>. Consultado em 01/06/2013

12 Ministro Aposentado do Tribunal Superior do Trabalho; Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

13 Disponível <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Consultado em 04/05/2013.

14 Disponível em <tst.jus.br/documents/10157/1209996/Temas+de+repercuss%C3%A3o+geral+de+Interesse+da+JT+2>. Consultado em 05/05/2013

15 RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 114 E

202, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. As ações trabalhistas que têm origem em conflito envolvendo plano de previdência complementar privada, instituído pelo empregador, situam-se no âmbito de incidência da competência da Justiça Trabalhista, haja vista que nesses casos a controvérsia tem origem na relação de trabalho existente. Incólumes os artigos 5º, LIV, 114 e 202, § 2º, da Constituição Federal. Recurso não conhecido.

16 AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO EM RAZÃO DA MATÉRIA. O contrato de trabalho não é observado nessa relação, que possui natureza civil. O fato de a empresa empregadora ser patrocinadora da Entidade de Previdência Privada não caracteriza que a relação entre agravante e agravado seja trabalhista, ao contrário, demonstra que a relação em tela decorre de contrato previdenciário. Afasta-se, então, a aplicação do artigo 114 da Constituição Federal. Competente a Justiça Comum processar o julgar a presente demanda. Orientação jurisprudencial do 3º Grupo Cível do TJRS. Agravo provido.

17 Disponível em <stf.jus.br/portal/cms/verJulgamentoDetalhe.asp?idConteudo=231195>. Consultado em 01/06/2013

18 Artigo 219, CPC: A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PEC 33/2011 À LUZ DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Ludmila Stigert¹

Marcela Santos Leite²

Michele Rocha Cortes Hazar³

Eduardo Henrique Pereira⁴

RESUMO: A sociedade brasileira presenciou, nos últimos dias, a grande repercussão de um possível conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário. A discussão pára sobre a iniciativa de um projeto de Emenda Constitucional, o qual, resumidamente, subordinaria decisões do Supremo Tribunal Federal à convalidação pelo Congresso Nacional. Viu-se publicamente, representantes de ambos os poderes defenderem seus pontos de vista e justificarem suas posições. Muito se falou da independência e separação dos poderes como princípio garantidor de um regime democrático. O que se constata no atual cenário político-social brasileiro, é um Poder Legislativo enfraquecido, em contrapartida, o Judiciário nunca fora tão bem visto aos olhos da sociedade, alcançando o status de maior defensor dos direitos dos cidadãos. Assim, faz-se necessário a utilização de um sistema eficiente, o qual seja capaz de assegurar a harmonia e a cooperação entre os órgãos que exercem as funções estatais.

PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes. Crise. PEC 33/2011.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Constitucional

1 INTRODUÇÃO

A separação dos poderes consolidou-se como princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Fundamenta-se na inteligência de que os poderes-funções do Estado devem atuar num sistema de cooperação e respeito mútuos, não devendo haver preponderância de um poder sobre o outro.

Na realidade atual brasileira, o que se percebe é um Poder Judiciário fortalecido, consubstanciado em um crescente ativismo judicial, em detrimento de um Legislativo inerte e descrente perante a sociedade.

A PEC 33/2011 é um projeto de emenda constitucional que busca alterar a sistemática na forma como é exercido o controle de constitucionalidade das leis, ao submeter as decisões do Supremo Tribunal Federal ao controle posterior pelo Congresso Nacional. Seu mentor foi o deputado Nazareno Fonteles, do PT de Piauí.

Tal proposta visa alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, sendo que hoje basta a votação por maioria simples. Além disso, ela também procura condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Caso o Congresso Nacional se oponha ao que fora decidido

no Supremo Tribunal Federal, a questão é submetida à consulta popular. Não se pode olvidar que a proposta em questão busca trazer à baila os limites do ativismo judicial muito comum nas decisões do STF.

O que se pode perceber é que a PEC 33 desponta no cenário nacional como uma tentativa do Poder Legislativo resgatar para si a sua atribuição principal, assim como a sua representatividade, impedindo que o Judiciário figure como órgão legislador negativo.

O presente artigo não tem a pretensão de defender um ou outro posicionamento, buscando apenas trazer a lume uma discussão atual, bem como fomentar a reflexão em torno das questões apresentadas, mesmo porque o tema ora em debate não apresenta uma resposta clara e objetiva no texto da Constituição: trata-se muito mais de uma análise de política legislativa e de política judiciária.

2 BREVE ANÁLISE ACERCA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DE SUA APLICAÇÃO NOS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS

A teoria clássica da separação dos poderes originou-se da necessidade de rompimento com o Estado Absolutista. A concentração do poder em mão de um único ente soberano, o monarca, não mais atendia aos ideais de liberdade difundidos entre

as camadas sociais, fossem elas representadas pela burguesia ou pelos súditos.

Com a queda do absolutismo nasce o Estado Liberal, o qual se caracteriza pelo enfraquecimento de atuação do Estado, uma vez que não mais se admitia sua interferência na vida social. A razão de ser deste novo Estado estava fundada na liberdade individual dos seus cidadãos, portanto, cenário propício para o surgimento e consolidação de uma teoria limitadora dos poderes estatais.

A noção mais remota acerca da separação dos poderes remete-se ao pensador grego Aristóteles, o qual julga extremamente nocivo a centralização e exercício do poder por uma só pessoa.

Na obra de Locke, no século XVII, há a primeira estruturação doutrinária da separação dos poderes. Segundo Dallari (2010, p. 218):

Baseado, evidentemente, no Estado inglês de seu tempo, LOCKE, aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se trata do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como "o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras.

No entanto, somente no século XVIII, com o barão de Montesquieu, é que se conheceram as bases da teoria da separação de poderes nos moldes ainda hoje estudados. Montesquieu, em sua sistematização, além de conceber a existência de três espécies de poderes estatais, preceitua que estes devem ser harmônicos e independentes entre si, não mais se concentrando unicamente na pessoa do soberano.

Montesquieu (*apud* Azambuja, 2001, p. 179), assevera que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo está unido ao poder Executivo, não há liberdade, pois é de se esperar que o mesmo monarca ou assembleia faça leis tirânicas e as execute tiranicamente. Não há também liberdade, se o poder de julgar não está separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se aquele estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz será também legislador. Se o poder de julgar estiver unido ao

Poder Executivo, o juiz terá força de um opressor. Tudo estará perdido se o mesmo homem ou a mesma assembleia de notáveis, ou de nobres ou do povo exerce os três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções e o de julgar os crimes ou dissídios dos particulares.

Desta feita, ante ao veemente desejo de ruptura com o poder supremo e absoluto do rei, a teoria da separação dos poderes elevou-se a um verdadeiro dogma constitucional dos Estados Modernos, servindo de inspiração para diversos movimentos revolucionários, e de fundamento principiológico para várias Constituições, incluindo a Constituição Federal Brasileira de 1988, que em seu art. 2º adotou expressamente a ideia de poderes harmônicos e independentes entre si.

Ressalta-se que a Constituição Pátria deu tratamento especial à separação dos poderes ao ascender a teoria à categoria de cláusula pétrea, dispondo em seu art. 60, § 4º, inciso III, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação dos poderes.

A teoria de tripartição dos poderes consolidou-se como mecanismo de garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e do próprio Estado Democrático de Direito, haja vista que a sua estruturação de poderes, exercidos por diferentes órgãos, cada um preservando sua autonomia e buscando equilíbrio entre si, visa a coibir ações arbitrárias por parte do Estado.

Alguns autores, porém, criticam a denominação "separação de poderes", justificando-se no fato de que o poder do Estado é soberano, uno e indivisível. Lecionando, pois, ser mais sensato e correto a utilização do termo separação de funções do Estado, exercidas por órgãos distintos. Assim, o Estado teria sua função Executiva, de ordem do Chefe de Estado, função Legislativa, desempenhada pelo Congresso Nacional e sua função Judiciária, de competência dos Tribunais.

Outro ponto discutido entre os doutrinadores é a classificação dos poderes estatais em soberanos e independentes. Grande parte dos escritores defende que os poderes-funções são, na verdade, autônomos e interdependentes, funcionando num sistema de cooperação e controle mútuos, afastando-se assim, a ideia de uma separação absoluta dos poderes.

Nesse sentido, assevera Magalhães (2004):

Importante lembrar que os poderes (que reúnem órgãos) são autônomos e não soberanos ou independentes. Outra ideia equivocada a respeito da separação de poderes é a de que os poderes (reunião de órgãos com funções preponde-

rantes comuns) não podem, jamais, intervir no funcionamento do outro. Ora, esta possibilidade de intervenção, limitada, na forma de controle, é a essência da idéia de freios e contrapesos.

Por fim, para se entender a aplicação relativizada da teoria da separação dos poderes em tempos atuais, cumpre fazer um paralelo entre o Estado Liberal e os Estados Contemporâneos. É certo que o Estado atual contraiu responsabilidades de ordem social que o Estado Liberal jamais conheceu. Atualmente, a esfera de atuação estatal na sociedade, vai muito além de se colocar o Estado no papel de garantidor das liberdades individuais, não havendo, portanto, espaço para uma separação rigorosa de suas funções.

O citado autor (2004) ainda continua aduzindo que:

Com a evolução do Estado moderno, percebemos que a idéia de tripartição de poderes se tornou insuficiente para dar conta das necessidades de controle democrático do exercício do poder, sendo necessário superar a idéia de três poderes, para chegar a uma organização de órgãos autônomos reunidos em mais funções do que as três originais. Esta idéia vem se afirmando em uma prática diária de órgãos de fiscalização essenciais a democracia como os Tribunais de Contas e principalmente o Ministério Público. Ora, por mais esforço que os teóricos tenham feito, o encaixe destes órgãos autônomos em um dos três poderes é absolutamente artificial, e mais, inadequado.

Nota-se assim, que a clássica separação dos poderes foi historicamente importante para a ruptura com o absolutismo da realeza. No entanto, já não se mostra totalmente eficaz para viabilizar as ações do Estado no cenário atual, uma vez que esta atuação consubstancia-se por uma grande ingerência estatal na vida da sociedade. Urge, portanto, a necessidade de um novo sistema de exercício das atividades do Estado, capaz de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos bem como a proteção ao Estado Democrático de Direito.

3 CRISE NA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O cenário atual, no que tange à realidade atual, sofre um grande impasse no cenário jurídico, político e cultural, principalmente no que diz respeito a um dos corolários do Estado Democrático de Direito, qual seja a separação e a harmonia dos poderes, previstos no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Uma constante mutação social, principalmente no âmbito político e jurídico alterou, de maneira substancial, a compreensão de lei como sendo a vontade maior do povo, colocando em crise o conceito de democracia representativa.

É possível observar que a separação expressiva entre poder legislativo e poder executivo vem sendo, em muito, mitigada, já que atualmente a lei tornou-se produto da vontade dos partidos ou coligações de representatividade majoritária. A separação entre os poderes que se verifica hoje é uma separação estabelecida entre governo e oposição, sendo deixadas à margem todas as promessas e os objetivos traçados no período das campanhas eleitorais.

É importante ressaltar ainda a inércia do poder legislativo no que diz respeito à criação de normas exigidas pela própria Constituição Federal dificultando, em muitas circunstâncias, a própria realização do direito no caso concreto. Como bem menciona Canotilho (2001, p.331):

a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo não fazer, trata-se, sim, de não fazer aquilo que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.

Em face dessas questões, o poder executivo acaba por exercer em demasia atividades legislativas, através das denominadas medidas provisórias, e, também por consequência, a sociedade passa a enxergar no judiciário a única saída para efetivação de seus direitos, já que os eleitos para realizar a vontade popular deixam muito a desejar. Com efeito, essa situação determinou o fenômeno de judicialização da vida e do sistema, dando origem a um excessivo ativismo judicial.

4 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização e o ativismo judicial são fenômenos distintos, e, por consequência apresentam conceitos diversos. Barroso (2009) nos ensina que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

O autor ainda afirma que a judicialização é um fenômeno

fático decorrente do modelo constitucional e não um “exercício deliberado da vontade política”. Em todas as situações em que se vislumbra a tal questão percebe-se que o judiciário age porque é provocado e deve exercer sua função judicante. Assim destaca o mencionado autor (2008) “Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”.

Quando faz menção a questão do ativismo judicial o ilustre autor afirma que se trata de uma “atitude” através da qual o judiciário interpreta de maneira expansiva e proativa o texto fundamental ampliando seus sentidos e alcance. A atitude supra-mencionada se manifesta de várias maneiras, dentre elas quando o judiciário, mais especificamente o STF lança mão do texto magno para dissolver conflitos não previstos em seu teor, ou ainda quando decide pela inconstitucionalidade de atos do poder legislativo sem adotar critérios adequadamente rígidos, e por fim, também, quando adota postura ativista ao impor determinadas ações ou omissões aos poderes públicos. Barroso (2009) discorre que:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Ainda no decorrer do artigo o autor trata de outro conceito, qual seja o de autocontenção judicial. Através da autocontenção o judiciário tem como objetivo reduzir sua influência no que diz respeito às atribuições dos demais poderes. Em torno desse cenário o poder judiciário evita aplicações exageradas da Carta Magna, não interfere excessivamente nas questões envolvendo políticas públicas, e, realiza um julgamento de inconstitucionalidade muito criterioso e com maior rigidez.

A realidade atual do Brasil vem sofrendo uma expressa influência ativista por parte do judiciário, que por vezes inova o ordenamento jurídico fazendo com que essa inovação tenha caráter normativo geral. Essa situação acaba por desaguar em uma crescente crise de “representatividade, legitimidade e funcionalidade” no que tange ao exercício do poder legislativo. Como exemplifica Barroso (2009):

Em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso per-

tence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional.

Diante de todo esse rebuliço o autor verifica um aspecto positivo referente ao fenômeno do ativismo judicial. É possível afirmar que através de suas condutas ativas o poder judiciário acaba por atender determinados anseios sociais, como, por exemplo, a vedação ao nepotismo, dentre outras situações, fáticas e jurídicas, que o parlamento não satisfaz, por qualquer que seja o motivo.

Porém, também deve ser enumerado o aspecto negativo proveniente da prática supra-mencionada. O ativismo judicial, ainda segundo o posicionamento de Barroso (ano), representa uma ameaça a legitimidade democrática, um risco no que diz respeito à tripartição e a harmonia entre os poderes, trazendo ao contexto brasileiro uma verdadeira politização da justiça.

5 O ATIVISMO JUDICIAL E A ORIGEM DA PEC 33

Diante da exposição dos fatos e em vista da sociedade complexa, plural e aberta que existe hoje, percebe-se que o poder legislativo editou uma proposta de emenda à Constituição Federal (PEC n. 33) que gerou críticas e divergências interpretativas, buscando, em síntese, resgatar as suas funções precípuas. Em suma, a PEC 33 tem por objetivo vincular algumas decisões do Supremo Tribunal ao Congresso Nacional, com o intuito maior de controle e de preservação da vontade democrática.

Antes de expor especificamente sobre a PEC33, mister se faz aduzir o contexto teórico da Emenda constitucional, conforme previsto no texto constitucional. Uma proposta de emenda à Constituição tem por objetivo propor alterações pontuais no texto constitucional, e os requisitos para que essa proposta possa ser realizada encontram-se dispostos no artigo 60 da Constituição Federal, quais sejam:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defe-

sa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (REPÚBLICA, 1988)

Em consonância com esses requisitos é que tramita a PEC 33 no Congresso Nacional, e vêm gerando uma série de polêmicas e divergências no mundo jurídico.

A finalidade da PEC 33 é alterar a quantidade mínima de votos (quatro quintos) de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo (O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes e a não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido implicará sua aprovação tácita), além de alterar o quórum de aprovação da súmula vinculante para quatro quintos e de submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

De acordo com Mendes (2013), é melhor fechar o STF se o Legislativo aprovar a PEC 33. Tal posicionamento do ilustre Ministro (2013) destaca que a PEC33 é extremamente absurda pelo fato de ter sido analisada sem muitos detalhes pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, e ainda afirmou que se um dia essa proposta vier a ser aprovada é melhor que se feche as portas do Supremo Tribunal Federal. Entretanto essa é a posição de um Ministro membro da Corte afetada pela emenda.

É necessário que se veja a posição de estudiosos sobre o assunto. Nesse cenário, ilustres juristas têm se manifestado a favor da aprovação da emenda.

Segundo o entendimento de Bercovici (2013) e Lima (2013), a proposta de emenda constitucional em análise é absolutamente envolvida de constitucionalidade e o seu teor em nada fere o artigo 60 da Constituição e tampouco, o princípio da separação dos poderes.

É possível observar ainda outra posição sobre o tema. Reis (2013) manifesta uma posição crítica em relação ao comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal. Em sua opinião, o Supremo Tribunal Federal não pode ser visto como fonte das melhores soluções para os conflitos apresentados. A doutrinadora também afirma que nos dias de hoje vivemos em uma realidade de "tensão e rivalidade" no que diz respeito ao âmbito de atuação de cada poder, e a PEC 33 ameaça o poder do Supremo Tribunal Federal, pois lhe impõe limites, fazendo-o deixar de agir como um órgão contramajoritário.

Reis (2013) ainda sustenta que os órgãos que atuam mediante o exercício da jurisdição deveriam agir com mais cautela e sutileza, pois o trabalho de análise do conteúdo do texto constitucional requer um exercício dialético, além de uma abertura às visões antagônicas e consideração à liberdade de ação do legislador.

A doutrinadora supracitada reflete que a proposta de emenda rompe com os padrões básicos da Constituição, bem como com a sua essência.

Como é possível observar, existem várias posições e vários questionamentos em volta de um tema inacabado e tão instigante como o que aqui se apresenta, já que a PEC33 ainda não foi aprovada.

A intenção do presente texto é instigar o raciocínio em torno das várias sistemáticas apresentadas. A única saída que resta é depositar as esperanças do Brasil no pensamento racional de todos esses doutrinadores e de tantos outros, para que, através de debates democráticos, discursivos e racionais se construa uma solução adequada e compatível com a democracia e com os princípios constitucionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto atual passa por uma intensa transformação no que diz respeito a estrutura constitucional, principalmente no que diz respeito ao assunto abordado neste artigo.

O sistema político e jurídico do Brasil passa por uma crise democrática que muito reflete no princípio da separação dos poderes tal como é em sua essência, e acaba gerando uma releitura forçada desse alicerce.

A judicialização da vida e o fenômeno do ativismo judicial são questões enfrentadas pelos três poderes e devem ser analisadas com toda cautela possível para que uma função não tome para si as atribuições das demais, gerando, com isso uma usurpação de

prerrogativas e de poderes. A PEC 33 é uma tentativa do legislativo de recuperar para si o exercício legítimo de seus trabalhos, que por conta de sua inércia ou por quaisquer outros motivos acabou ficando a cargo do judiciário, por motivos sociais, e, muitas vezes por exacerbação de suas funções.

A questão toda acaba girando em torno de polêmicas ainda maiores, como corrupção, descrença social, "briga" de ego entre os poderes, mas isso não é assunto para ser tratado neste artigo. O que se pretende abordar é mesmo a crise gerada por todo esse "rebolejo" e fazer com que os leitores reflitam sobre o assunto através das posições dos ilustres autores aqui apresentadas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo Judicial (2010)*. Disponível em: <jus.com.br/revista/texto/19512/ativismo-judicial>. Acesso em 11 de maio de 2013.

Autor desconhecido. *Juristas saem em defesa da PEC 33 (2013)*. Disponível em: <www.brasil247.com/pt/247/brasil/100790/>. Acesso em 13 de maio de 2013.

ÁVILA, André Cambuy. *O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil*. Disponível em: <www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/701/479>. Acesso em 10 de maio de 2013.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática (2009)*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/701/479>. Acesso em 11 de maio de 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, Agência. Gilmar Mendes diz que é melhor fechar as STF se Legislativo aprovar PEC33 (2013). Disponível em: <ultimainstancia.jusbrasil.com.br/noticias/100480393/gilmar-mendes-diz-que-e-melhor-fechar-stf-se-legislativo-aprovar-pec-33>. Acesso em 12 de maio de 2013.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ISRAEL, Nonato. *Jane Reis: "O Supremo não é oráculo"*. Disponível em <www.osconstitucionalistas.com.br/jane-reis-o-supremo-nao-e-oraculo>. Acesso em 12 de maio de 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (2004). *A teoria da separação de poderes. Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5896>. Acesso em: 17 maio 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. Trad. Roberto Leal Ferreira. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PINTO, Taís Caroline; ZANATA, Mariana Lobo. *Ativismo judicial: uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: sítio desconhecido.

SAENGER, Glaucia Fernandes Paiva. *O Ativismo Judicial na Consecução de Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao_1semestre2009/trabalhos_12009/glauciaaenger.pdf>. Acesso em 25/06/2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tradução de Juarez Tavares. *Poder Judiciário: crise, acertos e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NOTAS DE FIM

1 Mestra em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Professora do Centro Universitário Newton Paiva.

2 Aluna da Pós graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

3 Aluna da Pós graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

4 Aluno da graduação do Curso de Direito da Faculdade de Minas- FA-MINAS-BH

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Flávia Luísa Firmo e Santos¹

Amanda Helena Azeredo Bonaccorsi²

RESUMO: O enfoque desse trabalho é a apresentação de nova tendência da ciência processual, aplicada em âmbito trabalhista, qual seja: a distribuição dinâmica do ônus da prova. O objetivo é demonstrar que a tutela jurisdicional pode ser concedida de forma mais eficaz, tendo em vista as desigualdades entre os litigantes, as dificuldades reais em produzir determinadas provas e particularidades do processo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: ônus da prova – processo do trabalho – peculiaridades – dinamização

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

A ciência do Direito Processual revela a intenção da sociedade em se organizar, evitar os conflitos ou saber com quais métodos resolvê-los, mantendo a ordem e a estabilidade nas relações entre particulares, bem como entre estes e o Estado.

A evolução desta ciência buscou compreender as necessidades de todos, criando regras capazes de garantir os princípios do ordenamento jurídico. Para tanto, as diversas técnicas procedimentais devem ser eficazes ao máximo, respeitados os preceitos constitucionais não só pelo legislador, mas também pelos intérpretes, os juízes.

Especificamente em âmbito trabalhista, este artigo vislumbra algumas modificações que ainda podem ser feitas nas normas, para que o resultado da demanda seja mais eficaz.

O objetivo é, sob a ótica trabalhista, questionar a eficácia do ônus da prova determinado às partes de forma estática, observando artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, bem como do Código de Processo Civil - CPC.

Como veremos, o Direito Processual do Trabalho é uma das disciplinas que tendem a equilibrar a situação dos litigantes, por estes já se encontrarem em situação de desigualdade na maioria dos casos, devido ao tipo de relação que possuem.

O ponto-chave é a consideração de uma nova técnica processual, a distribuição dinâmica do ônus da prova, analisando as suas características e aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico.

2 PROVA PROCESSUAL

De modo geral, a importância da prova é algo bem difundido em nossa sociedade e está diretamente ligada ao senso de

justiça, que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Em âmbito jurídico, a orientação a que se propõe a prova tem a capacidade de retirar dúvidas que embaracem verdadeiro entendimento no processo. O contato entre os particulares e o Estado é algo legitimado por métodos e técnicas, sendo a prova um instrumento imprescindível para que, através de futura interpretação, seja possível efetivar direitos.

2.1 – O interesse social no processo e a importância da prova

Como toda a ciência jurídica, o processo, sendo o instrumento para a garantia dos interesses dos indivíduos, vem se desenvolvendo de modo a se tornar mais eficaz, haja vista que em cada época as principais preocupações e interesses dos diferentes povos refletem na construção do Direito. O processo se insere no contexto da evolução da humanidade como um produto de cada povo, sendo as normas processuais coerentes com cada período.

Cada grupo social é composto por inúmeras e variadas relações estabelecidas por seus indivíduos, ocasionando em diversos fatos jurídicos. Logicamente, nem sempre é possível verificar a compatibilidade de ideias, cumprimento de acordos pactuados ou indispensável boa fé entre essas pessoas.

Por sua vez, o Estado constituído por poderes (executivo, legislativo e judiciário) busca intervir nas relações privadas, garantindo direitos que são do interesse de todos, como a paz social, tratamento justo e igualitário, entre outros. Assevera-se que a organização estatal "é uma sociedade política criada pela vontade de unificação e desenvolvimento do homem, com intuito de regulamentar, preservar o interesse público" (SILVA JUNIOR, 2013).

Todavia, para que seja possível atingir a justiça objetiva (por meio dos órgãos estatais), o particular, se sentindo lesado em seu direito, faz jus à tutela jurisdicional, através da ação ajuizada perante o Poder Judiciário.

Para que este autor consiga obter resposta favorável ao seu pedido, deverá demonstrar a veracidade dos fatos que alega por meio de provas. Da mesma forma, o réu ao apresentar defesa, precisa também provar aquilo que narra como verdadeiro acontecimento.

Por outro lado, o juiz representando o Estado tem a função de administrar o conflito entre as partes a fim de resolvê-lo, valorando tais provas com base nas regras formuladas pelo legislador.

É indiscutível, portanto, a essencialidade da prova processual para que haja uma solução justa e eficaz ao litúgio. Bem discorre CREMASCO (2009, p.23) afirmando que:

Ao possibilitar ao juiz a reconstituição dos fatos ocorridos e, por conseguinte, a aferição acerca da veracidade ou não das afirmações trazidas a júízo pelas partes, as provas se apresentam como vetores cuja boa utilização é indispensável para o alcance dos resultados verdadeiros e justos.

De acordo com COUTURE (p. 136, 1999),

os fatos e atos jurídicos são objeto de afirmação ou negação no processo. Mas, como o juiz é normalmente alheio a estes fatos sobre os quais deve pronunciar-se, não pode se contentar com a simples manifestação das partes, e deve dispor de meios para verificar a exatidão destas preposições. É necessário comprovar a verdade ou a falsidade delas, com o objetivo de formar convicção a seu respeito.

Assim sendo, as provas são elementos de defesa das partes no processo, capazes de formar a convicção do juiz e, assim, proporcionar o melhor desfecho à demanda.

2.2 – Objeto da prova

As partes podem fazer uso de vários meios probatórios (pericial, documental, testemunhal, etc), mas antes devem verificar determinadas regras do processo.

Por haver, em primeiro momento, a oportunidade dos litigantes trazerem aos autos os fatos que consideram pertinentes, devem as provas se limitar a realidade fática que consta no processo, já que “não é dado ao julgador valer-se de elementos extra-autos para justificar a sua convicção no julgamento da lide” (CREMASCO, 2007, p.23).

MARINONI e ARENHART (2005, p.262) objetivamente ressaltam que :

O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que esse existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico processual e, assim, assumir relevância à demonstração de veracidade da alegação.

Ademais, a doutrina considera que as provas apresentadas devem fazer referência, exclusivamente, a fatos *relevantes*, mas também *controversos*, *pertinentes* e *determinados*.

Doutrinadores, como ALMEIDA, PAULA e GONÇALVES, compreendem como fatos controversos aqueles que não são admitidos, são negados, pela parte contrária. Os fatos pertinentes tem compatibilidade com a ação ajuizada, pois há o entendimento de que “a prova deve ser produzida dos fatos que compõe o litúgio, ou seja, dos fatos que direta ou indiretamente estejam relacionados com a ação” (PAULA e GONÇALVES, 2000, p. 95).

Por último, os fatos determinados são considerados exatos, precisos. Sobre estes ALMEIDA (2009, p.545) observa que “a prova deve recair sobre fatos com características suficientes para individualizá-los e distingui-los de outros fatos”.

Em contrapartida, como exceção, foram definidos pelo legislador, através do artigo 334 do CPC (BRASIL, 2013) tantos outros fatos que, por suas características, não precisam de provas. Caso estas sejam produzidas, poderão ser desconsideradas.

Art.334 - Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Ocorre que o juiz pressupõe a veracidade de tais fatos, retirando das partes o ônus probatório.

2.3 - A avaliação da prova feita pelo juiz

Com o intuito de definir o resultado da demanda, o juiz analisa as provas apresentadas pelas partes, valorando-as conforme achar devido, de modo a formar o seu livre convencimento. Entretanto, não pode-se considerar que o magistrado possa agir com arbitrariedade ao fazer essa avaliação, já que a decisão do juiz deve encontrar fundamento nos fatos relatados no processo.

Segundo a doutrina, esta regra está relacionada com o cha-

mado critério da persuasão legal. ALMEIDA (2009, p. 545) nos ensina que: “liberdade na apreciação da prova não é sinônimo de arbítrio. Ao juiz cumpre, ao valorar a prova, respeitar as leis da natureza e da ciência, assim como as regras de experiência comum e técnica”.³

3 ÔNUS DA PROVA

3.1 - Diferença entre ônus e dever

A respeito de como as partes atuam no processo, distinguem-se os termos *ônus* e *dever*.

Inicialmente, cabe considerar que competem às partes determinados encargos para que haja a solução do litígio. Tendo estes encargos consequências apenas para a parte que os possui, está ali presente um ônus. Compreende-se que este é um ato necessário à defesa dos próprios interesses, sendo opcional. “Pelo ônus caracteriza-se uma situação jurídica criada pela liberdade que concede à parte de ordenar a própria conduta: o sujeito do ônus tem a opção de escolher a realização do fato e a inatividade, que lhe trará resultado desfavorável” (PAULA e GONÇALVES, 2000, p. 25). Desse modo, abdicar de algo que é benéfico a si mesmo não implica em sanção em ordem processual, pois os prejuízos são individualizados.

Em contrapartida, o responsável pelo cumprimento de um dever, uma obrigação, atua ou deixa de atuar para que haja a garantia de um direito alheio, já que este “pode ser exigido por aquele a quem o seu cumprimento aproveita” (ALMEIDA, 2009, p. 571). O obrigado, no caso de manter-se inerte ou fazer o que não deveria, receberá sanções estipuladas em nosso ordenamento jurídico, com o intuito de minimizar os prejuízos trazidos pela omissão ou ação indevida, diferente do que ocorre tratando-se de ônus.

No entendimento de PAULA e GONÇALVES (2000, p. 15),

os deveres processuais são, pois, imperativos jurídicos em favor da adequada realização do processo. Assim é que, para as partes, a lealdade e a boa fé se erguem como deveres processuais gerais, além de expor os fatos em juízo conforme a verdade e de não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento bem como não como produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, como explicitado no art. 14 do CPC de 1973. São deveres do juiz os decorrentes de sua função de diretor do processo, como especificado no art. 125 do CPC, sendo que o art. 765 da CLT o reveste expressamente da mesma atribuição. O principal dever do juiz é

sentenciar e despachar, para o que não pode alegar lacuna ou obscuridade da lei (art. 126 do CPC).

No que tange ao ônus da prova, as partes tem a opção de trazer ao conhecimento do juiz todos os meios admitidos que sirvam para comprovar as suas alegações. Caso contrário, será extremamente difícil que o magistrado conceda o pedido, por falta de meios para fazê-lo. A liberdade em relação ao ônus ocorre por se tratar de interesses próprios, e não há melhores meios para defendê-los senão através de provas. Acreditando a parte que não lhe convém apresentá-las, estará sujeita às consequências.

3.2 - Definição do ônus probatório no Processo do Trabalho

O Processo do Trabalho e o Processo Civil, apesar de serem considerados por muitos como disciplinas autônomas, possuem estreita relação, tendo em vista o artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas (BRASIL, 2013) que define que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Quanto à distribuição do ônus da prova, a doutrina se divide entre aqueles que acreditam ser necessário aplicar o CPC e aqueles que atestam a não omissão da CLT e, por isso, ser esta suficiente para fundamentar a divisão das provas a serem apresentadas pelas partes.

Por força do art. 818 da CLT (BRASIL, 2013) “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, não obstante, o legislador definiu através do art. 333 do CPC que ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos e ao réu a prova dos fatos “impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor”.

Esta divisão do processo comum é explicada pela “teoria das normas”, desenvolvida pelo doutrinador Leo Rosemberg⁴ (1956, *apud* CARPES, 2010, p. 47), a qual determina que “cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável”. Em complemento a este raciocínio, muitos outros doutrinadores argumentam que o artigo do CPC completa os termos do artigo da CLT, por ser mais específico, e, já que não há oposição, não há problema em utilizar a norma comum.

Por outro lado, tantos outros creem que a norma celetista mesmo com o simples enunciado “possui dicção expressa e específica sobre a matéria, desautorizando, desta maneira, que o intérprete – a pretexto de que o art. 769, do mesmo texto, o permite – incursione pelos domínios do processo civil” (TEIXEIRA FILHO⁵, 1989 *apud* PAULA e GONÇALVES, 2000, p. 176)

É importante ressaltar que de acordo com a divisão detalhada do CPC, havendo carência de provas, se torna mais fácil ao juiz verificar a quem recairá a comprovação das alegações. De modo per-

tinente, ALMEIDA (2009, p.578) faz o seguinte questionamento ao considerar a aplicação da CLT: "Com efeito, se o fato não foi provado, qual será o conteúdo da decisão sobre a pretensão nele fundada?".

Segundo o autor,

é nesse ponto que se apresenta, como foi dito, a deficiência do art. 818 da CLT, que não fornece um critério a ser utilizado quando da incerteza irreduzível decorrente da falta de prova de fato relevante para a solução da lide. (...) O art. 333 do CPC, dessa forma, complementa o disposto art. 818 da CLT, quanto ao critério de julgamento a ser adotado pelo juiz ao deparar com a falta da prova de um fato relevante para o julgamento da demanda." (ALMEIDA, 2009, p.579).

Em ordem prática, ambos os artigos são utilizados como fundamento das decisões judiciais. Verifica-se abaixo exemplo de ementa formulada em julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (2013):

EMENTA: REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. VÍNCULO DE EMPREGO. Reconhecida pela reclamada a prestação de serviços da reclamante, é da empresa o ônus da prova de que a obreira labutava como representante comercial autônoma, como alegado em defesa, a teor dos artigos 333, II, CPC e 818, CLT. O artigo 1º da Lei 4.886/65 define o representante comercial autônomo como "a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios". Comprovado nos autos que a autora não se limitava à mediação para a realização de negócios mercantis, atuando também no controle de estoque, reposição e troca de mercadorias, bem como se ativava como supervisora, fiscalizando o trabalho executado por empregados da reclamada, resta descaracterizada a representação comercial autônoma, pelo que se impõe o reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes. (grifo nosso / Tribunal Regional do Trabalho – Recurso Ordí-

nário nº 0000527-49.2012.5.03.0057 . Rel. Antonio G. de Vasconcelos – Órgão julgador: Sétima Turma. Divulgação: 29/04/2013. DEJT. Página 314. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=8605>>. Data de acesso: 07/05/2013)

Logo, é perceptível que na realidade dos autos a integração de tais normas tem gerado um melhor entendimento.

3.3 - Princípios de destaque com o ônus da prova

3.3.1- Princípios constitucionais

3.3.1.1- Princípio da igualdade

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 2013) diz que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)". Neste sentido, fica evidenciado que os litigantes também devem ter direitos iguais, de modo a exercerem forças equivalentes na produção do resultado processual. É imprescindível, portanto, que os direitos das partes sejam cumpridos, além de percebidas as situações de hipossuficiência, buscando atingir a máxima constitucional.

Melhor dizendo, SILVA⁶ (1997, *apud* GUTERRES, 2006) arguiu que "a igualdade de tratamento, todavia, corresponde à igualdade nas oportunidades que serão oferecidas às partes no referente à prática dos atos processuais, encontrando certas restrições em alguns casos legais, não sendo, portanto, absoluto".

Ademais, de acordo com o art. 125, I, do CPC (BRASIL, 2013), "o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento".

3.3.1.2-Princípio do devido processo legal

O art. 5º, LIV, da Constituição Federal (BRASIL, 2013) indica que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Os atos praticados no processo são condicionados por este princípio, que resguarda às partes o direito de defesa e de presenciar o bom andamento processual, resultando em um julgamento coerente por meio de diversas técnicas.

Como trata THEODORO JUNIOR (2010, p.26),

a exemplo da Constituição italiana, também a Carta brasileira foi emendada para explicitar que a garantia do devido processo legal (processo justo) deve assegurar 'a razoável duração do processo' e os meios que proporcionem 'a celeridade de sua

tramitação' (CF, art. 5º, novo inciso LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional nº45, de 08.12.2004).

A não observância do devido processo legal implica em providências imediatas devido a sua imensa importância.

3.3.2- Princípios processuais gerais

3.3.2.1-Princípio do contraditório e da ampla defesa

O art. 5º, LV da Constituição Federal (BRASIL, 2013) prevê que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Com efeito, "o provimento judicial não deve representar uma surpresa para os litigantes nem mesmo quando resolve questão que ao juiz é dado conhecer de ofício" (THEODORO JUNIOR, 2010, p.34). É fundamental que as partes se manifestem em relação às variadas questões apresentadas durante o processo, cumprindo o princípio do contraditório.

Já o princípio da ampla defesa é visto como aquele em que:

A parte tem o direito de utilizar todos os meios processuais legalmente disponíveis. (...) Ao falar-se de princípio da ampla defesa, na verdade está se falando dos meios para isso necessários, dentre eles, assegurar o acesso aos autos, possibilitar a apresentação de razões e documentos, produzir provas testemunhais ou periciais e conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida. (Sem autoria. Disponível <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/293841/principio-da-ampla-defesa>. Data de acesso: 04/05/2013)

3.3.2.2 - Princípio da imparcialidade do juiz

Pautado no princípio do devido processo legal, este princípio determina que todo particular que compoñha tanto o polo ativo, quanto o polo passivo da ação, presencie julgamento feito de modo imparcial pelo juiz. Isso quer dizer que, como representante da sociedade, o magistrado ao exercer sua função não pode tender a uma das partes. Isto é fator primordial para que a justiça seja estabelecida no caso. O juiz não poderá ter interesse no resultado da demanda, tampouco ser influenciado por sua relação com algum dos litigantes, observando-se os casos de suspeição e impedimento previstos no Código de Processo Civil.⁷

3.3.3- Princípios próprios do Processo do Trabalho

3.3.3.1-Princípio da adequação

"O princípio da adequação é aquele que faz surgir das particularidades do Direito do Trabalho as particularidades do Direito Processual do Trabalho." (PAULA e GONÇALVES, 2000, p. 202).

As normas elaboradas ao processo garantem a aplicabilidade das normas trabalhistas de direito material. Desse modo, é fundamental o estudo com o intuito de tornar mais ampla essa garantia e fazer com que a tutela concedida pelo Poder Judiciário seja cada vez mais eficaz.

3.3.3.2 – Princípio da celeridade

O princípio da celeridade expõe que o processo deve ser concluído no menor espaço de tempo possível, sendo, porém, adotado de forma peculiar pela disciplina processual trabalhista, em virtude do caráter alimentar do crédito demandado.

Tem-se que o trabalhador, ao alcançar sua pretensão na demanda, estará garantindo a sua subsistência, bem como a de sua família, em diversos casos. Com efeito, é fundamental que as normas e seus aplicadores estejam contrários à morosidade do procedimento judicial, mas observando sempre o devido processo legal.

4 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

4.1- Aplicação da distribuição dinâmica

O Poder Judiciário se utiliza de um processo que é resultado das transformações ocorridas no passado, tornando-se um meio mais proveitoso para atingir sua finalidade. Nos primórdios do Direito, ocorreu de um processo não vinculado ao Estado, buscando apenas uma verdade provável através do diálogo das partes, se tornar, posteriormente, objeto de uma ciência. Nesta transformação surgiu o ônus probatório e métodos com a finalidade de impedir erros. Com a contínua evolução, o modelo argumentativo de prova deu lugar ao demonstrativo, "pela expressiva demora na conclusão das demandas judiciais, resultado indubitável do abuso da dialética" (CARPES, 2010, p.26). Esta movimentação propiciou a consecução de códigos processuais, entretanto, não era concedido ao juiz o poder que possui hoje de interferir na demanda por suas convicções, sendo apenas a *boca da lei*.⁸

A contínua evolução do Direito, contudo, permitiu que no atual ordenamento jurídico o magistrado tivesse função mais ampla e mais participativa perante a demanda, tendo em vista que

"o juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse

de natureza vital. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica." (NALINI⁹, 1994 apud BARREIROS, p.2).

Especificamente em relação à divisão dos encargos probatórios, é possível que, além dos litigantes, a produção de provas seja feita pelo magistrado, conforme o artigo 130 do CPC que dispõe: "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

Nada obstante, outros questionamentos são feitos às normas processuais, que continuam a modificar a postura do magistrado perante o caso concreto. De modo a buscar novos e melhores métodos ao processo, questiona-se a divisão do ônus da prova como é atualmente. Esta divisão é feita de forma estática, fixa, na qual o autor deve provar o fato constitutivo e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, segundo art. 333 do CPC.

Durante o procedimento judicial, os argumentos apresentados pelas partes vão ser responsáveis por reconstruir os fatos e aproximar ao máximo os elementos do processo à verdade. Contudo, por vezes, a parte incumbida de apresentar a prova se encontra em situação bastante difícil e não consegue cumprir com o ônus, havendo prejuízo para esse litigante, bem como para a sociedade que, pela formalidade imposta pela lei, não consegue satisfazer o anseio de justiça nestes casos.

Segundo a doutrina, esta situação diz respeito a chamada *probatio diabólica*. CARPES (2010, p. 90-91) considera que:

A imposição do ônus de uma prova cuja produção é extremamente difícil ou até mesmo impossível resulta a imposição de uma probatio diabólica, que, por sua vez, tem íntima ligação com a vedação do direito fundamental à prova. Em outras palavras, impor um ônus impossível de ser cumprido é o mesmo que vedar acesso à jurisdição: a tutela do direito, ou a possibilidade de sua negação pela parte ré, não será possível. (...) A probatio diabólica pode estar vinculada não somente ao estabelecimento do ônus de provar de um fato negativo, mas também à condição de hipossuficiência da parte onerada, em face das peculiaridades em face da controvérsia posta em causa ou, ainda, simplesmente em face de sua distância quanto ao material probatório.

Verifica-se que nessas situações não é possível obter uma

solução justa ao problema através da distribuição probatória estática. Esta divisão de encargos é geral e fixa, obviamente não se adequando a cada caso concreto. Diante disso, surge a teoria da dinamização do ônus da prova, a qual defende que cada demanda deve ser vislumbrada pelo juiz, que perceberá suas peculiaridades, e então determinará quem deverá comprovar cada fato trazido aos autos. Melhor dizendo, "o magistrado define, *in concreto*, qual dos litigantes tem melhores condições para comprovar cada um dos fatos controvertidos, impondo-lhe o ônus respectivo e, por conseguinte, o risco decorrente do seu eventual descumprimento." (CREMASCO, 2007, p.84).

Ressalte-se que diante da *probatio diabólica* não irá o magistrado transferir o ônus à outra parte se não estiver certo de que a prova realmente tem condições de ser levada aos autos de forma mais fácil. Caso contrário, tornaria impossível atingir o objetivo da teoria, qual seja: proporcionar a tutela jurisdicional de forma mais justa, apropriada e condizente com a verdade.

A teoria da carga dinâmica vem sendo acolhida cada vez mais pela doutrina e jurisprudência, baseando o Direito Brasileiro na ampla aplicação que ocorre no Direito Argentino, apesar de se ter notícia do surgimento deste diferente método no Direito Alemão¹⁰.

Mesmo com essa inovação, não há dúvidas de que a distribuição do art. 333 do CPC tem eficaz aplicação em muitos casos. Isso também faz parte da análise individualizada, não sobrepondo a nova teoria à mais antiga, de forma total. De acordo com CREMASCO (2007, p.85), a dinamização "representa um *plus* para acrescer e aprimorar o sistema clássico de distribuição".

Ademais, é de imensa importância o desenvolvimento de uma sociedade em que haja maior colaboração e preocupação em solucionar os conflitos da melhor forma, a fim de que a verdade possa transparecer, mesmo que somente com a provocação do Poder Judiciário. Para isso é fundamental o diálogo e a consciência de que:

A partir do momento em que se percebe que o direito serve à vida e que a lei é insuficiente para prever e regular todos os seus conflituosos contornos, abre-se espaço para uma concepção mais fluída de direito, baseada na convivência entre a noção de sistema e da atenção para o problema em concreto (CARPES, 2010, p. 72).

Por fim, de forma concisa CAMPOS¹¹ (1990, apud PAULA e GONÇALVES, 2000, p.186) diz que "o modo de se exercer a jurisdição afeta na tutela dos direitos", complementando o que foi dito.

4.2- Diferença entre distribuição dinâmica e inversão do ônus da prova

A distribuição dinâmica não se equivale à inversão do ônus da prova, mesmo havendo em ambos os casos alteração nos encargos probatórios.

A carga dinâmica é concretizada no processo quando o juiz, após exame do caso, entende não ser adequado aplicar o que a lei dispõe de forma estática. Sendo assim, cada litigante estará sujeito a apresentar qualquer tipo de prova, desde que seja realmente possível e mais simples a este. Verifica-se que o processo se torna instrumento maleável e, portanto, mais condizente com a realidade de cada caso e com os objetivos da tutela jurisdicional.

A inversão do ônus da prova é o inteiro deslocamento do encargo de uma parte à outra. Não há dinâmica, pois inverter é um meio rígido, que ocorre para casos pré determinados em lei, sendo também recepcionados pela jurisprudência. Melhor dizendo, o juiz fica alheio a uma apreciação própria, sendo mero aplicador da norma.

Nas palavras de CARPES (2010, p. 117),

o termo 'inversão' consagra a transferência do esquema legal imóvel e estático, de um lado para o outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal. Altera-se apenas o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando sua distribuição rigorosamente as mesmas qualidades que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto.

Nas relações consumeristas, particularmente os consumidores fazem jus a prerrogativa positivada no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2013), qual seja: "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

Como já abordado, nota-se que o magistrado meramente terá que verificar a presença de tais requisitos, sendo a inversão um direito garantido por lei. Ocorre que "se consagra a proteção à parte mais vulnerável da relação de consumo: o consumidor."¹²

Em âmbito trabalhista, "ao estabelecer que a prova das alegações incumbe a parte que as fizer, a CLT não dispensa o trabalhador de produzir a prova de suas alegações, ao passo de que o art. 852-D da CLT também impede a adoção da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador como regra" (ALMEIDA, 2009, p. 582).

Enfim, a distribuição dinâmica do ônus da prova é uma técnica que se mostra viável e capaz de melhorar as condições das partes no processo.

4.3 – Direitos fundamentais relacionados à carga dinâmica

Os direitos fundamentais, diante da sua essencialidade, trazem a necessidade de aplicação nas diversas relações existentes. Considera-se que, segundo PFAFFENSELLER (2007),

os Direitos Fundamentais, sob uma perspectiva clássica, consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. Sistematizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há quem se limite ao elenco de seu artigo 5º, no qual estão previstos os direitos e deveres individuais e coletivos. De certa forma, ali está descrito um vasto rol de Direitos Fundamentais, mas a isso não se restringem, e nem sequer à Constituição Federal ou à sua contemporaneidade.

Com o desenvolvimento social, percebemos que essa concepção clássica também sofreu modificações, sendo complementada. Conforme bem analisa ALVES (2012),

a ideia de que não só o Estado é órgão opressor dos indivíduos, mas também outros particulares (...) fez com que surgisse a eficácia horizontal, aplicada nas relações privadas, onde os interesses antagônicos são entre particulares. Enquanto a eficácia vertical é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particular-Estado, a eficácia horizontal é a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Sendo assim, a aplicação destes direitos tornou-se mais abrangente e coerente com a nossa realidade.

4.3.1- Direito fundamental de acesso à justiça

A justiça é demonstração do poder-dever do Estado em relação aos seus indivíduos, devendo agir incansavelmente na ampla defesa dos direitos. Garantir o acesso à justiça é conceder aos sujeitos a solução de controvérsias relevantes, sob o que determina a norma.

CAPPELLETTI e BRYANT (1988, p.12) dizem que "o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos."

Estes mesmos doutrinadores ainda aduzem que

o 'acesso' não é apenas um direito social funda-

mental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.(CAPPELLETI e BRYANT, 1988, p.13).

Sendo assim, quanto mais mecanismos forem criados para que este acesso seja efetivado, mais próximos estaremos de um Estado tal como almejado pela Constituição.

4.3.2 - Direito fundamental à igualdade

O tratamento igualitário é fundamento do Estado Constitucional, primordial ao alcance da justiça. Conforme disposto na Carta Magna, não poderá haver “distinção de qualquer natureza”¹³ entre os particulares. No entanto, é importante ressaltar a interpretação de que a assertiva é literalmente aplicada no caso dos indivíduos estarem em situação idêntica. Do contrário, se faz necessário o tratamento diferenciado para que a igualdade seja atingida.

5 APLICAÇÃO DA CARGA DINÂMICA NO PROCESSO DO TRABALHO

5.1 - Acesso efetivo à Justiça do Trabalho

Para que o acesso à justiça não fosse prejudicado pela situação financeira ou social do requerente, determinou o legislador que para ingressar em juízo trabalhista fica dispensada a figura do advogado. Esta prerrogativa é também conhecida como *jus postulandi*. O artigo 791 da CLT (BRASIL, 2013) prevê que “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

Segundo AMÂNCIO (2011), “a partir deste dispositivo, restou óbvio que as partes que desejassem postular na Justiça do Trabalho não teriam a necessidade de constituir procuradores para que os representassem.”

O autor também destaca a participação dos sindicatos como uma associação que atua na garantia do acesso à justiça do trabalho e ressalta que:

A assistência judiciária na justiça do trabalho tem disciplinamento próprio na Lei 5.548, de 26 de junho de 1970, que dispõe em seu artigo 14: Na justiça do trabalho, a assistência judiciária a que se refere à lei n. 1.060, 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo sindicato a que pertencer o trabalhador (AMÂNCIO, 2011).

A importância do acesso à justiça, todavia, não ocorre somente pela forma em que as partes ingressam em juízo. Os métodos e técnicas utilizados no processo tornam o litigante apto ou não à defesa de seus direitos. Como narrado neste tópico, indubitavelmente a Justiça do Trabalho possui meios eficazes para que o direito ao acesso à justiça seja garantido. Entretanto, outros métodos a serem aplicados na fase processual devem ser analisados para que haja a evolução do Direito e maiores garantias às partes, podendo considerar como um destes avanços a distribuição dinâmica do ônus da prova aplicada ao processo do trabalho.

5.2 - Princípio da igualdade como fundamento ao ônus dinâmico da prova

A teoria da carga dinâmica, como abordado anteriormente, tem a análise do juiz como critério para que haja a definição do ônus probatório. Revela-se, então, uma mudança nas técnicas utilizadas no processo, considerando precipuamente a ampliação da função do magistrado.

Diante desse contexto, o primeiro aspecto a ser observado no caso concreto é a igualdade entre os litigantes. É importante esclarecer que a teoria não busca uma igualdade linear, sem perceber as particularidades do caso concreto e, ainda, a situação de cada parte; o objetivo não é a *igualdade formal*. Na verdade o que se propõe é a realização de uma *igualdade substancial*, que visa a compreensão das necessidades dos litigantes e das diferenças entre eles.

Do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial e hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO¹⁴, 1995 apud PIRES, 2011, p. 47).

Assim, o ônus dinâmico da prova fundamentalmente determina que o juiz tenha a cautela de ajustar a aplicação das normas ao caso concreto, já que “as partes devem estar em condições isonômicas de participação na formação do juízo de fato. Assim a participação deve ser pautada pela igualdade a partir dos limites de suas efetivas possibilidades para colaborar com o alcance da verdade” (CARPES, 2010, p.81).

O doutrinador CARPES (2010, p. 84) ainda considera que: “dinamiza-se o ônus a fim de que a parte em melhores condições

forneça o suporte probatório necessário à formação do juízo de fato, assegurado a ambas as partes o poder de influir igualmente na marcha e resultado do pleito.”

É importante destacar também que sempre deverá ser observado o princípio da imparcialidade do juiz, pois, apesar de agir para o equilíbrio entre as partes, não poderá ser tendencioso.

5.3 – Aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho

A relação trabalhista pressupõe a subordinação do empregado ao empregador, sendo este responsável pela direção da atividade desenvolvida, enquanto aquele a desempenha. Com isso, fica evidenciada a desigualdade de forças existente, haja vista que o trabalhador se vê enfraquecido inclusive em caráter econômico. Ademais, o empregador, na maioria dos casos, tem a posse da documentação que diz respeito ao empregado, sendo esta fundamental ao seu sucesso no desfecho da ação.

Essas disparidades são transferidas ao processo, no sentido de que também neste instrumento incidirão as potencialidades de cada parte da relação laboral. O acesso à justiça não pode, porém, ser limitado, impedindo a satisfação do direito material.

A análise da produção de provas no processo do trabalho, sendo fator primordial, deve considerar a situação acima citada, de modo a promover adaptações nos métodos do processo para atingir tutela estatal realmente justa.

A aplicação restrita do artigo 818 da CLT conjugado com o artigo 333 do CPC mostra-se engessada e até mesmo ultrapassada, haja vista tais peculiaridades em âmbito trabalhista. No exame das jurisprudências, nota-se que a inversão do ônus da prova é bastante utilizada, respeitados certos critérios, mas também não é a determinação mais eficiente, já que segue os termos da lei, sendo estática.

A distribuição dinâmica do ônus da prova aplicada ao processo do trabalho tem a finalidade de atingir a igualdade substancial. O juiz deverá analisar se no caso as diferenças entre empregado e empregador são acentuadas, fazendo com que não incida as citadas normas da CLT e do CPC. Dessa forma, a parte que se encontrar em uma posição inferior terá maior facilidade para defender-se das alegações da parte contrária ou para ter o seu direito concretizado, por meio do ônus estabelecido pelo magistrado.

As demandas levadas à Justiça do Trabalho zelam precipuamente pela celeridade. Ressalte-se que a carga dinâmica majoritária característica, pois traz mais efetividade ao processo, através de técnicas que facilitam a realização da justiça.

Vale indicar também que,

a mudança de paradigma será possível especial-

mente por conta do reconhecimento da atividade criadora do juiz que exigirá, nas palavras de Eugênio Facchini Neto, maior aderência do magistrado aos valores sociais e seu maior entrosamento na vida da comunidade. (PIRES, 2011, p.146)

Há a possibilidade da dinamização ser fundamentada nos termos do art. 765 da CLT (BRASIL, 2013), pois este prevê que “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

No que concerne às súmulas, também tem havido a modificação do ônus pré determinado, mesmo sem denominar o exposto como sendo a *distribuição dinâmica*. A esse respeito, PIRES (2011, p. 142), ao discorrer sobre os artigos que determinam o ônus da prova¹⁵, observa que é

justo, referir, que há de fato uma maior relativização dessas bases pela jurisprudência, existindo inclusive inúmeras decisões de primeira e segunda instâncias bem assim súmulas do Tribunal Superior do Trabalho que, conquanto não apontem explicitamente, consideram a maior aptidão da prova para a atribuição do encargo respectivo pela sua produção. Exemplo atual consubstancia-se na súmula de número 338 do Tribunal Superior do Trabalho que imputa ao réu carrear ao processo os registros de ponto e, se invariáveis reputa-lhe o ônus da prova da jornada de trabalho, anteriormente atribuído ao empregado.

Verdadeiramente, apesar do ônus dinâmico da prova não ser um método positivado, tem estado presente de forma progressiva nas doutrinas de caráter trabalhista, bem como nas jurisprudências como consta abaixo:

RECURSO DE REVISTA. FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. Esta Corte Superior revisou e cancelou, por meio da Resolução 175/2011, a OJ 301/SDI-I, que dispunha: - FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. LEI Nº 8.036/90, ART. 17. Definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias res-

pectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC)- . Adota-se, a partir de então, o entendimento de que é do empregador o ônus da prova da regularidade dos depósitos do FGTS, independentemente de o empregado delimitar o período no qual não teria havido o correto recolhimento. Como afirmado em decisões precedentes, este posicionamento se mostra em consonância com o princípio da aptidão para prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo o qual a prova deve ser produzida pela parte que a detém ou que a ela possui mais fácil acesso. Recurso de revista conhecido e provido. (grifo nosso / Tribunal Superior do Trabalho - Recurso de Revista nº 1331002620065 020401. Rel. Flavio Portinho Sirangelô - 3ª Turma. Publicação: DEJT 02/03/2012. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21308301/recurso-de-revista-rr-1331002620065020401-133100-2620065020401-tst>>. Data de acesso: 22/05/2013)

Diante do exposto, sintetizo que o aprimoramento do processo, através de tal inovação, é extremamente importante à garantia dos direitos dos trabalhadores, objetivada pelos princípios do direito do trabalho. Além disso, os preceitos constitucionais deverão pautar todo o entendimento, de modo a dar legitimidade ao que for determinado nas decisões judiciais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou indicar que apesar de todo o progresso que o Direito obteve, especificamente em relação ao ônus da prova, é possível avançar ainda mais, corrigindo deficiências existentes.

A dinamização do ônus da prova expressa esse avanço, no sentido de que modifica a determinação legal. Essa nova técnica, ao possibilitar que os casos sejam analisados individualmente, aproxima o Direito do particular, sendo extremamente importante para que o ordenamento jurídico não se torne defasado e sem identificação com a sociedade.

Dinamizar, nesse sentido, é também racionalizar o que a prática processual nos apresenta e fazer as adaptações que obviamente precisam ser feitas. Melhor dizendo, a quebra de paradigma é essencial para maior garantia dos nossos direitos.

Por meio das jurisprudências e súmulas apresentadas ao longo do artigo, restou provado que a ciência processual está evoluindo de modo a superar as formalidades do procedimento, havendo maior preocupação com a eficácia da tutela jurisdicional.

O processo do trabalho, com suas particularidades, evidencia que um procedimento rígido não é eficaz a totalidade das situações levadas em juízo, pois a relação dos litigantes anterior à ação, na maioria dos casos, já demonstra diversas disparidades. Sendo assim, é essencial que a teoria da carga dinâmica continue a ser aplicada e que os legisladores analisem a sua positivação, considerando todos os seus benefícios.

REFERÊNCIAS

AMÂNCIO, Paulo Henrique Simões. Acesso à Justiça e jurisdição. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20710/acesso-a-justica-e-jurisprudenciao#ixzz2UJz96ZQ>> Data de acesso: 20/05/2013.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ALVES, Cristiane Paglione. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648> Data de acesso: 07/05/2013.

BARREIROS, Otacílio José. *O papel do Juiz no processo civil moderno*. Disponível em <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/2w2a27.pdf>> Data de acesso: 02/05/2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Instituiu a *Consolidação das Leis do Trabalho*. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o *Código de Processo Civil*. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - *Recurso Ordinário* nº 0000527-49.2012.5.03.0057. Rel. Antonio G. de Vasconcelos - Órgão julgador: Sétima Turma. Divulgação: 29/04/2013. DEJT. Página 314. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=8605>>. Data de acesso: 30/04/2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho - *Recurso de Revista* nº 1331002620065020401. Rel. Flavio Portinho Sirangelô - 3ª Turma. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21308301/recurso-de-revista-rr-1331002620065020401-133100-2620065020401-tst>>. Data de acesso: 22/05/2013.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. trad. De Ellen Gra-

cie Northflit. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. P. 20.

CARPES, Artur. *O ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil* Campinas: Red Livros, 1999.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

GUTERRES, Cléber Santos. Princípio da Isonomia/Igualdade. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2851/Principio-da-Isonomia-Igualdade>>

Data de acesso: 27/04/2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª Ed. São Paulo : RT, 2005.

O Que é Inversão do Ônus da Prova?. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=8786>. Data de acesso: 05/05/2013.

PAULA, Carlos Alberto Reis de; GONÇALVES, Aroldo Plínio UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. 2000, Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2000.

PIRES, Líbia da Graça. *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho*. 2011, Tese (doutorado) - Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.

PIFAFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffenseller_rev85.htm> Data de acesso: 10/05/2013.

PIRES, Líbia da Graça. *Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova no Processo do Trabalho*. São Paulo. 2011

Princípio da Ampla Defesa. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/293841/principio-da-ampla-defesa>>. Data de acesso: 04/05/2013.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. *O conceito de Estado*. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6742&revista_caderno=9> Data de acesso: 21/04/2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro. Vol. 1. Forense, 2009.

NOTAS DE FIM

1 Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva – 2013.

2 Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Professora universitária.

3 Vide artigos 832, 852-D da CLT; 131 e 335 do CPC.

4 ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956.

5 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A Prova no Processo do Trabalho*. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 1989.

6 SILVA, José Amilton da. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

7 Vide artigos 134 a 138 do Código de Processo Civil.

8 Contexto histórico baseado na doutrina de Artur Carpes, “Ônus dinâmico da prova”, páginas 22-29.

9 NALINI, Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

10 Informação baseada nos dizeres dos doutrinadores Jorge W. Peyrano e Inés Lépori White no livro “Cargas probatórias dinâmicas” (2004).

11 CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Garantias Processuais*. São Paulo. Saraiva: 1990.

12 Trecho sem autoria disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=8786>>. Consta nas referências.

13 Vide artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

14 CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Gurgel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Malheiros. 1995.

15 Vide artigos 818 da CLT e 333 do CPC.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM: POSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO APÓS A MORTE DO SUPOSTO PAI AFETIVO

Fernando Gonçalves Coelho Júnior¹

Aline Serakides Gonçalves²

RESUMO: Com a evolução e modificação do conceito de família, bem como o surgimento de nova modalidade de filiação, qual seja, a socioafetiva, tem-se que a paternidade não decorre somente de laços consanguíneos. A Constituição da República Federativa do Brasil prevê expressamente o princípio da igualdade de filiação, o qual proíbe quaisquer designações discriminatórias referentes à filiação, não podendo os filhos receber tratamento diferenciado por sua origem, seja ela genética ou não. A todos os filhos é garantido o reconhecimento da paternidade, inclusive, após a morte do suposto pai, sendo tal direito relacionado ao princípio constitucional da dignidade humana, configurando-se direito fundamental. Entretanto, em relação à paternidade socioafetiva não há previsão expressa no ordenamento jurídico da possibilidade de seu reconhecimento post mortem.

PALAVRAS-CHAVES: paternidade socioafetiva, filiação, reconhecimento post mortem.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo consiste em analisar a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem, sob a luz dos princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da igualdade de filiação, haja vista a lacuna jurídica acerca do assunto.

Com os avanços e a modificação do conceito de entidade familiar, no qual a Constituição confere proteção não só à família constituída pelo casamento, mas também à união estável e família monoparental, bem como proíbe quaisquer designações discriminatórias à filiação, conferindo assim, proteção a uma vida digna, se faz necessário o estudo e análise sob diferentes prismas do surgimento de novos conceitos, que melhor retrata a realidade atual, sendo um deles a filiação socioafetiva.

A lei não é muito clara ao explicitar que, o parentesco poderá resultar da consanguinidade ou outra origem, o que acarreta entendimentos jurisprudenciais e doutrinários no sentido de que a parentalidade socioafetiva se enquadraria num parentesco de outra origem.

Segundo Maria Berenice Dias (2009), a expressão filiação socioafetiva significa a consagração de novo elemento estruturante do direito das famílias, no qual a família começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial. Assim, o conceito de paternidade ampliou-se, e passou a compreender o parentesco socioafetivo, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.

Assim, em torno dessa modificação na concepção jurídica

de família, é de suma importância o estudo do referido tema, analisando o caso concreto e adequando a norma à realidade, e, finalmente, preenchendo uma lacuna jurídica.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Para melhor explicar o significado da expressão família, é mister analisar o conceito sob vários prismas, bem como a modificação e a evolução que a palavra sofreu ao longo da história da humanidade.

Ainda no Direito Romano, a família era fundada na autoridade soberana de um chefe e um grupo de pessoas submetidas ao seu poder ilimitado, a qual tinha a forma patriarcal. Assim, mulheres, filhos e servos sujeitavam-se ao poder do pai, este, era o único sujeito de direitos, e poderia dispor livremente deles e seus bens.

Nesse sentido, assinala Edinês Maria Sormani Garcia:

Em Roma, a família era organizada sobre o princípio da autoridade e abrangia quantos a ela estavam submetidos. Então, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a patria potestas do ascendente comum vivo mais velho. Observa-se que o conceito de família independia da consanguinidade. (GARCIA, 2003, P. 57).

Conforme preleciona Maria Berenice Dias (2009, p. 28), "a família patriarcal não subsistiu com a Revolução Industrial, haja vista que, com o aumento da necessidade de mão de obra, a mu-

lher precisou ingressar no mercado de trabalho, houve grande migração das famílias do campo para os grandes centros industriais, que passou a viver em espaços menores, e levou à aproximação de seus membros. O homem deixou de ser a única fonte de subsistência da família, esta se tornou nuclear, restrita ao casal e sua prole, prestigiando-se o vínculo afetivo entre eles.”

Dessa forma, há uma nova concepção de família, a qual está pautada nos laços de afetividade e solidariedade entre seus membros, e não mais na hierarquia existente entre eles, o que não priorizava a dignidade da pessoa humana.

A família, reconhecida no Código Brasileiro de 1916, era aquela constituída exclusivamente pelo matrimônio. Seus integrantes eram diferenciados por sua origem. Assim, os únicos filhos reconhecidos pela legislação, sujeitos de direitos, eram os legítimos, ou seja, aqueles havidos da relação de casamento, bem como a presunção de paternidade, eram exclusivamente da filiação biológica.

Nesse sistema, o homem, ainda exercia sua posição anterior de chefe de família, com algumas restrições. Havia a submissão da mulher ao marido, tido como “chefe da casa”, sendo esta considerada relativamente capaz, e dependendo da autorização do marido para que exercesse qualquer profissão.

Todavia, esta visão foi alterada no decorrer do tempo, e, atualmente, desapareceram da legislação brasileira quaisquer designações discriminatórias referentes aos filhos havidos ou não da relação de casamento, bem como todos os membros da família, passaram a ter proteção igualitária, prevalecendo a igualdade entre homem e mulher, sendo vedada qualquer forma de discriminação entre eles.

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece os mesmos direitos para todos, não podendo os filhos ser discriminados por sua origem, seja ela genética ou não, consagrando o princípio da igualdade de filiação, e privilegiando o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim como, confere proteção não só à família constituída pelo casamento, mas também à união estável e família monoparental. Senão vejamos:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do ca-

samento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

No entanto, juridicamente, a questão da possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, ou seja, aquela estabelecida pelos laços de afeto, e não genéticos, ainda é controversa, haja vista que não há codificação em vigor que a reconheça, embora existam jurisprudências e pensamentos doutrinários, que perfilhem essa possibilidade.

3 PATERNIDADE

3.1 Biológica

O ordenamento jurídico civil pátrio (art. 1607 do Código Civil) prevê a possibilidade do reconhecimento da paternidade biológica, qual seja, aquela que decorre de vínculo consanguíneo, dos filhos havidos ou não na constância da relação conjugal.

Outrossim, o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), em seu art. 27, garante o reconhecimento do filhos, sendo um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado, inclusive, após a morte do suposto pai.

3.2 Outras possibilidades

3.2.1 Socioafetiva

Atualmente, com o surgimento de nova estrutura de família, a qual não mais se constitui pelo matrimônio, “passou-se a reconhecer a afetividade como elemento constitutivo da família, tal mudança refletiu-se também nas relações de filiação, que também passou a ser identificada pelo vínculo de afeto, o que acarretou no desligamento da origem biológica no estado de filiação”, pensamento este, cunhado por Maria Berenice Dias (2009, p. 331).

A paternidade socioafetiva está fundada na “posse do estado de filho”, o que significa dizer que a mencionada paternidade decorre da manifestação de vontade de ser pai, por meio do vínculo de afeto estabelecido. É cediço que o genitor não é somente aquele que fornece seu material genético, e sim, a pessoa que cria, dá amor e carinho, isto é, o que detém a referida “posse do estado de filho”.

3.2.2 Post Mortem

No Ordenamento Jurídico Brasileiro não há vedação ao reconhecimento póstumo da paternidade socioafetiva, isto é, após a morte do suposto pai afetivo, bem como a possibilidade de seu reconhecimento se depreende da parte final do artigo 1593 do Código Civil, que assim dispõe: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL,

2012, p. 253). Verifica-se, assim, que a modalidade de paternidade socioafetiva constitui parentesco de outra origem, sendo admissível o seu reconhecimento póstumo, cujo efeito é o registro da filiação no cartório de registro de pessoas naturais, com todas as consequências jurídicas da filiação.

A possibilidade do reconhecimento da citada paternidade encontra respaldo precipuamente no princípio da igualdade de filiação, previsto constitucionalmente, o qual veda qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação. "Apesar da lei esquecer a filiação socioafetiva, para que seja atingido um modelo ideal de igualdade absoluta de filiação" é necessário que não haja nenhum resquício de diferenciação entre os filhos, sejam eles de origem genética, adotiva ou afetiva. (MADALENO, 2011, p. 96).

Igualmente, a mencionada possibilidade está fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, o maior princípio previsto no ordenamento jurídico pátrio, o qual não comporta qualquer forma de tratamento diferenciado às diversas formas de filiação, haja vista que, desse princípio decorre todos os outros direitos fundamentais do homem, sendo ele fundante do atual Estado de Direito. Segundo Ednês Maria Sormani Garcia (2003, p. 32), "de valor supremo, tal princípio atrai todos os direitos fundamentais do homem, ser humano, seja de qual origem for (...)."

4 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, vem, entendendo, pela possibilidade jurídica do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem, como demonstra a recente decisão proferida no processo de nº 0063321-24.2010.8.13.0518, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo Relator foi o Desembargador Alberto Vilas Boas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se que, com a evolução e modificação das entidades familiares, o que acarretou no surgimento de nova modalidade de filiação, não decorrida dos laços genéticos, se fez necessário o estudo e análise sob diferentes prismas do surgimento de novos conceitos, que melhor retrata a realidade atual, sendo um deles a filiação socioafetiva.

Há que se ressaltar que é possível o seu reconhecimento após a morte do suposto pai afetivo, uma vez que o ordenamento jurídico garante expressamente o mesmo direito aos filhos biológicos.

Destarte, a impossibilidade do reconhecimento da referida paternidade causaria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorre o princípio da igualdade de filiação, que estabelece tratamento isonômico a todos os filhos, seja qual for sua origem, proibidas quaisquer designações discriminatórias referentes à filiação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. In: Saraiva. *Vade Mecum*. 13ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Págs. 139-303.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

GARCIA, Ednês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 1ª ed. Leme/São Paulo: Editora de Direito, 2003.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 1.0518.10.006332-1/001*, Relator: Des. Alberto Vilas Boas, Minas Gerais. Acórdão de 05 de abril de 2011). Disponível em < http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1 &comrCodigo=518&ano=10&txt_processo=6332&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expresao=&qualquer=&sem=&radical=> Acesso em 27 de maio de 2012.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito Internacional pela UFMG, Especialista em Direito Social, Professor de Direito Internacional nos cursos de Direito e Relações Internacionais Centro Universitário Newton Paiva, ex-Professor de Direito Internacional na Universidade de Itaúna - UIT, no Instituto Brasileiro de Estudos Diplomáticos - IBRAE, nos cursos Praetorium, ANAMAGES e na Pós-graduação na PUC-MG.

2 Graduanda do curso de Direito no Centro Universitário Newton Paiva.

DIREITO PENAL ESPECÍFICO APLICADO ÀS PESSOAS JURÍDICAS: UM DEBATE PARA IDENTIFICAR A SOCIEDADE EMPRESÁRIA DELINQUENTE

Weser Francisco Ferreira Neto¹

RESUMO: Trata-se da análise de um novo direito penal de natureza empresarial, com o objetivo de estudar a construção de uma doutrina especial, que torne possível a identificação dos requisitos da capacidade penal da sociedade empresária que atua como coadjuvante instrumental na prática delitiva, em concurso de seu gestor. As sociedades empresárias passam neste aspecto a desempenhar um papel importante na atividade organizada para fins de organizações criminosas e também deverá ser sujeito ativo, com a conseqüente responsabilização criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal empresarial. A capacidade penal da sociedade empresária.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito penal e processual. Direito empresarial.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se da proposta de se utilizar o Direito Penal, na busca da construção dogmática o que tornará justificável a persecução e responsabilização penal da pessoa jurídica, nos crimes socialmente importantes e lesivos aos interesses privados e públicos, que repercutem na área social e econômica. É a motivação para se justificar a intervenção do poder punitivo do Estado na busca de alternativas de combater ao crime organizado perpetrado por intermédio, auxílio real ou participação de pessoas jurídicas, voltadas para a infração penal. Neste contexto, se instiga a cooperar a atuação da pessoa jurídica aplicando princípios do direito penal, mas de natureza específica, como forma de se apresentar um novo sujeito ativo do crime, no caso as sociedades empresárias.

Apresenta-se um debate, mas respeitando-se as teorias do delito, os princípios constitucionais penais e construções normativas aplicadas à pessoa física, que atua como agente infrator de forma direta, em consonância com a dificuldade doutrinária na identificação do sujeito delinqüente. A proposta é definir os requisitos normativos sustentar o ente coletivo, com sujeito e se busca identificá-los no direito penal. Logo, se visa a responsabilizar as pessoas jurídicas e seus representantes legais, através da identificação de todos os sujeitos do crime, que atuam na produção de ofensa aos bens tutelados, através de uma atuação concorrente ou simultânea de agentes infratores na produção do resultado lesivo. Trata-se da denominada dupla imputação penal: pessoa física e jurídica.

2 CONCEITO DE "AÇÃO SIGNIFICATIVA" APLICADA À SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A dificuldade inicial dos operadores do direito é identificar um novo conceito de ação ou participação significativa, imputação objetiva, culpabilidade especial objetiva e responsabilidade

penal a ser aplicada às pessoas jurídicas delinqüentes para posterior individualização da pena restritiva de direito ou multa. Este tema enseja grandes discussões doutrinárias, diante de uma moderna política criminal na superação de lacunas anteriores de paradigmas dogmáticos. Também é uma introdução ao estudo do Direito Penal e dos fundamentos para um sistema penal democrático aplicável na investigação da pessoa jurídica delinqüente.

É por isso que se busca identificar a atuação do Direito Penal e sobre o tema Paulo César (BUSATO:2007) esclarece:

"o Direito Penal atua como o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social. Há que reconhecer que sua intervenção constitui, por si só, uma violência. Com efeito, o ato de impor uma pena sempre consistirá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam projetados com esta agressão (prevenção, retribuição, etc), ao final, a intervenção penal é sempre um mal. Contudo, trata-se de uma violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita. Isso deriva do fato de que o Direito Penal é um mecanismo de controle social. A referida gravidade cobra que miremos as manifestações do Direito Penal com redobrados cuidados e reservas. Os limites resultam necessários. Esta limitação se estabelece através do desenvolvimento dos chamados limites ao ius puniendi, ou seja, das verdadeiras barreiras de contenção que se interpõem à atuação violenta do Estado, ao utilizar o instrumental penal, contra o indivíduo"(2).

Vários são os princípios penais e a sustentação do direito empresarial, em que ambos vão caminhar, na busca de resultados significativos, que impedem a impunidade no âmbito de crimes que envolvem atividades empresariais. Para Muñoz (CONDE:2001)

"muchos de estos principios son vinculantes por imperativo constitucional y tienen que ser también asumidos en el plano teórico-sistémico por la dogmática jurídicopenal, salvo que también se quiera poner a esa dogmática por encima de los principios políticocriminales característicos del Estado de Derecho" (3).

As normas jurídicas são decisões de poder e determinam a razão de sua aplicação, sendo necessário identificar no positivismo jurídico qual a eficácia e utilidade da norma penal incriminadora, uma vez que tem aplicação imediata a pessoa física. Deve-se aplicar a outra pessoa, no caso de natureza jurídica, uma nova proposta teórica de capacidade delitiva?

A teoria da relação jurídico-penal se apóia na conduta humana. O conceito e estrutura do crime têm seus fundamentos no comportamento humano. É a intenção, o dolo e a imprudência identificado por Vives Anton que motivará a responsabilização penal ao autor. Para Paulo César (BUSATO:2007)

"é necessário começar esclarecendo que Vives Anton se refere à 'gramática' da intenção no seio da pretensão de ilicitude, está se referindo à chamada 'intenção subjetiva', quer dizer, àquela que consiste na atribuição concreta de intenções ao sujeito e que, ainda que não desempenha necessariamente um papel definitivo na delimitação conceitual da ação, realiza a função substantiva de possibilitar o julgamento da conduta realizada pelo sujeito. Há que aclarar que a relação entre intenção e ação é uma relação interna, dado que a intenção alude ao sentido da ação" (4).

A intenção, desejo e propósito, enquanto gestor ou representante legal da pessoa jurídica é utilizar desta empresa como instrumento real de participação objetiva na produção de ofensa ao bem tutelado na norma incriminadora.

É necessário refletir a ação perpetrada pela pessoa jurídica na participação do crime, em uma doutrina que se pretende construir como dogmática penal ou subcategoria de normas aplicadas em concurso de pessoas ou dupla imputação: pessoa física e ju-

rídica. O desenvolvimento deste conceito é para motivar ou justificar a responsabilização penal da pessoa jurídica. Entretanto para Paulo César (BUSATO:2008) "se pode afirmar que a imputação de responsabilidade penal sempre estará vinculada à demonstração do dolo ou da imprudência no caso concreto que se tem em conta" (5). Neste caso, não temos como identificar esta exteriorização da vontade motivada pela pessoa jurídica, mas sim, uma ação artificial ou fictícia que é oriunda de um comportamento do sujeito delinqüente que logra êxito na prática delitiva, com imprescindível contribuição material ou objetiva da pessoa jurídica ou sociedade empresarial, quando legalmente constituída.

A proposta de responsabilização concorrente de agentes infratores: pessoa física e jurídica, esta última será imputada por uma participação objetiva – ausente o tipo subjetivo e a ação voluntária - mas, em concurso deste agente real com a pessoa física, sem prejuízo as teorias dos delitos existentes e aplicáveis às pessoas naturais. O que demonstra é que para justificar a pretensão punitiva da sociedade empresarial se deverá construir um conceito significativo de ação, tipo penal objetivo, imputação objetiva, culpabilidade especial aplicada à pessoa jurídica e punibilidade, em que de forma concorrente a sociedade empresarial é instrumento ou tem participação para que em concurso necessário de agentes infratores, ou seja com a pessoa natural, ambos sejam responsáveis para ofensa ao bem jurídico tutelado.

O sistema da dupla imputação é consagrado pelo Direito Penal Francês, conforme assinala José Daniel (CESANO:1998)

"Yendo a las características del modelo legislativo, podemos decir que la responsabilidad es: a) acumulativa; b) especial, y c) condicionada. Decimos que es cumulativo por cuanto la responsabilidad penal del ente ideal no excluye la responsabilidad de las personas físicas a quienes se les atribuye, sea em carácter de autor o de cómplice, el mismo hecho delictivo (art.121-2). Es también una responsabilidad especial por cuanto ella debe estar expresamente prevista por el texto de la ley (para el caso de delitos) o regulamento (cuando se trata de contravenciones) que define la infracción. Por fin, se trata de una responsabilidad condicionada por cuanto la imposición de la sanción queda subordinada al requisito de que la infracción haya sido cometida por cuenta de la persona jurídica y por parte de sus órganos (por ejemplo, asamblea general, consejo de administración, etc) o sus representantes (vg. gerente)" (6).

A pretensão agora, é justificar uma análise teórica específica capaz de fundamentar que a pessoa jurídica possa ser sujeito ativo da infração penal.

Para Guilherme Ferreira (SILVA:2003) com estas considerações, "resta claro a possibilidade de concurso entre a pessoa física e a pessoa jurídica para a prática de um determinado delito e, até mesmo, há possibilidade de existência de concurso de agentes entre corporações, porquanto, conforme dito anteriormente, a pessoa jurídica pode atuar como autor ou como partícipe" (7).

A investigação da pessoa jurídica delinqüente e sua possível participação no crime demonstra a dependência exteriorizada de forma objetiva, com atuação concorrente em concurso necessário sob o aval do representante legal da empresa. A pessoa física demonstra sua ação delitiva (dolo ou culpa) que através de uma conduta típica, ilícita e culpável. E quanto ao ente coletivo aplicam-se novos conceitos que justificam sua responsabilização penal na participação da prática do crime, por ora como coadjuvante: um ente artificial ou formal (oriundo de um pacto contratual), que motiva o possível nexos de causa para produção ao resultado lesivo. O entendimento é que a pessoa jurídica não é o único autor do crime, mas tem relação com a causalidade do delito, através de sua participação, escalonado no aspecto objetivo do tipo incriminador, resultando a imputação objetiva, conforme será analisado.

O estudo desta concepção significativa de ação fictícia não é fácil e perceptível, capaz de justificar a punição do agente infrator, visto que há necessidade da análise de pressupostos objetivos e subjetivos da ação punível. O conceito de ação não é aplicável à pessoa jurídica, por ser instrumento real estático, mas tem participação no resultado do crime, por critérios objetivos, sendo a ação subjetiva resultado da conduta humana. O importante é apresentar uma proposta do que seja a responsabilidade penal concorrente da pessoa física e jurídica.

A construção do sistema penal aplicável à pessoa jurídica delinqüente é uma proposta de objetivos próprios a serem vencidos, em razão das tradicionais teorias do crime aplicados à pessoa física, que remontam desde o século XIX. A construção de uma categoria de norma capaz de fundamentar a participação objetiva da pessoa jurídica no auxílio ou êxito da conduta (dolosa ou culposa) pela pessoa física, ora dirigente da sociedade empresarial é a incidência de dupla responsabilidade penal. Tratam-se de um sistema penal específico aplicado as corporações. Condenar e punir criminalmente a pessoa jurídica não é uma metáfora ou ficção, mas torna-se necessário, com a organização criminosa existente no âmbito societário.

Para Ignacio (TEDESCO:2004) esclarece que que "la ficción no es simplemente una herramienta literária. Em el derecho, ella cumple una función indispensable y enriquecedora al adaptar la

conducta de los hombres a los intereses del sistema económico-social vigente" (8).

Nesta ficção identifica-se como agente infrator a pessoa jurídica e o gestor. Ignacio (TEDESCO:2004) reportando ao acusado como sujeito ritual e sagrado, por ser violador da norma socialmente protegida, esclarece "independientemente de cuál sea el modelo de sujeto acusado que predomine, el público al cual está dirigido el sistema penal, esto es, los integrantes de una comunidad, construyeron el concepto moderno de acusado a partir de las representaciones que recibieron" (9).

Há todo um ritual judicial para que os investigados e acusados se submetam ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Temos então, uma necessidade social de se construir a figura do delinqüente formado ou construído através de uma agente ficto, construído e que se torna real, por ser instrumento ou meio para que através de sua efetiva participação do resultado objetivo do crime, contribua para que a pessoa natural consiga em unidades de propósitos causar o resultado de ofensa ao bem tutelado.

Ao abordar o tema imputação de um ato da pessoa jurídica Hans Kelsen (KELSEN: 1998) esclarece que

"los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual" (10). "Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal se sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito solo puede ser imputado a una persona jurídica cuando há sido cometido por un individuo que ha obrado em calidad de órgano de la comunidad que ella constituye" (11).

O entendimento apresentado é que a pessoa jurídica não tem contribuição para a consumação da infração penal, através de uma atuação subjetiva, sob pressuposto da atuação concorrente das pessoas naturais. A sociedade empresarial tem participação real na consumação do delito, através de uma subsunção ao tipo

penal objetivo, que resultará na aplicação de uma teoria da imputação objetiva específica a capacidade penal do ente coletivo. A apresentação deste estudo dogmático é que se tem um tipo penal e condutas lesivas, através de uma atuação concorrente dos agentes infratores, em que se demonstra um nexos concorrente de condutas lesivas, através de atuações simultâneas de pessoas (física e jurídica), através da vontade ou critérios subjetivos (dolo ou culpa) e objetiva (participação real direcionada + nexos de causa, no resultado objetivo de dano + imputação objetiva), neste último voltado para uma contribuição para o resultado lesivo, através da sociedade empresarial.

Apresentar um estudo da possibilidade da pessoa jurídica ser sujeito ativo do crime é um tema que vem sendo discutido desde a Antiguidade, Idade Média, período canônico, Grécia Antiga e Direito Germânico. No século XVIII temos Bartolus de Sassoferrato, como mais importante teórico da época. Para Aquiles (MESTRE:1930) apresenta o seguinte pensamento deste glosador, que aceita a personalidade fictícia das pessoas jurídicas e assim se expressa

"Como ser social Bartolo, la persona moral no es más que una apariencia impalpable, y como 'ser jurídico', por el contrario, está dotada de la única realidad que interesa a los juristas, la realidad jurídica (fictum positum pro vero sicut ponimus nos jurista). Juridicamente, pues, la persona moral existe y, jurídicamente también, podrán imputársele delitos" (12).

Abordando o tema em questão relata Silvina (BACIGALUPO:1998) que "as discussões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica permanecem com Bekker (1873), Brinz (1860), Jhering (1865) e Gierke (1881/1902) até o presente momento" (13). Agora temos a pessoa jurídica, como proposta de ser sujeito ativo delinquente na participação do crime e um novo conceito de ação fictícia que é objetiva quando aplicada ao ente coletivo. Neste contexto, não temos intuito de modificar ou criar qualquer obstáculo ao referencial teórico tradicional partindo da teoria geral do crime e da pena que tem sustentação na pessoa humana.

O objetivo é preservar todo conceito analítico do crime e sua importância, aplicados a pessoa física, mas de construir uma teoria de aplicação da responsabilidade penal à pessoa jurídica, na busca de indícios e elementos técnicos justificáveis na norma penal que venha possibilitar aplicação da sanção penal correspondente. Trata-se de apresentar um conceito de ação fictícia ou real, aplicado a pessoa jurídica e também, resultado de uma ação hu-

mana, ambas capazes de causar um dano punível e de contribuir para ofensa ao bem jurídico tutelado.

O resultado da ação simultânea destes agentes: pessoas físicas e jurídicas atuam na subsunção de ofensa a norma. Temos o tipo incriminador e o vínculo resultante da violação do bem jurídico tutelado perpetrado pelos agentes infratores. A pessoa jurídica atua como instrumento ou meio capaz (identificação contratual, documental e existência física/mecânica, cuja natureza é artificial) assim, trata-se o ente coletivo de ser uma relação causal do êxito da ação humana, quando se logra êxito na atividade criminosa. Ambos os agentes: pessoa jurídica e física são expoentes que podem modificar o mundo exterior.

3 DIREITO PENAL DE NATUREZA EMPRESARIAL APLICADO À PESSOA JURÍDICA DELINQUENTE

Nas discussões apresentadas um direito penal aplicado à pessoa jurídica delinquente, como justificção legal da responsabilização penal será uma arte, por enfrentar todos conceitos teóricos causalista, finalista, social da ação e funcionalista(14) do Direito Penal e outros posicionamentos contrários a capacidade delitiva da pessoa jurídica. Afinal, não se quer alterar qualquer conceito originário das teorias do crime, mas diante da criminalidade organizada é o momento oportuno de se começar a apresentarem-se novos conceitos de repressão a criminalidade econômica.

Trata-se de uma política criminal alternativa, ao conceito tradicional de que somente a pessoa física é agente de crime e passível de ser investigada, processada e condenada. Muito embora a ação humana é motivador de resultados lesivos, o fato é que, temos a pessoa jurídica como outro agente infrator, na seara criminal, mas com possibilidade de ser responsabilizada com penas restritivas de direito e multa, que não serão aplicadas no campo Administrativo, mas sim, através do devido processo penal, na órbita criminal. Não se pretende responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica violando os princípios da culpabilidade (não há pena sem culpa) ou da intranscendência e da individualização da pena. O estudo é identificar ou construir novos conceitos a serem aplicados na investigação criminal, ação penal e que fundamenta a responsabilização criminal do ente coletivo.

Registra-se que, o estudo do funcionalismo no Direito Penal é inaugurado na década de 70 com a obra de Roxin(15), visa à superação da análise meramente sistemática do conceito de crime, verificada tanto no causalismo, quanto no finalismo. Trata-se do pós-finalismo. O funcionalismo certamente implica a rejeição de vários conceitos oferecidos pelo finalismo, entretanto, não implica necessariamente a rejeição da distribuição das categorias delitivas entre tipicidade (incluindo dolo e culpa), antijuridicidade e culpabilidade(16), conforme leciona

Paulo César (BUSATO:2005).

O injusto penal faz parte à tipicidade e a antijuridicidade (ROXIN:2002). Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são categorias imprescindíveis para a compreensão do Direito Penal, que passam a integrar a construção de um conceito de delito. A punição do agente infrator pressupõe a existência da integração destes conceitos, que vão gerar a punibilidade. Entretanto, como identificar esse autor e como motivar essa sanção? O ponto de referência é a política criminal e pode se dizer motivação justificável para a persecução penal ao agente infrator, identificar o crime e a finalidade de aplicar a pena.

No âmbito da culpabilidade principalmente, verifica-se a responsabilidade relacionada à capacidade do agente infrator se sujeitar a uma sanção penal (restritiva de direitos ou multa, aplicada a pessoa jurídica para os fins de prevenção social e coibir a impunidade no âmbito empresarial, vale dizer, a culpabilidade é termo que se "funcionalizada" poderá atender à necessidade de prevenção geral e especial como fim de justificar a pena, coibindo a impunidade empresarial e punindo a sociedade empresarial. Há um conceito de culpabilidade plenamente funcional pela necessidade de prevenção geral positiva. A alteração do conceito de culpabilidade, tendo como fundamento a prevenção geral positiva (funcionalismo sistêmico de Jakobs) poderá ser agora, apresentado para servir de justificativa à responsabilização da pessoa jurídica, desde que, no âmbito da tipicidade e antijuridicidade se estabelecesse à viabilidade de imputação da conduta (própria-objetiva ou de seus agentes internos). A conduta é a participação, em concurso necessário de agentes infratores, temo a pessoa física e jurídica na produção do resultado lesivo.

A participação real da pessoa jurídica no crime demonstra um duplo comportamento necessário, em concurso de agentes, demonstrado com atuação da pessoa física. Temos um comportamento objetivo (imputação objetiva) e outro subjetivo (dolo ou culpa). Registra-se neste ensaio, que há inicialmente inexigibilidade de culpabilidade para a pessoa jurídica, afinal o conceito tradicional somente aplicada a pessoa física.

O momento é de identificar-se uma nova culpabilidade normativa, numa interpretação que poderá ser sustentada numa interpretação quanto ao conceito funcionalista sistêmico de Jakobs, com intuito possibilitar a ser aplicada à pessoa jurídica delinqüente, como resultado motivador de responsabilização e conseqüente punição. Tais conceitos normativos deverão sustentar a criação de uma culpabilidade especial aplicada à pessoa jurídica, no qual reveste-se de mudança de conceito, com a motivação de prevenção social e prevenção geral positiva, como sustentam os doutrinadores Roxin e Jakobs.

A contribuição da pessoa jurídica para o resultado identificado como incriminador é motivado de uma participação real e objetiva

(desvinculados de aspectos psíquicos), conforme será demonstrado. O tipo subjetivo (dolo e culpa) e a culpabilidade são basilares e sustentam princípios que são aplicados à pessoa física, mas com uma atuação direta e imediata do tipo incriminador. A proposta tem como objetivo aplicar-se a justificativa de também aplicar a pena a pessoa jurídica decorrente do resultado da prevenção social e da prevenção geral positiva, conceitos aplicados pela teoria funcionalista. A nova proposta é aplicá-las como justificativas para utilizar-se da seara criminal uma possibilidade alternativa de persecução e responsabilização criminal da pessoa jurídica.

Há discussões doutrinárias de modernos sistemas penais de orientação funcionalista, em face de experimentação, sendo que Paulo César (BUSATO:2007) informa que "em data recente, na doutrina penal espanhola uma pesquisa básica sobre os fundamentos do sistema penal, efetuada por Vives Anton(18), que possui a característica de apartar-se das construções filosóficas que inspiram os sistemas antes citados e propor uma nova sistemática penal que se articula sobre uma base filosófica diferente, de acordo com uma das principais correntes (talvez a de maior relevância na atualidade) de pensamento do século XX. Trata-se de um novo conceito significativo de ação e estamos assistindo ao nascimento do primeiro sistema penal do século XXI e que, ademais, está destinado a receber no futuro uma ampla acolhida na doutrina científica" (17).

Os valores que a norma jurídica transmite e as explicações normativas sob respaldo de política criminal faz como que determinadas ações tenham cunho significativo de motivar aplicações de entendimentos filosóficos de bases de sustentação normativa capaz de fundamentar uma pessoa jurídica seja agente do crime.

Nesta abordagem inicia-se um novo estudo sobre o Direito Penal específico e aplicado às pessoas jurídicas, na busca de identificar pressupostos dogmáticos aplicados na investigação e responsabilização da pessoa jurídica delinqüente fundamentado numa nova estrutura aditiva do delito, sem ofensa aos basilares aplicados a pessoa física, mas sim, alternativa para a identificação da pessoa jurídica delinqüente.

O objetivo é identificar requisitos necessários para imputar a participação da pessoa jurídica na prática de um crime, motivando a investigação, processo penal e aplicação da pena a uma sociedade empresarial, por exemplo. Um novo conceito de ação e culpabilidade, na edificação de um sistema que possa concluir pela viabilidade de persecução criminal, devido processo penal e

posterior responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que conseqüentemente torna-se justificável a prevenção geral positiva e social, com a aplicação da pena a ser recomendada à pessoa jurídica infratora, que advém de uma culpabilidade especial da pessoa jurídica. Inicia-se a demonstração dessa nova construção normativa para identificar a responsabilidade penal da pessoa jurídica e de cada um dos sócios ou representantes legais, com a individualização de cada agente do crime e responsabilização na medida de sua participação para o êxito ou nexa do resultado produzido.

No caso é necessário o nexa psíquico entre o agente (dolo ou culpa) e a participação da pessoa jurídica, através do nexa material, conforme demonstra o estudo, com introdução de critérios valorativos da imputação objetiva, em que a pessoa jurídica, instrumento ou coadjuvante mediato do crime acaba por concorrer para em concurso necessário ser também um sujeito ativo do crime.

Há fundamentação secular e continua-se atrelado à análise dogmática: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, aplicado tradicionalmente a pessoa física. Se a conduta humana viola a norma jurídica, lesando formalmente o dever jurídico e materialmente o bem jurídico, configurada estará à antijuridicidade (19). Para Guilherme Ferreira (SILVA:2003) "o substrato político-criminal da responsabilização penal coletiva encontra-se diretamente relacionado com a evolução, notadamente abrangente ao bem jurídico, base da construção tipológica no sistema jurídico-penal" (20). O resultado é ofensas a vários valores tutelados, como meio ambiente, a ordem econômica e tributária, normas licitações públicas e que violam interesses sociais e privados, ocorridos com a participação da pessoa jurídica, em razão de sua natureza jurídica para o resultado satisfatório para a existência formal e material do crime.

O entendimento é que a pessoa jurídica, se presentes os requisitos para imputar sua participação no crime, também, há resultado de antijuridicidade material, em razão do concurso necessário, no caso, resultado da ação finalística da pessoa física, seja ela gestor ou representante legal, ambos agentes contribuem para a violação do bem tutelado pela norma penal. Para uns, a antijuridicidade é subjetiva, ou seja, só existe em relação aos imputáveis, que possam compreender e orientar-se de acordo com a norma. Para outros ela é objetiva, independentemente do fato de ser o agente imputável ou não(21).

Há necessidade de se identificar um conteúdo de antijuridicidade aplicável à pessoa jurídica. A participação da pessoa jurídica, em concurso eventual com a pessoa física é mero auxílio material ou colaboração de existência tornando possível à atividade criminosa. O autor (pessoa física) exerce papel determinante na prática do crime e o partícipe (pessoa jurídica) exerce função acessória e dependente do autor. É por isto, que se tem que bus-

car subsídios interpretativos em bases históricas e teóricas, que então se passa a analisar.

4. PESSOA JURÍDICA: ASPECTOS HISTÓRICOS E PERSPECTIVAS DE SER SUJEITO ATIVO DO CRIME

Na antigüidade, no período romano, prevalecia o princípio da irresponsabilidade das pessoas jurídicas sob a égide da máxima *societas delinquere non potest* (22). Na Idade Média, reflexões são iniciadas e discussões ocorrem sobre a existência fictícia das pessoas jurídicas, no âmbito do direito canônico e manteve até o século XVIII(23), conforme noticiado. O sistema romano-germânico defende ser inadmissível a punibilidade penal dos entes coletivos. Reportam-se somente a punibilidade civil e administrativa, mas alguns países como França, Holanda e Dinamarca flexibilizam a viabilidade desta responsabilização penal.

Duas correntes antagônicas debatem o tema, agora formada pelos anglo-saxões, vige o princípio da *common law*, que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que ganha adeptos quando as empresas passaram a ser violadoras de normas estatais. Na Alemanha e em outros países, adota posicionamento intermediário. Às pessoas jurídicas podem ser impostas sanções pela via do chamado direito penal administrativo.

Em 1988 a legislação brasileira passou por um período de transição constitucional inovando sob muitos aspectos, dentre eles pela incorporação das normas insertas nos arts. 173, § 5º e 225, § 3º, que para alguns juristas representou a introdução no Direito Penal brasileiro da responsabilidade da empresa em nosso ordenamento jurídico, inclusive com fundamento constitucional. É importante também analisar as teorias originárias que abordam a responsabilidade da pessoa jurídica, através da teoria da ficção e da teoria da realidade, senão vejamos.

4.1 Teoria da Ficção

Abordar o tema da responsabilidade da pessoa jurídica, teoricamente há dois posicionamentos, o primeiro foi criado por Savigny, denominado Teoria da Ficção e prega que a pessoa jurídica não existe, sendo sua existência irreal, fictícia ou pura abstração, não tendo vontade própria e falta consciência de vontade. Neste aspecto ausente o conhecimento do injusto, necessário para a culpabilidade, o que é inviável se capaz de delinquir, por ausente requisitos do fato típico. Entretanto, por ficção jurídica torna-se um ente jurídico, mas nega a vontade real às corporações. Teoria da Ficção afirma que as pessoas jurídicas têm uma existência ficta, ou de pura abstração. Dessa forma, seria impossível a afirmação de sua capacidade de delinquir, pois não possuem a vontade de ação inerente e própria do ser humano.

A idéia de um código estrutural ou a mudança de conceitos aplicados num estudo sobre a participação da pessoa jurídica no

crime é uma pretensão dogmática em construção. Faz-se necessário mudar o conceito de capacidade penal que se deve identificar num conjunto de atributos a serem exigidos para que uma pessoa possa tornar-se sujeito ativo do crime, investigada, processada e gerar direitos e obrigações no campo do Direito Penal.

As pessoas jurídicas não pensam e para a teoria da ficção as decisões das pessoas jurídicas emanam de seus membros (pessoas naturais), mas esse conjunto estrutural é que contribui para a violação de uma regra incriminadora. Assim, há participação da pessoa jurídica, pois sem ela, não teria como o gestor ou representante legal conseguir seu intento criminoso. O delito passa a ser imputado, tanto ao membro ou diretor delinqüente, como também a sociedade empresarial.

A dificuldade agora é identificar quais seriam os requisitos necessários para imputar a participação da pessoa jurídica na prática de um crime, com uma nova interpretação aplicada à teoria do crime e da pena específico às pessoas jurídicas delinqüentes. A essência da pessoa jurídica são as pessoas físicas que a compõem sua constituição não ficta, mas real, conforme será analisado pela sustentação teórica de Otto Gierke, com a construção da teoria da realidade. Registra-se que todos os atos da sociedade empresarial e as decisões advindas do corpo pensante são derivadas ou exteriorizadas da vontade dessas pessoas naturais. Há então a pessoa jurídica, num conceito inicial ficto que é incapaz de pensar ou agir, no sentido humano, mas é capaz de produzir um resultado de ofensa ao bem tutelado, por sua existência normativa ou real, quando se tem unidade de propósitos do gestor ou representante legal e o ente coletivo, enquanto instrumento, ambos agentes contribuindo para o resultado lesivo.

A dificuldade é que a teoria da ficção é apoiada em vários operadores do Direito, sob fundamento do brocardo romano *societas delinquere non potest*. Há respaldo em teorias tradicionais do Direito Penal, que se verificou e ausentes os requisitos analíticos da definição de um crime, como, ausentes à falta de consciência (*dolo* ou culpa), falta vontade direcionada, falta culpabilidade (imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta) e ausência de pena, não há justificativa legal para a punição criminal.

O questionamento que se faz é que: Se se pune a pessoa jurídica, conseqüentemente todos os demais integrantes do seu quadro social estarão sendo punidos também? Ora, a pretensão de se identificar a maneira de se punir a pessoa jurídica não é o resultado de punição de todos os seus integrantes, que sequer perpetraram uma conduta criminal, mas sim, somente aquele gestor ou representante legal, que se utiliza deste órgão coletivo, também agente do crime, para prática da infração penal e produção do resultado lesivo. O primeiro tem atuação, com uma participação mediata e este, tem uma ação direta, na execução do crime.

Tal argumento de que a pessoa jurídica não pode se sujeitar ao crivo jurisdicional criminal, não é verdadeiro. O momento é que se apresenta nova necessidade dogmática de identificar um estudo doutrinário do Direito Penal que se pode aplicar a pessoa jurídica e tornar incontestável sua responsabilidade penal. Este ente coletivo passa a ser agente infrator - que sem dúvida tem existência distinta da pessoa física. Neste sentido, aqui não se identifica e responsabiliza criminalmente todas as pessoas físicas, que integram seu quadro social, mas sim, somente será investigada e punida a pessoa delinqüente, seja pessoa física ou jurídica. É a reflexão que se faz para identificar e responsabilizar somente a pessoa jurídica e a pessoa física delinqüente, e não todos os sócios. O objetivo é individualizar a conduta infratora, por produzir ou contribuir para a produção do resultado entre o nexa causal e a ofensa ao bem jurídico tutelado, por intermédio daquele gestor criminoso.

O fato é que o patrimônio da pessoa jurídica é distinto do patrimônio de seus sócios e se punida, uma opção é aplicação de pena distinta da privativa de liberdade. É por isso, que a teoria da ficção e seus adeptos respaldam fundamentação, naquilo que é mais fácil e optam pela irresponsabilidade penal da pessoa jurídica. É bom lembrar que as decisões das pessoas jurídicas são tomadas por seus membros, que atuam em conjunto ou de forma isolada, neste aspecto as pessoas naturais passíveis de responsabilização concorrente com a pessoa jurídica, que contribui para o resultado lesivo. O primeiro, por suas ações e omissões, quando se utilizam os entes coletivos para satisfação no resultado lesivo do bem tutelado e o segundo por ser um instrumento com personalidade jurídica que tornou possível a existência do crime.

Neste contexto, há discussões, como a revisão promovida pelo finalismo (WELZEL:1997) o tipo deixou de ser concebido unicamente como elemento objetivo e externo da ação, passando a compreender também os elementos anímicos subjetivos do agente do fato punível(24). À vontade finalística visa a realização dos comportamentos dolosos ou culposos são aplicados à pessoa física. A ação finalística deve cumprir um grande número de funções(25), na descrição do sistema de imputação.

Todas as construções científicas da teoria do delito utilizam como parâmetro o ser humano como sujeito ativo da infração penal, resultando concepções de ação e culpabilidade aplicáveis a pessoa física. Na verdade, o entendimento, sob respaldo da teoria da ficção é que quem comete os delitos, neste conceito tradicional clássico, não é a pessoa jurídica e sim seus diretores ou funcionários. Os posicionamentos contrários à responsabilização da pessoa jurídica afirmam que a inadmissibilidade remonta a Feuerbach e Savigny, sendo fundamentos que se fazem para o não reconhecimento da capacidade penal desses entes morais, quais sejam, a falta de capacidade "natural" de ação e a culpa-

bilidade(26). Ademais, para Nilo Batista (BATISTA:1990) "há uma pretensa dificuldade em individualizar as condutas nos crimes de autoria coletiva na esfera processual"(27).

A idéia da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica está por seu fim, isso é justificável, pois, muitos crimes estão sendo perpetrados por organizações criminosas, que atuam em parceria com as pessoas jurídicas, quando criadas exclusivamente para atividades criminosas e são parceiros materiais ou instrumentais do crime, no qual escondem-se as pessoas físicas. Ambos agentes tem contribuição para um resultado satisfatório imediato, na ofensa ao bem jurídico tutelado. É necessário acabar com a impunidade dos entes coletivos.

Para César Roberto (BITENCOURT:2003)

"igualmente alerta para a impunidade desses entes morais, que através de pessoas físicas que se utilizam dessas empresas, continuam atuando através de outras sociedades. É necessária a construção de uma lógica estrutural do Direito Penal do século XXI justificando a aplicação de estrutura dogmática, capaz de resultar a investigação, processo e condenação da pessoa jurídica delinquente, tendo como resultado satisfatório a sua responsabilização penal" (28).

É por isto que se inicia estudo para identificar e proporcionar que a pessoa jurídica ou sociedade empresária, se utilizada por gestores para a participação de atividades criminosas passem a ser também sujeito ativo do crime. Inicia-se a proposta de identificar os requisitos da capacidade delitiva da sociedade empresarial. É sob esta proposta se passa a analisar a teoria da realidade, senão vejamos.

4.2 Teoria da Realidade ou da Personalidade Real

A teoria da realidade penal das pessoas jurídicas é concebida pelo jurista alemão Gierke(29) na segunda metade do século XIX e fundamenta que a pessoa jurídica é um ser autônomo, um organismo realmente existente ou real, distinto da pessoa humana.

O estudo da teoria da personalidade real (ou da realidade) tem posicionamento contrário à teoria da ficção, e acredita-se que a pessoa jurídica não é um ser inanimado ou irreal, sendo portadora de vontade independente dos indivíduos físicos que a compõem.

Neste aspecto a pessoa jurídica é portadora de vontade própria, sendo capaz de delinquir, ao lado da pessoa física. O entendimento é que a pessoa jurídica é uma realidade, um corpo social e portador de vontade absolutamente autônoma e capacidade participativa. O estudo é que os adeptos da teoria da realidade motivam fundamentar à capacidade penal da pessoa jurídica. A

pessoa jurídica tem sua criação motivada pela vontade de seus sócios, há uma existência real ou 'física', sendo instrumento capaz de realizar ou intervir como agente no contexto social. E a participação num resultado lesivo aos interesses para a qual foi criada, na produção de resultados lesivos aos interesses públicos ou privado, torna-se justificável a opção de buscar o Direito Penal, como alternativa de aplicar-se responsabilização aos agentes infratores: pessoa jurídica e física.

As empresas podem ser usadas para a prática de crimes ou outras atividades ilícitas, neste contexto é uma atuação mediata, por contribuir na participação ou apoio a pessoa física produzindo o resultado lesivo à vida humana ou a sociedade, além dos interesses públicos, todos tutelados pela norma penal incriminadora. Para Guilherme Ferreira (SILVA:2003) ao citar o doutrinador francês Aquiles Mestre aponta como fundamento da teoria da vontade real o princípio da unidade resultante da pluralidade, segundo o qual, a união de vontades individuais pode sim formar uma vontade única que, in casu, seria a vontade das corporações (30).

Agora, o momento é de sustentar argumentos dogmáticos inovadores, aplicados sem se alterar os conceitos da teoria do crime. Por exemplo, um novo conceito de ação e de culpabilidade a ser adaptada no sentido normativo e aplicada a pessoa jurídica. Para Francesco (PALAZZO:1989) leciona que "o princípio da culpabilidade possui dúplice virtude: como fundamento da pena e como limite da intervenção punitiva do Estado" (31).

À vontade da corporação é à vontade de um ou mais sócios ou representantes legais da empresa. Há uma realidade corporal do ente coletivo, entretanto há concurso de agentes para atingir a execução da infração penal. Entretanto, temos a conduta do gestor e a atividade da empresa. Para Guilherme Ferreira (SILVA:2003) "a diferença entre conduta e a atividade não pode depender da maneira como o legislador estrutura o tipo de injusto, pois são conceitos ônticos já que a primeira é atributo humano e a segunda representa a atuação da pessoa jurídica"(32).

Em relação à pena, que abordaremos oportunamente, não ultrapassa a pessoa da empresa infratora, uma vez que investigada e processada, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa – representada em juízo por regular advogado constituído pelos demais sócios, isentos de condutas lesivas – torna-se justificável aplicação de penas substitutivas da privativa de liberdade, no caso restritivas de direito ou multa. O momento é de se definir quais seriam os requisitos para se identificar a capacidade delitiva da pessoa jurídica que tornaria a sociedade empresarial sujeito ativo do crime e/ou quais seriam as penas restritivas de direito e o valor das multas a serem individualizadas para gerar a responsabilização penal da pessoa jurídica? O objeto destes novos conceitos é que se pretende apresentar oportunamente.

O fato é que somente, respaldado no positivismo, a ação finalista está sendo valorada pelo direito, tendo exclusivamente o homem capacidade de exercer atividade finalista (exercício de uma conduta dirigida pela vontade à consecução de um fim). Apresenta-se o entendimento de que a pessoa jurídica passando a ser conceituada como agente delinqüente, num resultado participativo de ofensa ao bem jurídico tutelado torna-se justificável identificar requisitos aplicáveis para fundamentar a responsabilidade penal. Não há dúvidas que a pessoa jurídica também é capaz e há responsabilização civil e administrativa, com resultados lesivos que produz, em prejuízo de terceiros. A pessoa jurídica é o agrupamento de homens, que, reunidos, para um fim tem realização e vida própria, distinta dos indivíduos que a compõem.

A teoria realista (teoria da realidade, teoria da realidade objetiva ou realidade orgânica), como apresenta Otto Gierke, pode ser agregada em torno da idéia da realidade da pessoa jurídica. Tal realidade poderia ser compreendida à luz da noção de realidade objetiva (33) (organicismo) ou de uma realidade técnica (ou jurídica) (34). Há autonomia e a vontade própria da pessoa jurídica e porque não dizer também existência física, afinal há um local que se encontra e desempenha suas atividades para a qual foi constituída.

Sob esta questão, Francesco Carnelutti (CANELUTTI:1999) ensina que

"Para a existência da sociedade é preciso: o fim comum (patrimonial), a ser alcançado pela corporação dos sócios; contribuição dos sócios em esforços ou recursos e affectio societatis. A pessoa jurídica, como acontece com a pessoa natural, nasce, vive e morre. No que tange ao seu nascimento, ocorre com o contrato da sociedade, em que há obrigações dos sócios para a formação do capital social e cooperar na realização do fim comum; desempenhando atividades mercantis (vive). Posteriormente o seu fim (morte) ocorre o rateio dos lucros de forma solidária, em face da administração da sociedade" (35).

A pessoa jurídica é uma realidade física (organicista) e jurídica, mas é distinta de seus membros. Estas entidades dotadas de existência própria e não se confundem com as pessoas naturais, gestores ou representantes que as criaram e exercem as atividades para o fim que se propõe. De acordo com a teoria da vontade real a pessoa jurídica refere-se à forma de realização do tipo objetivo. O entendimento é que a pessoa jurídica não pode agir exclusivamente como autor ou co-autor de uma conduta direta e imediata voluntária, mas tem somente participação material ou

objetiva para a produção de ofensa ao bem jurídico tutelado. Não há vontade, dolo ou culpa, mas sim, uma ação fictícia e significativa para produção do resultado lesivo.

O fato é que esta criação da pessoa jurídica é para ser utilizada nos interesses humanos e não contrários às finalidades sociais. Há necessidade de apresentar as pessoas jurídicas como agentes infratores, quando contribuem para a participação no crime e atua como seres autônomos, (sem dolo ou culpa) o que significa reconhecer como "ação mediata ou indireta" na participação objetiva sendo instrumento ou meio para contribuir com a lesão das emissões volitivas das pessoas naturais, que se consuma com o resultado de ofensa ao bem jurídico tutelado. Tenho entendimento que a atuação da pessoa jurídica é mera participação objetiva, na criação deste subsistema (norma penal aplicada à pessoa jurídica criminosa, sem prejuízo da punição da pessoa física, em decorrência de concorrência de ações), que é decorrente da ação imediata da pessoa física. Mas essa vontade atribuída à pessoa jurídica não se confunde com a vontade individual da pessoa física.

A pessoa jurídica tem em si, como tal, a sua própria personalidade, exprime a sua própria vontade, é titular de seus próprios direitos (e obrigações), trata-se de uma realidade no mundo jurídico. Tem o exercício de seus direitos e responsabilidades condicionadas aos órgãos de deliberação e representação. Entretanto, uma só pessoa física, pode contrariar essa deliberação e não todos os sócios.

A pessoa física que pode ser o gestor ou um representante legal da pessoa jurídica, se violar a norma penal, com atuação ou participação da pessoa jurídica atinge o resultado lesivo, com a adequação do tipo penal incriminador. Ambos agentes infratores na atuação e contribuição real no resultado lesivo e ofensa ao bem jurídico tutelado devem ser identificados, processados, condenados e responsabilizados criminalmente. O objetivo é identificar uma construção dogmática de circunstâncias desse Direito Penal específico, capaz de construir um subsistema penal aplicado à pessoa jurídica delinqüente.

A idéia é que o brocardo *romando societatis delinquere non potest* é relativo e identificado os novos requisitos para se imputar a participação da pessoa jurídica na prática do crime, também deve ser investigada, processada, condena e responsabilizada criminalmente, como por exemplo, em crimes ambientais, contra a ordem econômica, relações de consumo, por violações às normas de licitações públicas e outros ilícitos penais, como forma de política criminal, alternativa a impunidade de crimes que envolvem organizações criminosas, que utilizam pessoas jurídicas, no intuito de isentar de responsabilidade seus agentes infratores e conseqüentemente a pessoa jurídica.

Enfim, para Carlos Eduardo (PELLEGRINI:2001) "os finalistas,

por sua vez, lançam verdadeiro arsenal dogmático no sentido de tentar provar que os entes jurídicos não possuem capacidade natural de ação e, por corolário, não têm culpabilidade, qualidade inerente apenas às pessoas físicas” (36). Entretanto, as realidades da política criminal, com novas construções filosóficas criaram um novo pensamento jurídico para adequar-se a uma orientação funcionalista do Direito Penal, com uma nova dogmática penal.

Para Carlos Mertínez (BUJÁN PÉREZ:2007)

“a dogmática não é, pois, uma ciência, mas somente uma forma de argumentar em torno de alguns tópicos (um conjunto ordenado de tópicos), que em nosso caso vem representado por uma ação e por uma norma jurídica e pelo processo em virtude do qual podemos julgar aquela desde esta e desde os valores que a norma jurídica transmite. Assim, é bastante interessante assinalar a conclusão a que, em seguida, chega Vives(38) com relação à questão dos valores que a norma canaliza: tais valores podem resumir-se certamente em um, que constitui o valor central de todo o Ordenamento jurídico, ou seja, a Justiça, mas evidentemente subentendendo que a materialização deste valor central deve satisfazer outros requerimentos, como são ‘segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade, etc., que não são mais que aspectos parciais da idéia central de Justiça que o ordenamento jurídico pretende instaurar” (37).

O jurista Alexandre Alves (ALVES:1998) defende “a tese da realidade técnica e faz uma distinção entre o ser humano e a pessoa jurídica, porquanto esta será uma realidade apenas naquilo que não for, por natureza, exclusivo da pessoa física” (39).

Há realidade existencial da sociedade empresarial, com seu registro na Junta Comercial. Outro aspecto é a identificação daquela pessoa física que compõe sua estrutura social ou seus gestores, que tenham contribuído na atuação direta e imediata da pessoa jurídica para o resultado lesivo ou criminoso, em que se faz necessário à devida individualização de condutas ilícitas, que tenham contribuído para a tentativa ou consumação do crime que sem a existência do ente coletivo, não poderia ocorrer à lesão ao bem jurídico tutelado.

*Assim, vem consolidando as jurisprudências a teoria da dupla imputação, senão vejamos:
Tribunal de Justiça. Direito Penal. Crimes Ambientais. Responsabilidade penal da pessoa*

jurídica. Teoria da dupla imputação. (...)’admitem-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio’. Saliu S. Excia., com menção ao art. 3º e seu parágrafo único da Lei nº 9.608, que o legislador infraconstitucional adotou o sistema da dupla imputação: a coautoria necessária entre as pessoas físicas (agente individual) e a pessoa jurídica (coletividade). Por isso mesmo é que o delito praticado pela pessoa jurídica é sempre o delito de coautoria necessária, sendo certo que a pessoa moral não pode cometer delitos, senão por ações de seus dirigentes, como decidido naquele acórdão deste relator” (Ementa não oficial). (TJSP – 10.ª Câm. Crim. – EDcl. 0309119-29.2011.8.26.00/50000 – rel. Carlos Bueno – j. 13.09.2012 – public. 02.10.2012 – Cadastro IBCCRIM 2822).

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça admite a responsabilidade penal de pessoa jurídica condicionada à denúncia concomitante de uma pessoa física. Nesse sentido temos o seguinte julgado:

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que ‘não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio’ – cf. REsp 564960/SC, 5.ª T. , Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.06.2005” (STJ – REsp 889.528/SC – Rel. Min. Felix Fischer – j. 18.06.2007; e REsp 847.476/SC – Rel. Ministro Paulo Gallotti – j. 08.04.2008).

A pessoa jurídica que não tem como prioridade suas atividades fins, para que foi criada, mas é mero colaborador mecânico ou instrumental, com atuação indireta, torna-se partícipe material para a conduta criminosa de seus gestores. Conforme Weser Francisco (FERREIRA NETO:2011) registra que “as pessoas jurídicas e as pes-

soas físicas devem ser alvo de investigações, não só na seara administrativa (infrações administrativas) ou na órbita civil (reparação dos danos), como também a alternativa de persecução às infrações penais, para coibirem-se os criminosos que se refugiam em sociedades empresariais”(40) e a proposta atual é identificar os requisitos que torne possível ser a sociedade empresarial ser sujeito ativo do crime.

Nesse sentido, o Paulo José (COSTA JÚNIOR:2002) adverte que

“solidariamente e em conjunto com as pessoas jurídicas responderão as pessoas físicas que tenham participado do ilícito, como autoras, coautoras ou partícipes. Não se trata da responsabilidade por ricochete ou de empréstimo, feita pela pessoa moral à física e referida pela doutrina francesa. São pessoas físicas que respondem por sua conduta efetiva”(41).

Assim, todos os agentes infratores ou colaboradores, ainda que uma estrutura de natureza jurídica, como as empresas devem ser responsabilizadas em análise de concorrente da violação aos interesses tutelados pela norma penal incriminadora, num direito penal atual, que tem objetivo de também responsabilizar as pessoas físicas e jurídicas delinquentes.

Nesse diapasão Luiz Flávio (GOMES:2004), citando Milaré relata que “no que se refere à pessoa jurídica, entretanto, por força do que dispõem o art. 3º e seu parágrafo único, da Lei 9.605/98 que prevêem a corresponsabilização entre pessoa jurídica e as pessoas físicas, autoras, coautoras e partícipes, o delito por ela praticado será sempre de coautoria necessária”(42).

Noutro giro, muitas sociedades empresariais têm nascimento jurídico, com os respectivos registros na Juntas Comerciais dos respectivos Estados, constituindo-se potenciais agentes e/ou sujeitos ativos do crime. Uma análise sistêmica é a proliferação de sociedades empresariais que podem ser parceiras de atividades criminais e se não estão regularizadas devem ser canceladas. Registra-se ainda que, em 2012, foram canceladas 29.113 empresas e, para 2013, estão previstos 26.860 novos cancelamentos as sociedades empresariais e os empresários que não arquivaram documentos e autenticaram livros mercantis na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (JUCEMG), o que motiva serem declaradas inativas e perderão seus nomes empresariais, com seus registros cancelados. A medida é feita com base nas disposições do artigo 60 da Lei Federal 8.934/1994, no decreto federal 1.800 de 1996, e na instrução normativa 72 de 1998, do Departamento Nacional de Registro do Comércio. Neste caso, as autoridades arrecadoras – como Receita Federal, Receita Estadual, INSS e Caixa Econômica Federal – são comunicadas, não eximindo as or-

ganizações de suas responsabilidades tributárias, previdenciárias e outras, perante o poder público (43).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ensaio normativo é identificar, uma norma penal alternativa, respaldada nas teorias e preceitos legais, com aplicação justificável para se identificar os sujeitos ativos e responsabilizar a pessoa jurídica delinqüente, o que se torna possível, ante a dificuldade de punição eficaz à criminalidade moderna, em que muitos agentes do crime se utilizam da estrutura da pessoa jurídica para a atividade criminosa. Está é uma alternativa de política criminal repressiva e racional, em razão da pessoa jurídica contribuir para a ofensa aos bens jurídicos tutelados, com uma atuação mediata. É a atuação policial, na investigação deste o agente infrator real, no qual se deve utilizar todo aparato da Segurança Pública para direcionar o acervo investigatório, como motivador de busca de provas indiciárias para um futuro processo e a conseqüente responsabilização criminal da pessoa jurídica, por meio de sanções restritivas de direito ou multa.

Neste aspecto, conclui-se se inicia a pretensão de criar-se um esquema de categorias essenciais do novo sistema de delito, paralelo a responsabilidade subjetiva e da pessoa física, sem ofender os princípios basilares e tradicionais do direito penal aplicado a pessoa física. Agora, trata-se de uma alternativa de persecução criminal com uma responsabilização penal aplicada à pessoa jurídica delinqüente, através de critérios de dupla imputação: pessoa física e pessoa jurídica. São novos paradigmas e análises dogmáticas, com uma nova doutrina em construção, no intuito justificar uma subcategoria de dogmas penais esquemáticos e aplicados à pessoa jurídica delinqüente.

A proposta em estudo é a aplicação de novas idéias de que as pessoas jurídicas somente podem praticar crimes através de seus representantes legais, mas através de critérios objetivos de imputação, com uma análise paralela ao tradicionalismo do século XIX. E a proposta de identificar uma conduta fictícia e ao mesmo tempo significativa para se responsabilizar uma pessoa jurídica, no caso, uma sociedade empresarial de fins lucrativos, mas voltada eventualmente para atividades criminosas. Registra-se que somente será possível sob o crivo do contraditório e ampla defesa, se condenada deverá sujeitar-se a uma pena alternativa a privação de liberdade.

Portanto, se faz necessário identificar as pessoas jurídicas que podem ser delinqüentes e/ou que foram criadas para fins ilícitos, sendo que a alternativa contemporânea é a proposta de um direito penal empresarial do terceiro milênio, como forma de se coibir à impunidade das atividades empresariais, que estão se organizando para as diversas atividades criminosas, sob pressuposto de blindar seus ges-

tores da repressão criminal e a obtenção de vantagens ilícitas. Enfim, todos estes agentes devem ser investigados, denunciados, processados e condenados, quando se identifiquem como sujeitos ativos do crime. A sociedade e o erário público não podem mais permitir que a estrutura mecânica ou organizacional de uma sociedade empresarial venha a ser utilizada em atividades criminosas permaneça isenta de responsabilização criminal.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção. *A pessoa jurídica e dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BUSATO, Paulo César; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos y DÍAZ PITA, Maria del Mar. *Modernas tendencias sobre o dolo em Direito Penal*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.
- CESANO, José Daniel. *En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica*. Córdoba: Alveroni, 1998.
- CONDE, Francisco Muñoz. "Edmund Mezger y el Derecho Penal de sua Tiempo. Los Origenes de la Polémica entre Causalismo e Finalismo", in "Estudos em Homenagem ao Prof. João Marcello de Araujo Junior", Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2001.
- COSTA JUNIOR, Paulo José; MILARÉ, Édís. *Direito Penal Ambiental*. Comentários à Lei 9.608/98. Campinas: Millenium, 2002.
- FERREIRA NETO, Weser Francisco. *Fraudes Empresariais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de Direito Comercial (Empresarial)*, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- FRANZ von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Ed. Reus, s.d., tomo II, 1927.
- GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º - 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Ibccrim, 2004.
- GUZMAN, Garrido. *Manual de Ciência Penitenciaria*, Madrid, Edersa, 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009
- LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MESTRE, Aquiles. *Las personas morales y su responsabilidad penal: asociaciones, corporaciones, sindicatos*. Trad. César Camargo y Marín. Madrid: Nueva Biblioteca Universal, 1930.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*, 5ª ed., Barcelona: Reppetor, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 35ª ed. SP: Saraiva, 1997.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris, 1989.
- PELLEGRINI, Carlos Eduardo. *A pessoa jurídica com o sujeito ativo do crime*. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 08.11.2001.
- PEREZ, Carlos Martínez-Buján. *A concepção significativa da ação*. T.S Vives e sua correspondencia sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito. Trad. Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Guilherme José Ferreira da. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TEDESCO, Ignacio. *El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2007.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, Santiago, Editorial Jurídica del Chile, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NOTAS DE FIM

Professor de Direito da Universidade Newton Paiva. Delegado de Polícia Civil/MG. Estudante do Curso de Doutorado em Direito Penal pela Universidade Buenos Aires - UBA/Argentina; Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos; Pós-graduado em Ciências Penais/PUC/MG; Pós-graduado em Direito Público/PUC/MG; Especialista em Criminologia - ACADEPOL/MG; Especialista em 'Política e Estratégia' - ADESG/MG e associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM-SP). Autor do Livro: Fraudes Empresariais. Editora Fórum. E-mail: weser@bol.com.br

[2] BUSATO. Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático, p. 120.

[3] CONDE. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Los Orígenes de la Polémica entre Causalismo e Finalismo, p. 257.

[4] PEREZ. A concepção significativa da ação. T.S Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito. Trad. Paulo César Busato, p. 48-49.

[5] BUSATO et al. Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal, p. 94.

[6] CESANO. En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica, p. 24-25.

[7] SILVA. A incapacidade criminal da pessoa jurídica, p.44.

[8] TEDESCO. El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural, p. 125.

[9] TEDESCO. Ob. cit., p. 435.

[10] KELSEN. Teoría pura del derecho, p. 104-105.

[11] KELSEN. Ob. cit., p. 105.

[12] MESTRE. Las personas morales y su responsabilidad penal: asociaciones, corporaciones, sindicatos. Trad. César Camargo y Marín, p. 104.

[13] BACIGALUPO. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 63.

[14] ZAFFARONI; PIERANGELI. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 400.

[15] ROXIN. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal, p.29.

[16] BUSATO. Direito penal e ação significativa, p. 35.

[17] PEREZ. A concepção significativa da ação. T.S Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito. Trad. Paulo César Busato, p. 2.

[18] VIVES. Fundamentos del sistema penal, 33 a 98.

[19] LUNA. Capítulos de Direito Penal, Parte Geral, p. 76-77.

[20] SILVA. A incapacidade criminal da pessoa jurídica, p.27.

[21] FUHRER. Resumo de Direito Comercial (Empresarial), p. 65.

[22] FRANZ. Tratado de Derecho penal, p.259.

[23] MIR PUIG. Derecho Penal: Parte General, p. 170.

[24] WELZEL. Derecho penal alemán, p. 60.

[25] BUSATO. Direito penal e ação significativa, p.45-52.

[26] BITENCOURT. Tratado de Direito Penal: parte geral, p.166.

[27] BATISTA. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, p. 104.

[28] BITENCOURT. Tratado de Direito Penal: parte geral, p. 168.

[29] GUZMAN. Manual de Ciência Penitenciária, p.86.

[30] SILVA. Op. cit. p. 37.

[31] PALAZZO. Valores constitucionais e direito penal, p. 94.

[32] SILVA. Op. cit., p. 59.

[33] MONTEIRO. Curso de Direito Civil, p. 99.

[34] Caio Mário reúne neste grupo autores como Gêny, Clóvis Beviláqua, Kohler, Oertmann, De Page e Cunha Gonçalves, salientando que, cada qual, a seu modo e com argumentos próprios, defenderam a idéia da realidade do ente coletivo. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 193.

[35] CARNELUTT. Teoría geral do direito. Trad. Antônio Carlos Ferreira, p. 181.

[36] PELLEGRINI, Carlos Eduardo. A pessoa jurídica com o sujeito ativo do crime. Disponível na internet:<http://www.ibccrim.org.br>, 08.11.2001.

[37] PEREZ. A Concepção Significativa da Ação. T.S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológicas-funcionais do delito. Trad. Paulo César Busato, p. 15.

[38] VIVES. Fundamentos del Sistema Penal, p. 482.

[39] ALVES. A pessoa jurídica e dos direitos da personalidade, p. 39.

[40] FERREIRA NETO. Fraudes Empresariais, p. 216/217.

[41] COSTA JUNIOR, Paulo José; MILARÉ, Édis. Direito Penal Ambiental. Comentários à Lei 9.608/98, p. 41/42.

[42] GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º - 69-A e 77 a 82). p. 34/38.

[43] <http://www.agencia Minas.mg.gov.br/noticias/empresas-nao-regularizadas-junto-a-jucemg-terao-registros-cancelados/> Acesso em 18.04.2013

LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA VERSUS LIBERDADE SEXUAL: RELAÇÕES HOMOAFETIVA NO BRASIL

Emerson Barreiros da Silva
Maraluce Maria Custódio²

RESUMO: Este artigo científico tem como escopo a análise da previsão Constitucional da Liberdade de expressão religiosa face às relações homoafetivas. Em evidência, coloca-se em questão o discurso religioso ou proselitismo religioso ponderando sobre o que venha ensejar preconceito ou discriminação em torno das enunciadas relações homossexuais a oportunizar sua criminalização no Brasil. Como contraponto, perquirirá o Projeto de Lei apresentado na Câmara dos Deputados denominado como PLC: 122/06, este que visa, dentre outras questões, criminalizar a discriminação e o preconceito, motivado em torno da orientação sexual da pessoa discriminada da ocorrência pública do discurso religioso.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental – Expressão Religiosa e Discurso Religioso – Evangelismo – Proselitismo – Divulgação da Fé – Relação Homoafetiva no Brasil.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional. Direito Penal

1 INTRODUÇÃO

Inexiste uma data inicial específica que deram origens aos movimentos contra o preconceito e discriminação aos homossexuais, mas, pesquisando os fatos históricos pode ser apontado como marco inicial o ocorrido em **1969, em Nova York, onde a polícia nova-iorquina, com detetives à paisana, invadiu o bar “Stonewall Inn”, frequentado por homossexuais, prendeu 200 pessoas e ao saírem do bar com os presos, foram recebidos na rua por uma multidão revoltada com a frequência dos abusos, que atirou pedras e garrafas nas autoridades.**

Os distúrbios de Stonewall deram origem ao “Gay Power” e marcaram o início dos protestos públicos contra a discriminação de homossexuais que, a partir do ocorrido, se espalhou pela maioria dos países ocidentais.

No Brasil, o movimento ganhou força nos meados anos 70, após longos anos de lutas e debates adquiriu alguns direitos e garantias em prol dos adeptos ao movimento, sendo reforçados com a Constituição de 1988, em uma série de manifestações dos líderes progressista que cabeceiam o movimento, com viés, sociopolítico e cultural, estremadas durante todo este período, em favor do reconhecimento da diversidade sexual e pela promoção de interesses pessoais e patrimoniais em favor das “ditas minorias”.

A análise do presente ganha foros de suma importância porque há uma corriqueira confusão relacionada com a liberdade de religião e de expressão, bem como em todos os direitos fundamentais, donde se verifica incluso a liberdade de expressão religiosa. Neste sentido, eventuais obscuridades relacionadas com

o seu cerne e extensão não podem servir de motivos capazes de implicar a sua supressão ou retração. Disto resulta, a importância de demarcar o cerne da mesma perpetrando-se, ainda, suas implicações com a dignidade da pessoa humana, com vista a se evitar, ante essa confusão, sua subversão, comprometendo seus objetivos, confundindo seu legítimo e inafastável exercício com ato discriminatório.

A liberdade de expressão religiosa, conforme será aqui demonstrado, justifica sua tutela, por carrear, proposições consideradas por seus adeptos, em sua disseminação, estruturadas em máximas do Direito Canônico, com fulcro no conhecimento religioso, destinado a todas as pessoas, indiscriminadamente, com vistas à conversão pelas verdades dogmáticas, mediante alegação da supremacia transcendental contida no cristianismo.

Com efeito, tal alegação, consiste na proclamação das revelações divinas, por intermédio da persuasão, em face de todo e qualquer comportamento considerado inadequado pela doutrina religiosa, abrangendo, ainda, os atos de união de pessoas do mesmo sexo, caracterizados pelas verdades apregoadas e defendidas como desvirtuamento comportamental, jamais entendido como uma condição de ser ou nascer, mas sim, forma de manifestação por alvedrio pessoal e personalíssimo e, é, neste aspecto, que reside o querer ser diferente.

Nada obstante, objetiva, demonstrar que a Liberdade de crença e convicção filosófica, tendo como substrato o direito à expressão religiosa, incutida no inciso VI, da Constituição Federal de 1988, representa uma das maiores liberdades inerente à pes-

soa humana como direito fundamental, considerando os aspectos inerentes à sua manifestação pública ou privada (em templos) mediante proselitismo religioso (discurso de conversão, evangelismo), preestabelecido no âmago de seus seguidores mediante a fé.

Com isso, ora, os que crêem, as recebem sem questioná-las, simplesmente por conterem verdades dogmáticas, indiscutíveis e infalíveis e como tal detém o dever crucial e mandamental de as proclamarem e, a exteriorização se dá efetivamente, mediante o discurso religioso proselitismo, o evangelismo propriamente dito de conversão e que não pode ser confundido com incitação a violência ou guerra santa (TAVARES, 2009 a). Para tanto, a elaboração e desenvolvimento do presente artigo foi engenhosamente utilizado o método dedutivo que, consistente na realização de levantamento de premissas que gravitam em torno da liberdade da expressão religiosa considerada verdades, bem como especificidades remotas, por faltar informações consistentes aclarando a razão de ser das relações homoafetivas.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade de consciência e de crença inicialmente dirigiu-se contra o Estado, ou seja, o discurso religioso, proselitismo e a proteção da liberdade de expressão religiosa, no âmbito constitucional, têm como destinatário o próprio ente estatal, com isso, a incidência dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados entre o cidadão e o estado, implica considerar que, a principal finalidade dos direitos é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. (MARTINS, 2008).

Além disso, o ente estatal não poderá estabelecer ou criar preferências entre brasileiros ou preferência entre si, vez que está o mesmo, impossibilitado de impor uma religião oficial, tampouco, desrespeitar ou tolher o exercício de divulgação e proclamação de suas verdades, quanto de qualquer religião; configurando, no entanto, um direito individual detentor de um status negativus, implicando numa proposta de resistência em que pese uma possível ou eventual intervenção ilegítima.

Note bem que, a liberdade de expressão religiosa, enquanto direito-garantia fundamental encontra-se disciplinado explicitamente no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, aduzido nos seguintes termos:

É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias. (BRASIL, 2011, p. 4).

Dispositivo retro se mostra essencial e capaz de estabelecer, bem como definir o conteúdo constitucional da liberdade religiosa no Direito Brasileiro, sendo, portanto, punível criminalmente, nos termos do artigo 208, do Código Penal Brasileiro – CPB, toda e qualquer ação atentatória contrária ao seu livre exercício. A liberdade supracitada confere o direito de o religioso;

professorar a sua convicção, sendo que, indubitavelmente, a própria exteriorização da crença finda por estar protegida pelo manto protetor do valor constitucional da dignidade da pessoa humana, dado que um dos elementos essenciais é assegurar ao indivíduo sua autodisponibilidade (TAVARES, 2009 b, p. 26).

Logo, a defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a idéia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este fato, alguns autores, como G. Jellinek (*apud* MORAES, 2007, 41) vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da idéia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais.

Nisto, a que se elucidar que a liberdade de convicção religiosa abrange finalmente o direito de até mesmo não a creditar ou proclamar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo.

3 LIBERDADE DE CRENÇA E EVANGELISMO FACE À PLC Nº. 122/2006

A Constituição da República não assegura a liberdade de crença **religiosa** tão somente dentro dos templos, vez que, ao consagrar a inviolabilidade de crença **religiosa**, está também assegurando plena proteção à liberdade de culto e a suas liturgias.

Assim, toda e qualquer pretensão que queira limitar a pregação de religiosos aos seus respectivos templos seria limitar o núcleo essencial do direito à liberdade de crença religiosa. É dizer, se a doutrina cristã, por exemplo, cinge-se na máxima (Ide por todo o mundo, e pregai o evangelho a toda criatura) limitar a pregação aos seus templos seria, em última análise, limitar a sua doutrina. Com efeito, se a intenção dos defensores do Projeto de lei nº. 122/06 é (frear o ímpeto cristão), ou de qualquer outra crença ou manifestação de pensamento que sejam contrárias ao homossexualismo (ressalte-se, não contrários aos homossexuais), sua pretensão esbarra em cláusulas pétreas, alteráveis somente através do Poder Constituinte originário, tornando o mesmo, ao

menos parcialmente, inconstitucional. (TISI, 2013).

Por tudo isso, vislumbra-se que o projeto que tramita no Senado Federal PLC nº. 122/2006, de autoria da Senadora Marta Suplicy e outro com mesmo teor que está na Câmara dos Deputados, PL 6418/2005, de autoria do Senador - Paulo Paim - PT/RS, atual e original, substitutivo, sugerido pelo Conselho Nacional das lésbicas, gays, bissexuais e transexuais - LGBT, já aprovado pela Câmara, desde a sua origem pode ser considerado eivado de inconstitucionalidade, entendimento este, afirmado, porque o artigo 1º, do projeto da Senadora Suplicy, aduz expressamente que, serão punidos, na forma desta Lei, os crimes de ódio e de intolerância, sendo os mesmos praticados por motivo de discriminação ou preconceito de identidade de gênero, orientação sexual, idade, deficiência ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância.

Pois bem, do esposado acima, não há outro sentido senão confundir o "pré-conceito" tido como (conceito pré-estabelecido), consubstanciadas em premissas, mediante informações preconcebidas que acaba por enclausurar o objeto da proteção constitucional prevista no inciso VI, art. 5º, da CF/88, com preconceito por discriminação odiosa concernente às questões racionadas a Orientação sexual.

Todavia, tal preceptivo concede outorga ao prosélito, blindando-o, a fim de que não venha sofrer quaisquer interferências, limitações ou restrições no âmbito de sua manifestação por garantir, em seus argumentos, embasamentos dogmáticos, infalíveis e indiscutíveis, apreendidos e assimilados mediante a prática da fé.

Ademais, frise-se que, inconcebível seria confundir proselitismo religioso, espécie do gênero da liberdade de crença religiosa como forma pretensa de discriminação ou preconceito por orientação sexual como afronta à inviolabilidade da intimidade da pessoa humana, que no caso in concreto, o que deve ser verificado é o *animus* do adepto-divulgador e propagador do discurso, quanto do que de fato intenta alcançar (arrepentimento e conversão), no que toca a potencialidade da divulgação do mesmo, considerando o que venha ocasionar na mente dos receptores.

Ressalte que, a peculiaridade que realça a abrangência que podem assumir indistintamente determinadas religiões em face da expressão religiosa ao engendrar em tom mais intenso, diante da proposta de conversão, não pode ser ignorada ou considerada ilícita, sendo, portanto, plenamente compatível e consistente com a própria ideia de propagação religiosa garantida como expressão fundamental afirmativa.

4 PERSPECTIVAS DA LIBERDADE DE CRENÇA E O PROSELITISMO

O conhecimento religioso ou teológico, como dito acima, parte do princípio de que as 'verdades' tratadas são infalíveis e indiscutíveis, por constituírem em revelações da divindade,

sobrenatural (MARCONI, LAKATOS, 2010).

Não obstante, o conhecimento religioso, ao laborar no plano da fé pressupõe a existência de forças que estão além da capacidade de explicação do homem e, assim sendo, denota-se que a religião, deve ser considerada como tendo vida própria apenas quando explicitada no âmbito da expressão religiosa por ser estruturada em doutrinas dogmáticas, filosofias e preceitos de ordem ética e pode incorporar ou não ritos sagrados (MEZZAROBA, 2004).

Não é diferente, ora, os ensinamentos proferidos ante o magistério de Thomas Jefferson (*apud* TAVARES, 2009 c, p. 21) aduzindo o direito em comento, conforme se segue, que:

Nenhum homem deverá ser compelido a frequentar ou adotar qualquer religião, local ou ministério, (...) e tampouco poderá de qualquer maneira sofrer, restrições, moléstias ou encargos, em razão de suas opiniões ou crenças religiosas; mas sim que todo homem deverá ser livre para professorar, e, por argumento, manter suas opiniões no que se refere à religião.

Posto isto, indubitavelmente, não se pode conferir guarida, de maneira a conceder justificativa a ensejar supressão ou retração e por fim seu cerceamento face ao discurso prosélito (evangelismo de conversão), que objetiva apregoar (boas novas de salvação), agasalhado pela prática da fé, ante as verdades entranhadas.

Neste desiderato, não há que falar que, a liberdade de expressão religiosa ao ser apregoada ante o discurso religioso, tendo como fundamentos justificadores preceitos mandamentais ofende aos homossexuais capazes de ensejar eventual tipificação penal.

Veza que, o mesmo, uma vez aduzido privatamente (em templos para este fim), ou publicamente, é amparado pela proteção constitucional inserida no VI, artigo 5º da Carta Cidadã, em (Cláusulas Pétreas) sendo, portanto, inadmissíveis quaisquer ingerência por parte do poder constituinte derivado; bem como, chancelado em máximas dogmáticas, ou seja, verdades inseridas nas Sagradas Escrituras e, quando do tratamento inerentes às relações homoafetivas, o prosélito, destinatário das verdades indiscutíveis e infalíveis, tem o dever mandamental de apregoá-las, repita-se, cinge-se na máxima "Ide por todo o mundo, e pregai o evangelho a toda criatura, quem crer e for batizado será salvo; quem, porém, não crer será condenado." (BÍBLIA, 2008, p. 1329).

Assim sendo, o conflito existencial que envolve esta concepção de tentar ultrajar o discurso religioso configurando-o como procedimento discriminatório ou ato preconceituoso apenas pode ser suscitado por ejeta inculto, vez que o prosélito carismático, visa é ajudar o terceiro a alcançar um nível mais alto de bem-estar,

de salvação, esta é a pedra angular do cristianismo no sentido de, frise-se, apregoar ditas máximas acima enumeradas, ou seja, (boas novas de salvação que pela fé levam ao arrependimento) pela conversão e o arrependimento espontâneo (livre de toda e qualquer coação, moral, psicológica ou física, voluntária, reputada como um dever, conduta assaz, jamais implicará em discriminação).

Neste diapasão, o que seria então o Evangelho senão as verdades, apreendidas no âmago psíquico de cada crente que, por conseguinte, limitar a pregação aos seus templos seria, em última análise, limitar a sua doutrina, vez que, o prosélito, destinatário das verdades indiscutíveis e infalíveis, tem o dever mandamental de difundí-las, aonde (o IDE traduz-se em AÇÃO, não inércia), e visa é ajudar o terceiro a alcançar um nível mais alto de bem-estar, de salvação, em conformidade com preceitos divinos.

Ante o exposto, convém colacionar, o que aduz as sagradas escrituras concernentes à união entre pessoas do mesmo sexo, com estrita aplicabilidade no face aos atos dos homossexuais, e não contra a pessoa do homossexual individualmente considerado, tidos como relações reprováveis pela doutrina religiosa descrita no Antigo Testamento, nos seguintes termos: "com homem não te deitarás, como se fosse mulher; é abominação". (BÍBLIA, 2008, p. 165).

No mesmo sentido a que se considerarem os atos praticados acima como imorais pelas entidades religiosa fundadas no cristianismo é o que se compreende no preceito seguinte:

"[...] por causa disso, os entregou Deus a paixões infames; porque até as mulheres mudaram o modo natural de suas relações íntimas por outra, contrária à natureza; semelhantemente, os homens também, deixando o contacto natural da mulher, se inflamaram mutuamente em sua sensualidade, cometendo torpeza, homens com homens e, recebendo, em si mesmos, a merecida punição do seu erro. Conhecendo eles a sentença do sobrenatural, de que são passíveis de morte os que tais coisas praticam, não somente as fazem, mas também aprovam os que assim procedem. Com efeito, por haverem desprezado o conhecimento do Sobrenatural, Ele mesmo, os entregou a uma disposição mental reprovável, para praticarem coisas inconvenientes." (BÍBLIA, 2008, p.1478, 1479).

Note bem, do exposto acima, que, conforme dogmas presentes na religião a disposição mental reprovável a qual desperta na pessoa um desejo sexual por outra do mesmo sexo, é fruto do desprezo do sobrenatural, uma vez que, a própria pessoa ignora

o conhecimento de Deus. Logo, é inadmissível concordar que é preconceituoso, o prosélito ao externar sua crença ou convicção íntima e pessoal, fundamentando suas proclamações em templos ou publicamente nas premissas pelas quais ele crer.

No discurso religioso, frise-se bem que, não há espaço, tampouco guarida com vistas a implicar discriminação contra quaisquer pessoas, sobretudo, a membros LGBT, conforme entendimento errôneo de seus defensores (progressistas), vez que o que está em voga é a inaceitável e inadmitida Homofobia ao lado da discriminação odiosa, estas é que devem ser objeto de criminalização face sua ocorrência e preenchido todos seus pressupostos executórios uma vez exauridos. Ademais, conduta esta, repudiada não só pelos prosélitos, mas por toda sociedade.

De resto, como tentativa de solucionar tal discrepância, viável seria majorar as penas concernentes aos já existentes crimes contra a honra no Código Penal Brasileiro - CPB, face aos denominados crime contra a honra, tais como: difamação, injúria e constrangimento ilegal, apesar de que isso não demonstrado eficientemente satisfatório ante os fatos sociais relevantes se considerar demais leis que foram recorrentemente alteradas em nosso Ordenamento. Todavia, se não houver outra possibilidade que assim o seja, vez que a esperança na educação e confiança nos valores já se exauriu.

Porém, em última análise, na tentativa de solucionar a questão, por que não convocar um plebiscito com a finalidade exclusiva de que a sociedade possa apreciar e se manifestar detidamente sobre a mesma, a fim de que as autoridades representativas possam definitivamente se convencer e quem sabe, se for o caso resolver de vez tal dissenso pela manifestação da vontade popular.

Ademais, bom que se diga que, no âmbito do Direito fundamental à Liberdade de expressão religiosa, previsto no art. 5º, VI da CF/88, não há espaço para discriminação, vez que esta só segregava, não constituindo reflexos positivos esperados pelo Constituinte, com vista ao equilíbrio e convivência harmônica entre a coletividade ante a pluralidade axiológica marcante no Estado Brasileiro, o que de fato configura ofensa à cidadania, a liberdade de escolha, afrontando, via de regra, a democracia.

Outrossim, o prosélito não é um discriminador, como possa alguém desavisado, sem conhecer o conteúdo ensejador da proteção constitucional da liberdade religiosa, intentar tipificar o proselitismo e a pretensão evangelizadora como ato discriminatório punível criminalmente ou confundir com quaisquer natureza preconceituosa.

Demais disto, rubrique-se que, para configurar discriminação preconceituosa, precisamente, é mister que a vítima seja pessoa individualizada (Princípio da Taxatividade do Direito Penal), não configurando discriminação a ofensa outorgada aos homossexuais, ofensa genérica excluída pelo legislador.

5 TRATAMENTO CRIMINAL DA PLC Nº. 122/06 ANTE O PROSELITISMO

Aduz o então art. 1º, da PLC 122/06, de autoria da Senadora Marta Suplicy que, serão punidos, na forma desta Lei, os crimes de ódio e de intolerância, sendo estes os praticados por motivo de discriminação ou preconceito de identidade de gênero, orientação sexual, idade, deficiência ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância.

Inviável é a incursão no Ordenamento Penal de nova figura delitiva a par das já existentes, vez que, o preceptivo assegurador do direito individual, já se encontra tutelado pelo Código Penal brasileiro, Lei nº. 2.848/1940, nos artigos 139, 140, 146, isto sem contar a existência de previsões nos arts. 186 c/c 927, Novo Código Civil – Lei nº. 10.406/2002, para que o causador do evento danoso em face de discriminação odiosa, mediante ofensa, ameaça ou violência real, seja obrigado a repará-lo, ainda que, da lesão, ocorra apenas dano moral, evitando assim o fenômeno da inflação legislativa ou a famosa “bolha”, fato recorrente no Brasil.

Mais ainda, a expressão “discriminação” não pode ser considerada como um conceito capaz de subverter e eliminar por completo direitos de procedência constitucional, como a liberdade de expressão, de crença e religião, principalmente por pregarem verdades tidas como dogmáticas infalíveis e indiscutíveis e, aduz Dawson (*apud* TAVARES, 2009, p. 28) que, “este caminho [que leva à verdade permanente] se encontra somente no Cristianismo, na sabedoria sobrenatural que mostra ao homem não apenas a verdade, mas também os meios para desfrutá-la.”

Inadmissível tolerar que, ante a proclamação das verdades e dos meios a se desfrutá-las, não haver debates, invariavelmente, face ao discurso prosélito, em tona repousa a concepção de que determinada religião ou igreja há de ajudar qualquer pessoa a galgar um nível mais alto de bem estar, de restauração e salvação, pedra angular corolário do cristianismo.

Esta conduta não configura discriminação, vez que, não está incitando ou instigando ou promovendo violência ou perseguindo homossexuais.

Oportuno registrar que geneticamente, ainda, não se sabe determinar a origem do homossexualismo, mas pesquisas dão conta de que, a homossexualidade poderia ser explicada pela transmissão de epimarcas sexualmente antagonicas, ou seja, quando o pai transmite seus marcadores, que tiveram a função de torná-lo mais sensível à testosterona, para uma filha. De igual maneira, esse material hereditário pode ser passado de uma mãe para um filho, tornando-o menos sensível à testosterona (RICE, FRIBERG, GAVRILETS, 2012).

Ademais, como não há certezas que aponte, categoricamente, as causas da homossexualidade, também insustentável seria confundir as verdades do cristianismo com incitação ou qualquer

tentativa consoante sua associação em ato discriminatória, uma vez professorada.

Neste diapasão, há quem venha rechaçar os apontamentos reveladores pelo ser sobrenatural apregoadas pelo prosélito religioso, face às verdades dogmáticas apregoadas que vão de encontro às relações homoafetivas, verdades tais que considera o homossexualismo, não como uma doença ou algo análogo, mas como um desvio piscosocial estruturada pela desobediência às verdades que indica o caminho [que leva à verdade permanente] consubstanciado, somente no Cristianismo, na sabedoria sobrenatural que mostra ao homem não apenas a verdade, mas também os meios para desfrutá-la.

Neste sentido, por mais que a ciência se esforce para descobrir as causas do homossexualismo, o sobrenatural já definiu o modelo a ser trilhado nas verdades cingidas pelo cristianismo.

E, ainda, quanto ao ateísmo, este, deve ser respeitado como direito de não acreditar em nenhum preceito de ordem divina, mesmo que tal disposição mandamental venha não permitir dita relação homoafetiva, considerada pela doutrina cristã como atos e procedimentos que contrariam preceptivos mandamentais.

Ressalte-se que, no conhecimento religioso ou teológico, o fiel não está delimitado à procura de evidências, uma vez que as considera de plano, como revelação divina, conhecendo e assimilando-as, por serem apreendidas e entranhadas no seu âmago psíquico.

Efeito disso é que, a Liberdade de Expressão Religiosa, deve ser compreendida como atividade de livre arbítrio no que concerne ao desembaraço em torno da divulgação desimpedida da fé. Para tanto, tal afirmativa pode ser verificada com maior intensidade em algumas religiões e, se destacando a título exemplar a Cristã, como tal ênfase o protestantismo, o qual apresenta, sobretudo, no que diz respeito ao proselitismo, pregação que visa angariar novos crentes. (BÍBLIA, 2008, p. 1429 b).

Contudo, pela exegese, inciso VI, do art. 5º, da Carta Federal, o legislador ao conferir à liberdade da expressão religiosa no Direito brasileiro como corolário da dignidade de pessoa humana, eleva por seu turno, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo que, com isso, tal garantia jamais poderá ser analisada fora do contexto do Ordenamento Jurídico brasileiro.

Conformem Madison (*apud* TAVARES, 2009, p. 22) este aduz que:

A religião, então de todo homem, deve ser deixada a cargo da convicção e consciência de cada homem; é direito de todo homem exercê-la da maneira que lhe convier e, cada homem deve prestar ao criador as deferências, e apenas aquelas, que crer ser aceitável para ele, esta dever preceder tanto

em tempo como em grau de obrigação às exigências da sociedade civil.

Neste contexto, fora os casos de discriminação odiosa ou homofobia, não há que se falar e/ou permitir restrição, cerceamento ou subversão à liberdade de expressão religiosa acobertada por argumentos eivados de cunho não ofensores a dignidade pessoal ou ao decoro, ainda, merece destacar como máxima imperiosa no que tange ao objetivo primordial do inciso VI, do artigo 5º, da Carta Magna de 1988, a afirmativa de que, esta dimensão específica que gira em torno da opção do indivíduo por uma dada religião e seus valores, como contrapartida, pressupõe um dever de o mesmo cumprir com alguns dogmas ou formalidades adstrita à religião.

Com isso, necessariamente, são concretizados pelo adepto, motivados única e exclusivamente por um ato de fé, em um rito específico que o segue e perpetua.

Portanto, todo ato de conotação ética ou moral, contrários aos preceitos mandamentais religiosos, bem como previsto em Lei, são considerados pelo cristianismo como inaceitáveis e, indubitavelmente, compõe o arsenal professorado pelo prosélito, tido como verdades postas e prontas que devem ser professoradas e praticadas.

Assim, para que haja uma proteção constitucional efetiva à liberdade de expressão religiosa, a liberdade de atuação conforme a crença haverá, também de ser protegida constitucionalmente.

Assim sendo, nos ensina Cox (apud TAVARES, 2009, p. 24) os idealizadores colocam a liberdade de consciência em primeiro lugar e depois seguiu com a liberdade de expressão e de imprensa. Eles estavam preocupados, acima de tudo, com a liberdade espiritual: liberdade de pensar, acreditar e louvar. Eles também sabiam que um homem que carrega uma crença tem uma necessidade, um dever moral, de expressá-la. Uma vez mais, cite-se que o prosélito detém a incumbência moral de cumprir o "Ide por todo o mundo, e pregai o (evangelho) a toda criatura, quem crer e for batizado será salvo; quem, porém, não crer será condenado." (BÍBLIA, 2008, p. 1329).

A idéia da tolerância não foi um produto da indiferença religiosa, mas, quando muito, de uma fé não imposta, mas livremente professorada (BOBBIO, 2000).

Com isso, depreende-se que, o respeito à tolerância, no âmbito religioso, implicando o direcionamento ao prosélito religioso pela via persuasiva, e não mediante a violência enseja implicar a desconsideração de determinados valores considerados em si mesmo contrários aos preceitos revelados divinamente pelo ser sobrenatural, e como tal, a título exemplar convém explicitar alguns, como; as uniões homossexuais, adoração a imagens de esculturas, etc., tidas como comportamentos inaceitáveis e inadmissíveis, pelas ditas verdades acima aduzidas, como também por

seus defensores.

Razão pela qual, mediante o discurso religioso veiculado pela persuasão é possível ilidir toda e qualquer interpretação contrária e obscura que gira em torno de sua proposta evangelizadora confundida, recorrentemente, como ato discriminatório.

Ademais, tremenda ignorância seria associar, liberdade de expressão religiosa constitucionalmente protegida e, livremente professorada, com ação violenta ou perseguição aos homossexuais de todo gênero, estas sim, indubitavelmente, é que devem ser consideradas e repelidas, como práticas intolerantes pelas disposições constitucionais e infraconstitucionais e, não os argumentos de prosélitos pautados nas próprias crenças, religiosas de cunho moral, ético, mandamental e social.

Disto denota, sem embargos, que foi preciso que a liberdade de fé ou de expressão, assegurada por uma correta aplicação da regra da tolerância, passasse a ser reconhecida como a melhor condição para fazer que, através da persuasão e não da imposição, triunfasse a verdade de quem se crê.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, foi possível verificar que, em um primeiro momento, dos crimes capitulados nos artigos 139 (Difamação), 140 (Injúria) c/c 146 (constrangimento ilegal) do Código Penal – CP de 1940, é possível verificar que, abarca todas aquelas discriminações ou preconceitos, propriamente dito de natureza universal, outorgadas em face de todos os seres humanos, inclusive, contra os homossexuais, bem como das ofensas que giram em torno das questões concernentes à orientação sexual. E, ainda, enfatizar que o direito a expressão religiosa, proselitismo (discurso religioso de conversão), reputada como manifestações constitucionalmente admitidas pelo art. 5º, VI, da Carta Cidadã, expressa todo conteúdo normativo assegurado como direito fundamental da pessoa humana, chancelando seu viés primordial, que é a liberdade de divulgação das verdades dogmáticas tidas como máximas institucionalizantes.

Frise-se que, não há como confundir discriminação, preconceito e/ou homofobia odiosa, incitação a violência e/ou destruição contra os homossexuais com proselitismo religioso, vez que são atos bem distintos. Ressalte-se que a discriminação apenas é concretizada quando, além de implicar um juízo de fato e de valor face ao tratamento diferenciado ante os sujeitos envolvidos, implica conceber que o diferente há de ser eliminado, suprimido ou explorado.

Nada obstante, é da própria essência que as instituições religiosas assumam explicitamente o *animus* universalizante quanto à difusão e sustentação de suas verdades e, por via oposta, a rejeição de atos e procedimentos contrários aos seus valores, jamais confundir tratamento diferenciado contra a pessoa, individu-

alizada, autora do ato desarrazoado, contrário às suas máximas.

Ademais, a liberdade de expressão religiosa, preceituada no art. 5º, VI, da CF/88, em torno do seu conteúdo normativo, assegura a inviolabilidade de consciência e de crenças, ponderando que os valores sobrenaturais conferidos aos indivíduos não podem sofrer intervenção do Estado, uma vez que o religioso além de estar protegido normativamente para crer em determinada verdade, pode, igualmente, agir de acordo com esta e, em uma dimensão aberta, professorar a crença, com vistas a converter terceiros.

E nisto é que reside e, declarado está que o ato de expressar sua crença, conforme sua verdade, que o prosélito, consta cancelado, restritamente, pela inviolabilidade de crença; reforçado ainda mais, pela liberdade de divulgação das crenças, bifurcando-se com a liberdade de expressão. As junções sucessivas positivas entre os institutos mencionados acabam por aproximar de forma íntima, a dignidade da pessoa humana, conferindo o sentido próprio deste relevante direito fundamental.

A liberdade de expressão religiosa consoante sua missão precípua abrange o proselitismo religioso, característica marcante em todas as religiões ditas universais embasadas em teorias morais de primeira ordem.

Neste sentido, imperioso rubricar que o proselitismo religioso exercitado por uma determinada religião pode, evidentemente, sem incitação à violência e/ou discriminação homoafetiva odiosa, rechaçar, ilidir ou fulminar, os atos e procedimentos (não á pessoa) contrários aos preceitos divinos pelos quais a mesma se estrutura-se.

Logo, não há que prosperar toda e qualquer tentativa capaz de cercear, subverter ou suprimir a proteção da expressão religiosa estabelecida no art. 5º, VI da CF/1988, conferido como discurso proselitista, que caso permitido tal interferência, anular-se-á a liberdade de expressão religiosa de todas as religiões universalistas, bem assim com o cristianismo.

Ademais, jamais irá existir e, também permitir, considerando a previsão da norma constitucional da liberdade de expressão religiosa, um comportamento, de tolerância com conteúdo de mero sopesamento, sinônimo de indiferença face à comunicação das verdades estabelecidas no âmago psíquico dos adeptos seguidores ou por parcela da religião que apregoa as máximas do cristianismo, seria um contra senso, simplesmente, ignorar as bases que por muitos séculos tem sustentado a mesma.

Finalmente registre-se que, no âmbito da liberdade de expressão religiosa, tolerância, significa um discurso contrário aos atos, não às pessoas, considerados contrários aos preceptivos doutrinários, revelados pelo Ser sobrenatural apreendido e difundidos pelos prosélitos com vistas à conversão deste desvirtuamento psicossocial e, nisto convém enaltecer, em última instância, importante explicitar que a conversão de novos adeptos, se dar pela

persuasão argumentativa e, não pela força ou violência.

Contudo, o sentido constitucionalmente assegurado e adequado dispensado à tolerância, no seio da liberdade religiosa, implica quanto da sua difusão, não a sua imposição coercitiva, nem o reconhecimento validando como aceitáveis comportamentos que colidem afrontosamente com seus dogmas, opostos e discordantes e, pelo simples fato de serem temas tão instigantes, conflitantes e discrepantes, não se justificam jamais associar o proselitismo religioso com homofobia, incitação à violência ou preconceito pela forma de discriminação odiosa.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de Janeiro de 2002. *Código Civil Brasileiro*. Presidente: Fernando Henrique Cardoso.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal brasileiro*. Presidente: Getulio Vargas

BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade*. São Paulo: Loyola, 1989.

BÍBLIA. Português. *A Bíblia Sagrada*: contendo o velho e o novo testamento. 2ª ed. Barueri-São Paulo. Sociedade Bíblica do Brasil. 2008.

FRIBERG, Urban. *Sexualidade*: Disponível em: <HTTP://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/homossexualidade-pode-ser-influenciada-pela-epigenetica>, Urban Friberg, Professor do Departamento de Biologia Evolutiva da Universidade de Uppsala, na Suécia. Acessado em: 27/05/2013.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade Religiosa e Liberdade de Consciência no Sistema da Constituição Federal*, in: Revista brasileira de estudos constitucionais - RBEC Belo Horizonte, ano 2, n.5, p. 13-25, jan./mar. 2008).

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 7ª ed. rev.ampl. São Paulo: Atlas. 2010.

MEZZAROBIA, Orides. In: *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. Orides Mezzaroba / Cláudia Servilha Monteiro. 2ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NÚCLEO de bibliotecas. *Manual para elaboração e apresentação dos trabalhos acadêmicos* : padrão Newton Paiva. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva. 2011. Disponível em: <http://www.newtonpaiva.br/NP_conteudo/file/Manual_aluno/Manual_Normalizacao_Newton_Paiva_2011.pdf>. Acesso em: 27/05/2013.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo, WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos, ÉRPEDS, Livia: *Constituição da República Federativa do Brasil*, Atualizada até a EC nº. 67/2010. Promulgada em 05 de outubro de 1988, e. 45 ed, atualizada. São Paulo: Saraiva 2011.

STEARNS, Peter. *História da Sexualidade*. Disponível em: < <http://guia-doestudante.abril.com.br/aventuras-historia/historia-homossexualidade-luta-pela-dignidade-718218.shtml>>. Acessado em 09/05/2013.

SILVA, José. Direito: *Cadernos de Lições Direitos Individuais*. 1º ed. Rio de Janeiro: RT, 2012.

TAVARES, André Ramos: *O Direito Fundamental ao Discurso Religioso: Divulgação da fé, proselitismo e Evangelização*, in: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n.10, p. 17-47, abr./jun.2009)

TISI, André. *A Inconstitucionalidade do PLC 122 Imposta à Sociedade Brasileira pelos LGBT*. Disponível em: <<http://resistencia cristaj.blogspot.com.br/2013/04/a-inconstitucionalidade-do-plc-122.html>>. Acessado em: 27/05/2013.

NOTAS DE FIM

¹ Acadêmico do 5º ano do Curso de Direito do Centro universitário Newton Paiva. Pesquisa realizada pelo Discente a ser defendida na mesma instituição.

² Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, mestre em Direito Ambiental pela UNIA (Espanha) e Doutora e Geografia em Convenção de Doutorado Sanduíche financiado pela CAPES entre a UFMG e a UAPV (França); é professora do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

CONTINUAÇÃO
EM OUTRO ARQUIVO

CONTINUAÇÃO



ALUNOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

Camila Cristina Azevedo Castro Teixeira*

RESUMO: O presente artigo tem como escopo a análise da aplicação da teoria do risco integral nos casos de dano ambiental. Procura, através da interpretação doutrinária, observando-se os princípios da responsabilidade ambiental, quais sejam, o da prevenção e precaução e do poluidor-pagador, demonstrar que afora a aplicação do risco integral impossível a garantia de implementação dos instrumentos de proteção/conservação do meio ambiente, uma vez que a referida teoria não admite as causas excludentes da responsabilidade. Traz a lume a legislação pertinente tanto no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional, ao analisar, em especial, o artigo 225 da Constituição Federal de 1.988 bem como o texto da Lei 6.938/1981, conhecida como Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. O resultado que se espera é a maior efetividade do que dispõe o ordenamento jurídico pátrio no que se refere a reparação do dano ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: dano ambiental; responsabilidade civil; responsabilidade objetiva; teoria do risco integral.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Ambiental e Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade a preocupação com o meio ambiente tornou-se alvo das discussões tanto internacionais como internas. Grande foi o reflexo de tal preocupação em nosso direito interno, esta demonstrada com a edição da Lei 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) representando um divisor de águas no ordenamento jurídico pátrio em matéria de Direito Ambiental.

Ainda, cuidou a Constituição Federal de 1.988, diante da premente necessidade de tutelar o bem ambiental, de incluir em seu texto a referida proteção atribuindo ao meio ambiente *status* de bem de uso comum do povo. Criou um direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Incumbiu não só ao Estado, mas também a toda a coletividade o dever de preservar e conservar o meio ambiente não só para a presente, mas como também para as futuras gerações.

Em atenção ao disposto Paulo Nader (NADER, 2.010, p. 370-371) apregoa:

A Constituição, pelo artigo 225, fixa os princípios da política do meio ambiente de um modo abrangente e moderno, sintonizado às exigências da época. Ao regular esta ordem de interesse a Lei Maior guarda sintonia com o principal valor protegido pelo ordenamento jurídico: a vida humana. A proteção ao meio ambiente é, em realidade, a proteção à própria vida, que exige natureza saudável, apta a

fornecer à geração atual e às futuras os recursos necessários à sobrevivência e desenvolvimento.

De acordo com Celso Antonio Pacheco Fiorillo, "a nossa Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhe características próprias" (FIORILLO, 2.012, p. 63).

Consagrou o texto constitucional a responsabilidade objetiva em matéria de dano ambiental, esta fundada na teoria do risco, admitindo-se, portanto a conjugação da responsabilidade objetiva com a teoria do risco integral diante da insuficiência das demais teorias do risco, quais sejam: risco-proveito, risco profissional, risco excepcional e risco criado.

A referida conjugação respalda-se na premente necessidade de ampliar as possibilidades da recuperação do meio ambiente degradado bem como garantir a efetividade de seus instrumentos de proteção, vez que a questão ambiental ganhou novo esboço com a mudança de paradigmas da sociedade bem como pela mudança da ordem constitucional acerca do tema.

Através da interpretação doutrinária, observando-se os princípios da responsabilidade ambiental, quais sejam, o da prevenção e precaução e do poluidor-pagador, restará demonstrado que afora a aplicação do risco integral impossível a garantia de implementação dos instrumentos de proteção/conservação do meio ambiente, uma vez que a referida teoria não admite as causas excludentes da responsabilidade bem como prescinde da demonstração do nexo de causalidade.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Trata-se a responsabilidade civil de instituto que visa à reparação de um dano causado proveniente de um dever jurídico violado, ou ainda, de uma obrigação secundária proveniente de uma obrigação primária descumprida, ou seja, a de não causar dano a outrem. Sua função consiste na recomposição do dano desencadeado por uma conduta antijurídica – o retorno ao estado de antes. Um dever geral de cautela, tal qual no Direito Romano a máxima *neminem laedere*¹.

Para Maria Helena Diniz (DINIZ, 2.010, p. 34):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

E, para Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, 2.008, p. 05):

Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer reolocando o prejudicado no statu quo ante. Impera neste campo o princípio da restitutio integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Daños, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.

Desta forma, o que se pretende é compelir o agente causador do dano a restituir a situação de antes, na possibilidade, ou, na falta desta prestar indenização correspondente ao dano causado.

Dos pressupostos gerais da responsabilidade civil a conduta (comissiva ou omissiva), o dano e o nexo causal.

Por conduta, segundo Sérgio Cavalieri (CAVALIERI FILHO, 2.008, p. 24), depreende-se todo comportamento humano que se exterioriza através de uma ação ou omissão produzindo consequências no mundo jurídico. Não só a conduta comissiva, mas como também a omissiva, ganham os contornos da responsabilidade civil. Da conduta omissiva tem-se que quando esta viola um dever jurídico de agir e causa dano a outro, fica o omitente obrigado a reparar o dano que nada fez para impedir.

Dano é a subtração ou diminuição de bem jurídico qualquer que seja sua natureza, patrimonial ou moral. Sem dano não ha-

verá o que se reparar sob pena de restar configurado o enriquecimento ilícito e/ou enriquecimento sem causa nos termos do artigo 884 do atual Código Civil².

O dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. Das espécies de dano patrimonial temos os danos emergentes e lucros cessantes. Por danos emergentes, aqueles que causam diminuição direta e imediata no patrimônio da vítima. Por lucros cessantes se entende tudo aquilo que se deixou de auferir em razão do evento danoso.

Já o nexo causal é o elemento de referência entre a conduta do agente e o resultado, o que permite a identificação daquele que deverá responder pelo dano causado. A teoria adotada pelo Direito Civil é a teoria da causalidade adequada, onde causa é todo antecedente não só necessário, mas como também o adequado à produção do evento danoso. Se várias condições concorrerem para o desencadeamento do dano, somente será causa aquela que sem a qual o dano não teria se operado.

A responsabilidade civil é gênero cuja cláusula geral está prevista no artigo 927 do Código Civil de 2.002³, operando-se por duas modalidades; a primeira, baseada na teoria da culpa, a responsabilidade subjetiva enquanto que, a segunda, a responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco atribui obrigação de reparar independentemente da conduta culposa do agente causador do dano; estão previstas, respectivamente, nos artigos 186 e 187 do referido diploma legal⁴.

São pressupostos da responsabilidade subjetiva a conduta culposa, o dano e o nexo causal. Baseada na teoria da culpa, a responsabilidade subjetiva exige que se faça prova da conduta culposa do agente causador do dano. Faz-se, então, mister a identificação da imperícia, negligência e imprudência daquele que deve suportar o ônus da reparação.

Importa dizer que para a responsabilidade civil a distinção entre dolo e culpa bem como a classificação dentre os graus desta última, não alcança grande importância, ficando tal relevo a cargo da responsabilidade penal, vez que a responsabilidade civil averigua a indenização pela extensão do dano e não pela gravidade da conduta.

Não obstante seja a responsabilidade civil subjetiva a regra adotada pelo direito comum, há aqueles determinados por lei que respondem civilmente pelos danos causados independentemente de culpa, daí a responsabilidade objetiva prescindir do elemento culpa do agente, bastando sejam verificados os pressupostos dano e nexo causal.

Trata-se da evolução do instituto que perpassa pela necessidade de comprovação da culpa, passando a admitir a responsabilidade objetiva. Tudo isso em razão da valorização da pessoa do lesado que não raras vezes restava prejudicado pela dificuldade de prova da culpa exigida pela responsabilidade subjetiva, tornando-se esta insuficiente para promover a reparabilidade do dano causado.

Fundamentada na teoria do risco, a responsabilidade objetiva traduz que a atribuição da reparação do prejuízo causado deve ser ao seu autor, independente deste ter agido com culpa, restando à vítima somente a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

Das teorias aplicadas à responsabilidade fundada no risco temos a teoria do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e do risco integral.

De acordo com a teoria do risco-proveito o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou lucro do fato lesivo da sua utilização para questões industriais e comerciais.

A teoria do risco profissional atribui o dever de indenizar sempre que o fato prejudicial for proveniente da atividade ou profissão do lesado.

Já a teoria do risco excepcional defende que a reparação é devida sempre que o dano for consequência de um risco excepcional, ainda que escape à atividade da vítima e a par do trabalho que pratica.

Pela teoria do risco criado, aquele que em razão da atividade ou profissão que desenvolve, cria um perigo e, desta forma, está sujeito à reparação do dano que vier a causar.

Das teorias do risco, a mais radical, em apelo e cuidado extremo, é a teoria do risco integral a qual apregoa que o dever de reparar surge tão somente em face do dano, dispensando, além da comprovação da conduta do agente, o vínculo do nexo causal.

De encontro com a posição, Paulo Nader (NADER, 2.010, p. 33) assevera:

A teoria do risco, no âmbito doutrinário, apresenta matizes diversos. A concepção mais radical é do risco integral, que dispensa não só o elemento culpa, mas também a prova do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo material ou moral de outrem, tratando-se de situações excepcionais em que as vítimas têm grande dificuldade de comprová-lo, devido à natureza das atividades desenvolvidas pelo agente e dos danos.

Na teoria do risco integral também não se admite as excludentes de responsabilidade, quais sejam: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

Desta forma, diante das demais teorias, a teoria do risco integral é a que mais se mostra suficiente para a reparação diante de um dano causado.

3 DO DANO AMBIENTAL

Conforme já exposto alhures, para que seja possível a incidência da responsabilidade civil e para que ocorra o dever de reparação necessário se faz a existência de um dano.

Para Ari Alves de Oliveira Filho (FILHO, 2.009, p. 118) dano é entendido como diminuição ou destruição de determinado bem; sendo a descrição do dano ambiental uma tarefa difícil devido à dificuldade de identificação de seu causador e muitas vezes, pela dificuldade de comprovação do nexo de causalidade que vincula o lesante e o dano efetivamente causado.

A expressão dano ambiental era tratada pela doutrina com uma imprecisão que variava segundo os interesses de tutelar da sociedade, podendo recair diretamente sobre o patrimônio ambiental quanto se configuraria dano de *ricochete*⁵, sendo o ser humano “vítima em sua saúde e em seus bens” segundo Annelise Steigleder (STEIGLEDER, 2.011, p. 102).

Ainda sobre o tema, aduz Annelise Steigleder que “conforme o ordenamento jurídico que se insere, a norma é utilizada para designar tanto as alterações nocivas como efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses” (STEIGLEDER, 2.011, p. 99).

Segundo a autora (STEIGLEDER, 2.011, p. 99), houve uma evolução do entendimento doutrinário na qual dano ambiental não é somente aquele que atinge interesse pessoal de particulares, mas aquele que, de alguma forma, interfere no desenvolvimento sustentável⁶ de determinado meio, entendido por si só; seja natural, artificial, cultural ou do trabalho conforme atualmente já se define.

Do reconhecimento do bem ambiental como suscetível à tutela, a utilização da responsabilidade civil, que busca combater os efeitos danosos através de medidas na esfera cível, estas se não bastantes pela reparação deverá ser suficiente através do pagamento de indenização que será destinada á fundo específico⁷.

Notória se faz a observação de Ari Alves de Oliveira Filho (FILHO, 2.009, p. 131):

Desta feita, a sociedade busca, no Judiciário, a reparação dos danos causados pelos desastres ecológicos, através de processos litigiosos, uma vez que há comoção social, e ela cobra uma resposta, pois o povo já é sabedor da importância da preservação ambiental para a sobrevivência de todas as espécies.

Continua o autor, “ao ser acionado, o Judiciário busca descobrir qual a extensão do dano, até que ponto ele prejudica o ecossistema do homem, por fim, quem foi seu causador, partindo, em seguida, para a busca do ressarcimento” (FILHO, 2.009, p. 131).

O dano ambiental no direito interno, já compreendido em sua forma ampla, fere direito difuso⁸ da coletividade em se tratando da não observância do que preceitua o *caput* do artigo 225 da Carta Magna; bem como, o dano ambiental se caracteriza,

de forma geral, pelo que aduz a Lei 6.938/81 em seu artigo 3º⁹, por ser qualquer tipo de alteração das características particulares e singulares daquele ambiente, entendida como degradação; assim como também se preceitua como a alteração na qualidade do ambiente, entendida como poluição.

Em linhas conclusivas e ensejando uma reflexão aduz Luís Paulo Sirvinskas que “a utilização excessiva dos recursos naturais poderá causar o seu esgotamento e a estagnação econômica, além de colocar em risco todas as formas de vida do planeta” (SIRVINSKAS, 2.012, p. 132).

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A notoriedade da degradação ambiental como o desmatamento das florestas, a contaminação das águas, a poluição do ar atmosférico e a devastação das reservas biológicas bem como o constante sofrer da humanidade em consequência dessa conduta (através do aumento da temperatura, desertificação do solo, esgotamento de recursos naturais, enfim as catástrofes naturais) mostraram a urgência e seriedade com que as questões relativas ao dano ao meio ambiente deviam ser tratadas.

Ainda, o crescente aumento populacional associado a uma cultura globalizada, capitalista e, portanto consumista, corrobora para a degradação acelerada do meio ambiente.

Diante da insuficiência da teoria clássica da responsabilidade civil (subjetivista) para garantir a reparação às vítimas do dano ambiental que ficavam fadadas ao seu infortúnio, seja pela dificuldade de prova, seja pela multiplicidade de sujeitos, seja pela natureza difusa do direito ou pela não fácil tarefa de mensurar a extensão do dano ambiental bem como a necessidade premente de assegurar a preservação do meio ambiente, a responsabilidade ambiental adotou o regime objetivista.

Na dicção de José Jairo Gomes (GOMES, 2.005, p. 332-333):

O legislador, sensibilizando-se com a injustiça padecida pela vítima e com o relevo social do dano ocorrido, fez uma opção radical em prol da reparação, tomando despidiendas quaisquer considerações acerca da ilicitude da ação desenvolvida por aquele que deverá arcar com os ônus indenizatórios.

Tal entendimento corrobora com a intenção de nosso legislador ao elevar o §1º do artigo 14 da Lei 9.638/91, que dispõe:

Art. 14. § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio

ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Certo é que a responsabilidade civil ao tratar de danos decorrentes de violação de direitos difusos e/ou coletivos, como o meio ambiente, afasta de si a teoria clássica adotada para os casos de direitos individuais/patrimoniais e se reveste da teoria do risco e da solidariedade a fim de conferir efetividade à medida que pretende impor.

Aqui, a função da solidariedade tem o escopo de garantir que o dano seja reparado, observado, no caso, o direito de regresso daquele que suportou a reparação em face dos demais.

Não obstante o argumento da impossibilidade da responsabilidade solidária do Estado em razão da atribuição da reparação aos administrados faz-se necessário dizer que é o Poder Público o responsável pelo controle, fiscalização e vigilância das atividades que possam vir a causar danos ao meio ambiente. Cabe ainda, ao Estado, a análise das concessões de autorização para exploração dos recursos naturais bem como dos empreendimentos ou atividades potencialmente poluidoras ou degradadoras, daí a responsabilidade solidária da administração por danos ambientais.

Sobre o exposto acima, Pablo Stolze Gagliano (GAGLIANO, 2.012, p.243), dicorre sobre o emprego da teoria do risco integral:

A teoria em epígrafe leva a idéia de responsabilização às mais altas elucubrações. De fato, a sua aplicação levaria a reconhecer a responsabilidade civil em qualquer situação, desde que presentes os três elementos essenciais, desprezando-se quaisquer excludentes de responsabilidade, assumindo a Administração Pública, assim, todo o risco proveniente de sua atuação.

A Constituição Federal em seu artigo 23, VI, incumbe à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios o dever de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

Ainda, no mesmo diploma legal, em seu artigo 225 assegura que:

Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Desta forma, o Estado (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) pode tanto ser responsabilizado por danos cometidos por seus agentes tanto quanto pelos danos ambientais cometidos por terceiros, em decorrência de sua conduta omissa, permitindo que o dano ao ambiente se opere.

Os princípios que regem a responsabilidade ambiental são os princípios da prevenção e precaução e o princípio do poluidor-pagador.

Dos princípios da precaução e prevenção há de se fazer a distinção conforme Édís Milaré (MILARÉ, 2.011, p. 1069):

De maneira sintética, podemos dizer que a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto. Ou ainda, a prevenção se dá em relação ao perigo concreto, ao passo que a precaução envolve perigo abstrato.

Nesse sentido, o princípio da prevenção tem por objetivo prevenir, diante do conhecimento do risco, o dano ambiental, enquanto que o princípio da precaução é conduta adotada diante da incerteza científica do risco de dano que certa profissão ou atividade irá causar.

Para o autor a observação do princípio da precaução funda-se em "argumentos de ordem hipotética, situados no campo das possibilidades, e não necessariamente de posicionamentos científicos claros e conclusivos" (MILARÉ, 2.011, p. 1071).

Luz Elena Agudelo Sánchez e Fausto Enrique Huerta Gutiérrez (SÁCHEZ e GUTIÉRREZ, 2.012, p. 41) também asseveram acerca da diferenciação de ambos os princípios em consonância com o entendimento de Édís Milaré:

En todo caso, la definición del Principio de Precaución debe desligarse de la del Principio de Prevención, ya que uno y otro, aunque tienen el mismo fin tendiente a evitar un daño, se fundamentan en presupuestos diferentes, siendo la prevención el género, y la precaución la especie.¹⁰

Continuam os autores seu raciocínio "En otras palabras, las medidas de prevención son las que se adoptan ante un riesgo actual, mientras que las medidas de precaución suponen un riesgo

potencia¹¹" (SÁCHEZ e GUTIÉRREZ, 2.012, p. 42).

Quanto ao princípio do poluidor-pagador, este visa a incutir o custo da poluição na produção. Segundo Ari Alves de Oliveira Filho "este princípio surgiu da necessidade de se impor à sociedade mecanismo de alcance preventivo e/ou repressivo" (FILHO, 2.009, p. 53).

Verifica-se no referido princípio traço exclusivamente de cunho econômico ao passo que cria um mecanismo de responsabilidade por dano causado ao meio ambiente, impondo ao poluidor um custo por sua atividade, sendo seu alcance, segundo o autor acima referido "preventivo, no sentido de que, se ocorrer o dano, o responsável arcará com severas penas (...). Repressivo, no sentido de impor efetivamente as severas penas, fazendo cumpri-las" (FILHO, 2.009, p. 53).

Trata-se de uma compensação pelo dano ambiental causado por sua atividade. Não obstante se tenha o princípio do poluidor-pagador como um mecanismo de alocação de custos, decerto que o custo dos bens e serviços produzidos não reflete o custo total das medidas necessárias de prevenção, mitigação e compensação dos impactos negativos associados ao processo de produção.

5 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

Para Marcelo Abelha Rodrigues (RODRIGUES, 2013, p. 372-373), quanto à aplicação da responsabilidade civil objetiva a fim de reparar o bem ambiental lesado é necessário, ainda, a observância de alguns obstáculos que dificultam a solução almejada, quais sejam: a comprovação do dano ambiental, comprovação do nexo causal e efetivação da sanção.

Nesse sentido, necessária se faz a conjugação da responsabilidade objetiva com um mecanismo que garanta a efetividade das normas e medidas implantadas pelo ordenamento jurídico interno a fim de buscar soluções para eliminar os referidos obstáculos.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, "a extensão do risco é também o tema central quando se discute o problema da reparação integral" (JÚNIOR, 2.012, p. 304).

Temos que a teoria do risco integral é a forma mais gravosa de responsabilidade civil, não admitindo as hipóteses de excludente de responsabilidade nem mesmo em se tratando de caso fortuito ou força maior, bem como dispensa a comprovação da conduta do agente e do nexo causal.

Assim, por se mostrar meio mais eficaz em face das demais teorias do risco (risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional e do risco criado) a doutrina, jurisprudência e legislador tem associado à responsabilidade objetiva por dano ambiental a teoria do risco integral.

Para José Jairo Gomes (GOMES, 2.005, p. 332) a responsabi-

lidade civil com base na concepção do risco integral torna evidente a incidência da solidariedade e cooperação:

Mais evidente se torna a incidência da solidariedade e da cooperação nas hipóteses em que tem aplicação a teoria do risco integral, ou seja, nos casos em que a responsabilidade além de ser objetiva, não comporta elisão pela ocorrência de caso fortuito, força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima. Nessa categoria estão os danos decorrentes de atividade nuclear e danos causados ao meio ambiente.

Desta forma, nenhuma outra conduta será verificada ou serão observadas as excludentes de responsabilidade.

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (JÚNIOR, 2.000, p. 321) também consagra essa ideia:

Estando a responsabilidade objetiva por dano causado ao meio ambiente fundamentada na teoria do risco integral, a culpa ou o proveito de terceiro que invoca a proteção jurisdicional, duas excludentes da responsabilidade objetiva, não poderiam ser sucitadas.

Entende o autor tratar-se de responsabilidade solidária, sendo "irrelevante a mensuração de subjetivismo" no tocante a conduta lesiva (JÚNIOR, 2.000, p.320-321).

Nas palavras de Sergio Cavalieri, a teoria do risco integral "é modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior" (CAVALIERI FILHO, 2.008, p. 233).

Para o autor, por se tratar de medida extrema deve ser adotada somente em casos excepcionais, como exemplo, em caso de dano ambiental, devido ao caráter preventivo desse ramo do direito, bem como na impossibilidade de aplicação da Lei 6.938/81 caso se pudesse invocar o caso fortuito e a força maior como hipóteses de excludentes de responsabilidade.

Assim, em seu entendimento expõe Sergio Cavalieri (CAVALIERI FILHO, 2.008, p.144-145):

c) Temos, a seguir, o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, que trata dos danos causados ao meio ambiente. O meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é direito de todos, protegido pela própria Constituição Federal, cujo art. 225 o considera "bem de uso comum do povo e essencial à sadia

qualidade de vida... Além das medidas protetivas e preservativas previstas no § 1º, I-VII, do art. 225 da Constituição Federal, em seu § 3º ela trata da responsabilidade administrativa e civil dos causadores de dano ao meio ambiente. Nesse ponto a Constituição recepcionou o já citado art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, que estabeleceu responsabilidade objetiva para os causadores de dano ao meio ambiente, nos seguintes termos: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e terceiros, afetados por sua atividade".

Conclui em seu entendimento "extrai-se do Texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) que essa responsabilidade é fundada no risco integral" (CAVALIERI FILHO, 2.008, p. 145).

Conforme José Jairo Gomes (GOMES, 2.005, p. 333):

Por outro lado, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 21, XXIII, "c" que "a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa". Destarte, consagrou-se no nível constitucional a responsabilidade objetiva por dano decorrente de atividade que envolva a manipulação de substâncias radioativas, tendo sido agasalhada a teoria do risco integral.

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (JÚNIOR, 2.000, p.322) elucida que se posiciona a doutrina majoritária pela vinculação da responsabilidade civil à supracitada teoria por se tratar de medida mais rigorosa, conforme já tratado, que desponta como solução eficaz em face da preocupante degradação ambiental existente no Brasil. Disserta ainda que pela aplicação da teoria do risco, "a obrigação de reparação decorreria somente do fato dano, excluindo-se qualquer outra determinante externa a ele" (JÚNIOR, 2.000, p.322).

Posiciona-se também Luis Paulo Sirvinkas (SIRVINKAS, 2.012, p. 251) ao aduzir que o dano deve ser reparado integralmente ou o mais aproximadamente possível ressaltando sua aderência a aplicabilidade da teoria do risco integral conjugada com a responsabilidade objetiva.

Nessa esteira de entendimentos vê-se que o nosso legislador além de adotar a responsabilidade objetiva nos casos de dano ambiental, tornando prescindível a análise da conduta do agente, tornou inaplicável as hipóteses de excludente de responsabilidade ao adotar a teoria do risco integral como medida de proteção ambiental.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na ideia de prevenção o Direito Ambiental tido como um complexo de normas e princípios reguladores do reflexo da atividade humana sobre o meio ambiente, em seu sistema de responsabilidade por danos ambientais, previsto na Lei 9.638 de 1.981 e na Constituição da República de 1.988, adota a teoria da responsabilidade objetiva, sendo irrelevante a averiguação da conduta do agente causador do dano.

Desta forma, independentemente de culpa, pressuposto da responsabilidade subjetiva, haverá a obrigação de reparar para aquele que em razão de sua profissão ou atividade causou danos ambientais, este entendido como qualquer alteração do equilíbrio do meio ambiente.

Apesar do entendimento consolidado quanto a aplicação da responsabilidade objetiva em face do dano ambiental persistiam obstáculos impeditivos da responsabilização dos agentes causadores de danos, seja pela dificuldade de prova, seja pela multiplicidade de sujeitos, seja pela natureza difusa do direito ou pela não fácil tarefa de mensurar a extensão do dano ambiental bem como pela aplicabilidade das excludentes de responsabilidade e demonstração do nexo de causalidade.

Não obstante, a fim de solucionar as questões acima propostas, optou-se pela aplicação da teoria do risco integral, medida extremista que, em razão de sua gravidade, outra modalidade não se encontraria efetiva para resguardar o meio ambiente em sua forma ecologicamente equilibrada, tendo em vista, se assim fosse, ver-se por inatingível a reparação uma vez permitido invocar-se as hipóteses de excludente de responsabilidade bem como a demonstração do nexo de causalidade.

Uma vez invocados o caso fortuito e a força maior, a maioria dos danos ambientais restariam sem a devida reparação, pois não permitiria a responsabilidade daqueles que por razões econômicas – profissão ou atividade – assumiram o risco de provocar dano ao meio ambiente.

Por fim, o Direito Ambiental brasileiro, cuja característica de preservação lhe sobeja, em razão da elevação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado a um direito constitucional fundamental, com espeque no artigo 225 da Constituição Federal bem como no artigo 14, § 1º da Lei 9.638/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) sustenta a excepcionalidade da aplicação da teoria do risco integral nos casos de danos causados ao meio ambiente, esta justificada na importância do bem jurídico tutelado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2.006.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1.981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 31ago. 1.981.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2.008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2.010.

FILHO, Ari Alves de Oliveira. *Responsabilidade civil em face dos danos ambientais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2.005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.005.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.011.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2.010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental: esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2.013.

SÁNCHEZ, Luz Elena Agdelo. GUTIÉRREZ, Fausto Enrique Huerta. *El Principio de Precaución Medioambiental en el Estado Colombiano*. Colômbia: Editorial Universidad Libre Seccional Pereira, 2.012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2.012.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.011.

NOTAS DE FIM

* Estudante do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

1 Princípio que rege a responsabilidade civil no qual a ninguém é facultado causar dano a outrem.

2 Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

3 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

5 Dano de ricochete, de modo geral, consiste em ato praticado diretamente sobre uma determinada pessoa, mas seus efeitos afetam indiretamente terceiros.

6 Desenvolvimento sustentável é aquele desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades. Desenvolver de forma sustentável significa melhorar a qualidade de vida humana dentro dos limites de suporte do próprio meio que se explora.

7 Fundo Nacional do Meio Ambiente, instituído pela Lei 7.797/89, regulada pelo Decreto nº 98.161/89 que foi, posteriormente, alterado pelo Decreto nº 99.249/90, que dispõe sobre a administração do fundo conforme observa Ari Alves de Oliveira Filho (FILHO, 2009, p. 145).

8 Segundo Fiorillo, "o direito difuso apresenta-se como um direito transindividual, tendo um objeto indivisível, titularidade indeterminada e interligada por uma situação de fato" (FIORILLO, 2012, p. 56).

9 Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e

subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

10 (SÁCHEZ e GUTIÉRREZ, 2012, p. 42): "Em todo caso, a definição do Princípio da Precaução deve ser separada do Princípio da Prevenção, uma vez que ambos, apesar de terem a mesma ordem para impedir o dano, são baseados em diferentes hipóteses, sendo a prevenção gênero, e a precaução espécie".

11 (SÁCHEZ e GUTIÉRREZ, 2012, p. 42): "Em outras palavras, as medidas de prevenção são aquelas adotadas diante de um risco real, enquanto que as medidas de precaução supõem um risco potencial".

A EQUIPARAÇÃO SALARIAL EM CADEIA

Angela Mayara Ribeiro Serra¹

RESUMO: O presente artigo abordará o instituto da equiparação salarial com enfoque na revisão e alteração substancial da súmula número 6 do TST, ocorrida no fim do ano de 2010 e novamente em setembro de 2012. Passando a considerar como excludente do pedido de equiparação salarial a hipótese da equiparação salarial em cadeia – aquela que tem como paradigma, colega que exerça a mesma função e tenha obtido a equiparação com outro colega em decisão judicial -, se não demonstrada a presença dos requisitos da equiparação em relação ao paradigma que deu origem à pretensão, caso arguida objeção pelo empregador. Dessa forma, será analisada a equiparação salarial em cadeia, bem como a estabilidade e segurança jurídica trazida pela mesma. O estudo do tema é de suma importância, principalmente, aos operadores do direito do trabalho. Vez que a equiparação salarial em cadeia assusta aos empresários, sendo assunto recente e recorrente na justiça trabalhista.

PALAVRAS CHAVE: Equiparação salarial; Súmula 6 do TST; Salário.

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a equiparação salarial, instituto que se estrutura a partir do princípio da isonomia previsto em nossa Constituição da República de 1988 e na CLT. Tendo seu alicerce no princípio da igualdade constante dos artigos 3º, inciso IV e 7º, inciso XXX da CR/88, que estabelece a proibição de diferença de salários por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Em síntese, tal norma de conteúdo trabalhista é decorrente do que dispõe o artigo 5º, inciso I, do mesmo diploma legal, que impossibilita o tratamento diferenciado entre homens e mulheres. Transformando-se em um relevante aspecto dos direitos sociais indispensáveis à dignidade da pessoa, não apenas como homem, mas igualmente como empregado frente ao empresariado e aos demais empregados.

Logo, o princípio de salário igual para trabalho igual é um instituto muito mais amplo e que constitui uma das mais grandiosas conquistas da democracia: a igualdade de trabalho entre homens perante a lei. Visando a isonomia, os homens não devem ser discriminados em razão de sua origem social, sexo, idade, raça e de seus credos religiosos ou políticos. Enfim, o referido princípio busca o respeito à substancial identidade do homem, como homem e como cidadão.

O tema do presente trabalho será minuciosamente abordado, a fim de esclarecer as frequentes indagações acerca da recente alteração da Súmula 6 do TST, que conseqüentemente refletiu no instituto da equiparação salarial em cadeia.

2 DESENVOLVIMENTO

A reforçar o princípio geral de igualdade entre os homens tem-

-se consignados na CLT mais alguns dispositivos legais, dentre eles o artigo 3º, parágrafo único e artigo 5º. O primeiro dispositivo marca a inexistência de qualquer distinção no tratamento legislativo dispensado ao empregado em função da espécie de emprego ou natureza do trabalho (intelectual, técnico e manual). O segundo aplica-se ao tema em estudo que declara: "todo trabalho de igual valor corresponde salário igual sem distinção de sexo".

Estando presente também no artigo 461 caput e parágrafo 1º:

Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º. Trabalho de igual valor, para os fins deste capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos.

Em suma, o artigo 461 da CLT em conjunto com a Súmula 6 do TST destacam e esclarecem com suficiente precisão os requisitos necessários à equiparação salarial, sendo através dos mesmos que o empregado poderá postular a equiparação, são eles: idêntica função, trabalho de igual valor, prestado para o mesmo empregador, na mesma localidade, com contemporaneidade no exercício das funções.

Importante salientar que, conforme já dito, para que seja obtida a equiparação salarial, o reclamante e paradigma devem exercer igual função. Estabelece a Súmula 6, inciso II do TST que

para efeito da equiparação de salários, no que se refere ao requisito de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. No mesmo sentido, será sempre irrelevante o fato de que existam nomes diversos para funções equivalentes, pois o instituto da equiparação tem por base a primazia da realidade. Assim, comprovada a equivalência no exercício das funções, o empregado terá direito à equiparação salarial. Sendo ainda desnecessário que ao tempo da reclamação trabalhista reclamante e paradigma estejam trabalhando juntos, desde que a pretensão se refira a situação pretérita.

Para Maurício Godinho:

A equiparação salarial é a figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador. A esse colega comparado dá-se o nome de paradigma e ao trabalhador interessado na equiparação denomina-se paragonado ou equiparando. (DELGADO, 2009, p. 735)

Porém, mesmo preenchidos os requisitos supracitados existem situações em que a equiparação não será procedente, cabendo ao empregador o ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. São elas: diferença de produtividade e perfeição técnica no exercício das funções entre paradigma e paragonado; contar o paradigma com diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos em relação ao reclamante; a existência de quadro de pessoal organizado em forma de carreira homologado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente dentro de cada categoria profissional.

Não servindo ainda como paradigma o empregado que exerça a função em decorrência de readaptação. Ou seja, aquele empregado que sofreu algum acidente ou doença que reduziu sua capacidade laboral, impossibilitando que o mesmo continuasse exercendo a função anterior.

O inciso VI da súmula 6 do TST cuida especificamente do instituto da equiparação salarial em cadeia. Anterior redação da presente súmula dispunha que, presentes os pressupostos da equiparação salarial, irrelevante seria a circunstância de que o desnível salarial tivesse origem em decisão judicial que beneficiasse o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior. Desta forma, o empregado B obtinha equiparação com A em virtude do exercício da mesma função. Em seguida, C obtinha equi-

paração com B, D com C e assim por diante, ocasionando uma cadeia de equiparações infinita.

Após alteração da referida Súmula, a mesma passou ao seguinte texto final:

VI – Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto.

Assim, tem-se consagrado o ideal de que empregados que oferecem o mesmo resultado ao empregador não podem ser tratados de formas distintas. Porém, a hipótese de equiparação salarial “em cadeia”, “em cascata”, “em trama” ou “em rede”, somente poderá ocorrer caso preenchidos os requisitos da mesma em relação ao paradigma que deu origem à pretensão, caso arguido pelo empregador. Portanto, o presente dispositivo veda que a equiparação salarial se dê em forma de corrente, ou seja, um empregado se equipara a outro, que se equipara a outro e assim por diante, sem que o último empregado preencha os requisitos da equiparação presentes no artigo 461 da CLT com o primeiro equiparado.

Tal como no julgado abaixo, onde o TST conheceu e deu provimento ao recurso do empregador, uma vez que o Tribunal Regional ao manter a sentença de primeiro grau, não levou em consideração tal vedação da súmula em questão que apresenta profundos reflexos na vida prática trabalhista.

RECURSO DE REVISTA – EQUIPARAÇÃO SALARIAL EM CADEIA – No caso dos autos, a posição do Tribunal Regional contraria o disposto no art. 461 da CLT, quando manteve a sentença que julgou procedente o pedido de equiparação da reclamante com a paradigma Fabiana Cristina Chaves, estendendo diferenças salariais alcançados por ela em decorrência de outra reclamação trabalhista em que logrou êxito em seu pedido de equiparação salarial com Ivone Camilo Tinoco Miranda, sem que se observasse se a ora reclamante efetivamente preenchia os requisitos do art. 461 da CLT, com esta paradigma Ivone. Recurso de revista que se conhece e a que se dá provimento. (RR 1203/2006-

RECURSO DE REVISTA – EQUIPARAÇÃO SALARIAL – JULGAMENTO ULTRA PETITA – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 128 E 460 DO CPC. O fato de o eg. Tribunal Regional analisar a questão pelo prisma da equiparação salarial via transversa com a modelo Ivone Tinoco não configura julgamento ultra petita, mas, sim, a intenção de demonstrar a realidade fática constatada nos presentes autos, uma vez que a reclamante sequer conhecia a paradigma original. Intactos os arts. 128 e 460 do CPC. Recurso de revista não conhecido.

Ao tratar da equiparação salarial em cadeia Paulo Jakutis se posiciona:

Essa figura, ao que tudo indica, traduz a idéia de uma equiparação que ocorre por meio de um elo, ou seja, 'A' busca a equiparação com 'C', mas, para tanto, equipara-se, por primeiro, a 'B', quando 'B', então, faz o papel de elo e forma a corrente de equiparados. (JAKÚTIS, 2011, p.08)

Desta forma, nos termos do referido dispositivo legal o que se busca é evitar que empregados que tenham tempo de serviço superior a dez ou mesmo vinte anos recebam o mesmo salário, desde que a equiparação se dê de modo intercalado de um em um até se chegar ao mais novo empregado, em evidente afronta ao princípio da isonomia e ao artigo 461 da CLT.

Inúmeros precedentes no mesmo sentido podem ser citados embasando o que até aqui se disse, dentre eles o presente Recurso de Embargos:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL EM CADEIA - ÔNUS DA PROVA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 461 DA CLT EM RELAÇÃO AOS PARADIGMAS REMOTOS - SÚMULA/TST Nº 6, VI. 1) A v. decisão ora embargada foi publicada na vigência da Lei nº 11.496/2007, que emprestou nova redação ao artigo 894 da CLT, pelo que estão os presentes embargos regidos pela referida lei. E, nos termos da atual sistemática processual, o recurso de embargos só se viabiliza se demonstrada divergência entre arestos de Turmas desta Colenda Corte, ou entre arestos de Turmas e da SDI. Nesse passo, afigura-se imprópria

a invocação de ofensa a dispositivo legal ou preceito constitucional a justificar o conhecimento dos embargos, pelo que não cabe o exame da alegada violação do artigo 461 da CLT. 2) Recentemente esta Corte pacificou entendimento a respeito da questão, mediante a alteração da redação da Súmula/TST nº 6, VI, no sentido de que, em se tratando de pedido de equiparação salarial em cadeia, compete ao reclamante a comprovação do preenchimento dos requisitos do artigo 461 da CLT apenas em relação ao paradigma imediato, cabendo ao reclamado comprovar a alegação de -fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto-. Sendo assim, nos termos da parte final do inciso II do artigo 894 da CLT, não há que se falar em divergência jurisprudencial. Recurso de embargos não conhecido.

Recentemente caso específico referente a equiparação salarial em cadeia foi submetido à análise da 9ª Turma do TRT-MG que, ao analisar o pedido, julgou com base na revisão da súmula 6 do TST.

Na exordial a reclamante pleiteava a equiparação salarial com uma colega. Que, por sua vez, já havia obtido a equiparação em relação a outro modelo em decisão judicial. Em análise ao recurso, a desembargadora Mônica Sette Lopes constatou a presença dos requisitos do artigo 461 da CLT em relação a todos os paradigmas, inclusive com a originária da cadeia, explicitando em seu voto o item VI da Súmula 6 do TST. No presente caso, caberia aos reclamados demonstrarem a existência de qualquer fato impeditivo à equiparação pleiteada, o que não ocorreu.

A equiparação salarial em cadeia foi ainda personagem principal da seção realizada pela SDI-1 do TST em 23 de maio deste ano. Onde ficou definido que cabe exclusivamente ao empregador provar em sua defesa, a existência de fato impeditivo à procedência da equiparação salarial pleiteada, quando o pedido se sustentar em equiparação em cadeia.

Ao requerer a equiparação, a empregada indicou como paradigma uma colega que, em anterior ação trabalhista, obteve equiparação com outro empregado, que, por sua vez, obteve a equiparação com uma quarta empregada. Tal como já apresentado no caso acima. Na presente situação o TRT da 3ª região considerou que tal circunstância não impedia o reconhecimento do direito, muito embora as reclamadas alegarem que se tratava de equiparação em quarto grau, configurando "uma cadeia sem fim".

Para o Tribunal, a empregada comprovou a identidade de função com a paradigma apresentada, enquanto a empregadora não demonstrou qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo.

vo do direito postulado. O relator do presente recurso - ministro José Roberto Freire Pimenta - observou que o item VI da Súmula 6 foi modificado recentemente, mais precisamente em setembro de 2012, para dispor que, nos casos de equiparação em cadeia, cabe ao empregado a demonstração do preenchimento dos requisitos do artigo 461 da CLT apenas em relação ao paradigma imediato. Devendo situações impeditivas serem apresentadas pelo empregador, em defesa.

Ante o exposto podemos observar a ocorrência de certa uniformização da jurisprudência no presente sentido, ocasionando inúmeros benefícios, na medida em que quanto menor o número de decisões conflitantes, menos asoberbados se encontram os Tribunais Superiores e maior segurança existirá nas relações jurídicas trabalhistas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim podemos concluir que todos os empregados podem se beneficiar do preceito constitucional da isonomia que consagrou a equiparação salarial, porém, é essencial que se enquadrem nos pressupostos. Desta forma, o trabalho igual terá salário igual, desde que preenchidos os requisitos legais e que não seja apresentado pelo empregador nenhum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do pedido.

Dito isto, fácil perceber que a alteração da Súmula em análise teve como intuito final afastar o absurdo de que pessoas que nunca tenham trabalhado no mesmo local, ou ainda, que nem mesmo se conheceram, obtivessem equiparação uma com a outra. Situação que causava prejuízo e insegurança jurídica às empresas empregadoras, que em inúmeras vezes eram condenadas ao pagamento das diferenças salariais - dentre outras parcelas - resultantes da equiparação salarial, mesmo que ausentes os requisitos do referido instituto, do reclamante em relação ao primeiro paradigma. Cabendo, porém, ao empregador alegar em defesa tal fato impeditivo.

REFERÊNCIAS

Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Presidência da República Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 20 set 2012.

CALADO, Kátia. *Equiparação salarial – Súmula 6 do TST*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10044> Acesso em 29 de maio de 2013.

RR nº 653/2008-038-03-00.0 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5377485/recurso-de-revista-rr-653-653-2008-038-03>

000-tst/inteiro-teor . Acesso em 21 de setembro de 2012.

TAVARES, Elisa. *A equiparação salarial em cadeia e novo entendimento do TST*. Disponível em: <http://www.advsevilla.com.br/teia_pt/newsletter_18.htm> Acesso em 30 de maio de 2013.

TRT-3ª - *Equiparação salarial deve ser provada em relação a paradigma matriz da cadeia*. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/noticias/visualizar_noticia.asp?id=39073&tipo=N> Acesso em 28 de maio de 2013.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Equiparação salarial novas diretrizes após a Súmula n. 6 do Tribunal Superior do Trabalho*. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v.72, n.10, p. 1258-1272, out. 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Equiparação salarial*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v.1,n.55/56,p.55-63, jul. 1995/jun. 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º v., Saraiva, 1989

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8º ed. São Paulo: LTR. 2009. P. 735

GÔES, Maurício de Carvalho. *A equiparação salarial nos contratos de emprego: um reflexo do princípio isonômico*. Justiça do Trabalho - Caderno de Direito Previdenciário. [S.l.], v. 24, n.288, p.35-58 (2007:dez).

JAKÚTIS, Paulo Sérgio. *A equiparação salarial em cadeia e o inciso VI da Súmula nº 6 do TST*. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. São Paulo, v. 23, n. 265, p. 07-16, jul. 2011.

MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. *A recente revisão e alteração da Súmula n. 6 do TST – Equiparação salarial em cadeia e segurança jurídica*. Revista LTr:Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 75, n. 4, p. 460-465, abr. 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula n. 6 do C. TST*. LTr - Revista:Legislação do Trabalho. [S.l.], v. 71, n.9, p.1031-1036 (2007:set).

_____. *Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula 6 do TST*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. [S.l.], n.31,p.45-58 (2007:jul./dez).

SANTOS, Izequias Estevam dos. *Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica*. 7 ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010.

NOTA DE FIM

1 Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

A ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES

Cláudia Ruth da Silva¹

RESUMO: O instituto da terceirização trabalhista é um tema de desmesurada importância, em especial para as grandes empresas, que vem crescendo, sistematicamente, com o passar dos anos. Apesar de ser um instituto intrínseco à atualidade, diversas empresas o utilizam de forma errônea. Com este estudo pretendemos demonstrar a má utilização da terceirização trabalhista perpetrada pelas empresas de telecomunicações.

PALAVRAS-CHAVE: terceirização trabalhista; ilicitude; empresas de telecomunicações; súmula 331 do TST; Lei 9472/97.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

A terceirização trabalhista é um importante fenômeno da atualidade e tem crescido de forma exorbitante no Brasil. Não obstante sua tamanha importância, não está regulamentada por lei, tendo que ser todas as questões relativas ao instituto deliberadas tão somente por jurisprudência já consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, através da Súmula 331.

A terceirização para o Direito do Trabalho é conceituada por Godinho como sendo [...] “o fenômeno pelo qual se desassocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”².

Para que se entenda a diferença entre a terceirização lícita e a terceirização ilícita, importante se faz diferenciar atividade meio de atividade fim. A atividade fim é aquela atividade em que a empresa se propõe a desenvolver como sendo primordial, é a essência do desenvolvimento empresarial, aquela constante de seu contrato social. Por sua vez, atividade meio consiste nos serviços eventuais, aqueles que são prestados em caráter emergencial, circunstancial. Não faz parte da essência da empresa, mas, tão-somente, auxilia no desenvolvimento da atividade principal.

No entanto, para que seja a terceirização lícita, não basta que se trate de terceirização de atividade meio, é necessário, ainda, que se observe a inexistência de personalidade e de subordinação direta. No que tange à subordinação direta, tem-se a subordinação estrutural. Nessa não é preciso que o terceirizado receba ordens diretas por parte do tomador de serviços, basta que esse insira o empregado terceirizado em sua dinâmica de organização e funcionamento.

Encontra-se o que são empresas de telecomunicações no disposto no Art. 60 da Lei 9.472/97. As atividades fim de tais empresas de telecomunicações são: a transmissão, emissão e a recepção do transmitido, serviços esses que se realizam mediante redes e outros de valor adicionado.

Ainda no que tange à Lei 9.472/97, responsável pela regularização das empresas de telecomunicações, em seu Art. 94, ao mencionar que é possível a terceirização de “atividades inerentes” abre uma lacuna para a realização de terceirização ilícita, vez que essas empresas utilizam tal expressão para enfatizar que é possível a terceirização de suas atividades fim.

A realização de terceirização por parte dessas empresas gera um dano muito grande aos trabalhadores terceirizados, uma vez que esses não fazem jus aos mesmos direitos que os empregados da tomadora de serviços, mesmo realizando atividades idênticas às daqueles.

Não obstante ser a Súmula 331 omissa quanto à responsabilidade da tomadora de serviços quando for reconhecida a terceirização ilícita, chega-se à conclusão que tal responsabilidade só pode ser solidária. Tal entendimento tem como base os artigos 927 e 942 do Código Civil, os quais preveem que aquele que comete dano a outrem, possui o dever de repará-lo.

2 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

O fenômeno da terceirização tem crescido de forma intensa no Brasil, e vem sendo utilizado por diversas empresas, principalmente, as de grande porte. A terceirização trata-se de uma prestação de serviços a terceiros, a qual é definida por José Carlos Bonfiglioli³, como o ato de [...] “repassar a outras empresas a tarefa de realizar as atividades não essenciais da empresa contratante”.

Ou seja, uma empresa, denominada tomadora de serviços, contrata outra, prestadora de serviços, para que essa lhe forneça trabalhadores, com o intuito de exercerem atividades profissionais diversas de sua atividade fim.

Interessa-nos, no entanto, o conceito de terceirização para o Direito do Trabalho, que é o objeto de nosso estudo.

Para que se esclareça do que se trata a terceirização sob esse aspecto, citamos o festejado Dr. Maurício Godinho Delgado. Para ele, [...] “é o fenômeno pelo qual se desassocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”⁴.

Passamos à análise da afirmação. Para que se entenda tal conceito, importante se faz frisar que há na terceirização três personagens, o que Godinho denomina como relação trilateral. Ou seja, há o empregado/prestador de serviços, a tomadora de serviços e a empresa terceirizante. O empregado possui vínculo empregatício com a empresa terceirizante (relação trabalhista) e sua função é prestar serviços à tomadora (relação econômica de trabalho). O vínculo empregatício é apenas entre o empregado e a empresa terceirizante, não havendo qualquer vínculo trabalhista com a tomadora de serviços, pois esta não é considerada empregadora.

Essa relação trilateral difere completamente do clássico modelo empregatício, pois, como é sabido, a relação empregatícia tem caráter, essencialmente, bilateral. Assim sendo, doutrina e jurisprudência possuem certa resistência quanto a esse instituto, declarando que esse deve ser utilizado apenas como exceção à contratação de força de trabalho.

A título de exemplo, citamos um recente julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, onde o Exmo. Relator Convocado da 7ª Turma, Dr. Antônio Gomes de Vasconcelos, entende como sendo ilícita a terceirização perpetrada entre a Telemar Norte Leste S.A. e a Contax S.A. Embasou-se o Ilustre Julgador nos termos da Súmula 331, entendendo não ser cabível o Art. 94, inciso II, da Lei 9.472/97⁵. Vejamos:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELECOMUNICAÇÕES. Aplicável o entendimento da Súmula nº 331, itens I e III, do TST, porquanto ocorrida a terceirização dita irregular ou ilícita, por dar-se na atividade-fim da tomadora, onde se enquadra o atendimento a clientes, entendido, nesse quadro fático, que formada a relação de emprego diretamente com a tomadora e beneficiária dos serviços. E o setor empresarial de telecomunicações e telefonia não tem especificidade em relação ao tema, porquanto genérico e inaplicável, em tal contexto, o permissivo do invocado art. 94, item II, da lei nº 9.472/97, frente aos princípios

e normas trabalhistas, inclusive o balizamento constitucional e a regra que impede a fraude aos direitos do trabalhador (art. 9º da CLT).⁶

O Art. 94 da Lei 9.472/97 é um dos argumentos que as empresas de telefonia utilizam para justificar a terceirização realizada em seu serviço de *call center*, qual seja a permissão de terceirizar atividades inerentes, acessórias ou complementares. Tais empresas utilizam o termo “inerente” pra fazer crer que a Lei de Telecomunicações admite a terceirização de atividade fim, argumento esse que será mais bem ventilado no decorrer do presente trabalho.

2.1 Regulamentação da Terceirização

Com a utilização, cada vez mais constante, da terceirização para viabilização da exploração econômica das atividades empresariais, surgiu a necessidade de regulamentação, visando impedir a má utilização daquela. Diante da ausência de preceito normativo que regulamentasse o fenômeno, foi criada a Súmula 331, consolidando o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, onde constam os requisitos para a terceirização de atividades empresariais, que dispunha o seguinte em sua redação original:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

LEGALIDADE

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias,

das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei no 8.666, de 21.06.1993).

Conforme se observa, o inciso IV previa que, no caso de inadimplemento dos encargos trabalhistas por parte da empresa interposta, a Administração Pública, quando tomadora de serviços, possuía responsabilidade subsidiária quanto ao adimplemento das obrigações.

É sabido, porém, que a Administração Pública é regida por normas próprias, sendo a contratação de seus serviços regulamentada pela Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos). Em seu art. 71, § 1º, a referida Lei afasta a responsabilidade da Administração Pública quanto aos débitos trabalhistas quando da inadimplência operada pela empresa contratada. *In verbis*:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (g.f)

A incontroversa até então existente entre o enunciado da Súmula 331 do TST e da Lei de Licitações quanto à responsabilidade da Administração Pública no que tange aos encargos trabalhistas foi sanada através da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, interposta pelo Distrito Federal, em 2010.

O Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93, se responsabilizando a Administração Pública somente quando essa não cumprir com o seu dever de fiscalizar a contratação de empresas terceirizadas ou quando descumprir com seus deveres contratuais previamente estabelecidos, culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho adequou o enunciado da Súmula 331, alterando o inciso IV e acrescentando os incisos V e VI. Vejamos:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

Não obstante, por ser a terceirização complexa e bastante ampla, a Súmula deixou de ser suficiente para regulamentar sobre todas as demandas práticas. Desta feita, encontramos regulamentações em leis esparsas, específicas para cada atividade profissional de acordo com o ramo econômico de exploração das empresas.

É o caso da Lei 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações, que regulamenta, especificamente, sobre a terceirização realizada pelas empresas de telecomunicações, principal objeto de estudo deste trabalho. Surgem, com isso, inúmeros problemas, principalmente, o conflito entre normas jurídicas. Certo é que somente a Súmula não consegue prever todas as peculiaridades que detém o instituto, entretanto, as leis devem ser criadas norteando-se na previsão desta.

3 A ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

Consoante se observa do enunciado da Súmula 331, estão previstos os requisitos para que ocorra a terceirização de algumas atividades das empresas. Tais requisitos se fazem necessários, vez que, conforme já mencionado, o instituto da terceirização deve ser utilizado como exceção à contratação da força de trabalho, tendo em vista o caráter bilateral da relação empregatícia, ou seja, empregado e empregador.

Importante destacar que, não obstante haja três hipóteses de terceirização permanente, previstas na mencionada Súmula, quais sejam: Serviços de vigilância (inciso III), serviços de conservação e limpeza (inciso I) e serviços ligados à atividade meio do tomador (inciso I), somente nos interessa no presente trabalho essa última. Ressalte-se, ainda, que a Súmula 331 do TST admite, como única hipótese de terceirização temporária, o Trabalho Temporário (Inciso I).

3.1 Atividade Fim e Atividade Meio

Conforme mencionado, o objeto de nosso estudo é a hipótese de terceirização prevista no inciso I da Súmula 331, a terceirização dos serviços ligados à atividade meio do tomador. Para que possamos melhor compreender do que se trata esse tipo de terceirização, é mister explicar e diferenciar a atividade fim da atividade meio, pois acreditamos que essa diferenciação auxiliará a identificar a terceirização quando ilícita.

Para tanto, cita-se o Dr. Maurício Godinho Delgado que, de forma brilhante, conceitua a atividade fim:

*"atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços."*⁷

Concluimos, portanto, que a atividade fim é aquela atividade em que a empresa se propõe a desenvolver como sendo primordial, é a essência do desenvolvimento empresarial, aquela constante no contrato social. A atividade fim é facilmente identificada quando trata-se de serviços não-eventuais de uma empresa.

Lado outro, temos a atividade meio que, para Sérgio Pinto Martins, [...] "pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais"⁸.

A atividade meio consiste nos serviços eventuais, aqueles que são prestados em caráter emergencial, circunstancial. Não faz parte da essência da empresa, mas, tão-somente, auxilia no desenvolvimento da atividade principal.

Nesse sentido, o Legislador é claro ao dispor que somente estão as empresas autorizadas a realizarem a terceirização de serviços que não sejam considerados como sendo atividade fim, ou seja, que não sejam essenciais ao desenvolvimento das atividades da empresa.

3.2 Pessoaalidade e Subordinação Direta

Para que seja a terceirização tida como lícita, não basta que se trate de terceirização de atividade meio, é necessário, ainda, que se observe a inexistência de pessoaalidade e de subordinação direta. A inobservância desses pressupostos acarreta a ilicitude

da terceirização e, conseqüentemente, no reconhecimento de vínculo empregatício com o tomador. O Legislador quis, com isso, delimitar limites à terceirização.

Inicialmente, cumpre salientar que o Art. 3º da CLT conceitua empregado ao dispor que "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário". Portanto, extrai-se que para que se tenha reconhecido vínculo empregatício, necessário se faz estarem presentes cinco requisitos: pessoa física, pessoaalidade, não eventualidade (habitualidade), onerosidade e subordinação.

Observe que, não obstante estejam presentes na terceirização, normalmente, três dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício (onerosidade, pessoa física e não eventualidade), a presença dos elementos pessoaalidade e subordinação, acarreta a ilicitude da terceirização, caracterizando o vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços.

3.2.1 Pessoaalidade

A pessoaalidade, para Alice Monteiro Barros, [...] "exige que o empregado execute suas atividades pessoalmente, sem se fazer substituir, a não ser em caráter esporádico, com a aquiescência do empregador."⁹

Assim, a pessoaalidade não separa o empregado da atividade desempenhada, ou seja, ele não pode ser substituído. Tal fato descaracteriza por completo a terceirização, vez que quando se utiliza tal fenômeno, a intenção é contratar uma empresa, independentemente de quem será o empregado colocado à disposição pela empresa terceirizante, afastando, desse modo, o *intuitu personae*.

Quando se trata de relação bilateral de trabalho, o empregador contrata uma pessoa específica, para exercer determinada função. O empregador, nesse caso, tem o direito de escolher quem contratar, saber se o empregado tem plenas condições de exercer a função, podendo fazer processo seletivo a seu critério para contratar quem achar que melhor ocupará o cargo. O mesmo não ocorre na terceirização.

Não obstante, conforme entendimento da autora Gabriela Neves Delgado¹⁰, tal requisito não pode ter uma leitura finalística. Isso porque a pessoaalidade trata-se de um requisito relativo, muitas vezes imperceptível. Dessa forma, entende a autora que tal pressuposto não pode ser visto formalmente, devendo ser levado em consideração que tal pressuposto pode estar presente, inclusive, nas relações bilaterais.

3.2.2 Subordinação Direta

A subordinação é o principal elemento de caracterização da relação de emprego. Amauri Mascaro Nascimento bem o conceitua como sendo a [...] "situação em que se encontra o trabalhador,

decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador poder de direção sobre atividade que desempenhará.”¹¹

O empregado fica submetido ao empregador, às suas normas e ordens. A subordinação permite que o empregador fiscalize, controle, regule, realize cobranças, exercendo, assim, seu poder diretivo.

Observe-se que o poder diretivo é exclusividade do empregador. Considerando o já disposto anteriormente, a empresa tomadora de serviços não é empregadora do terceirizado, não podendo, portanto, exercer tal poder.

Desta feita, caso seja reconhecida a subordinação do terceirizado pela empresa tomadora de serviços, poderá ser reconhecido o vínculo empregatício diretamente com aquela.

Ao estabelecer limites à terceirização, visa o legislador impedir que haja fraude na contratação, vez que ao terceirizar os seus serviços, as empresas tem um gasto menor com pessoal.

3.2.1.1 Subordinação Estrutural

Embora seja o poder diretivo inerente à empresa prestadora de serviços, constantemente, a tomadora também o tem exercido, sendo o empregado duplamente subordinado. Não é permitido o exercício do poder de direção ou disciplinar, pelo tomador de serviços, sobre os empregados terceirizados¹².

Nesse sentido, o Dr. Maurício Godinho Delgado conceitua a subordinação direta de uma forma diferente, trata-se da denominada subordinação estrutural. Nessa não é preciso que o terceirizado receba ordens diretas por parte do tomador de serviços, basta que esse insira o empregado terceirizado em sua dinâmica de organização e funcionamento. Assim, dispõe Godinho:

*A idéia de subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ele viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores – em especial a terceirização.*¹³

Embora a doutrina majoritária seja aquela que defende o conceito tradicional de subordinação direta, já se tem entendimentos que acolhem o conceito adotado por Godinho para a subordinação. É o caso do recente julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, vejamos:

*EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. ATIVIDADE-FIM E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. LEI 9.472/97 E SÚMULA VINCULANTE 10/STF. A decisão de não validar a terceirização implementada pela tomadora – uma empresa de telecomunicações – não afronta o artigo 94, II, da Lei n. 9.472/97, tampouco a Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal. A discussão sobre a licitude ou não da terceirização não decorre apenas do contrato celebrado entre empresas terceirizantes, mas das condições e dos efeitos dessa terceirização. Assim, as empresas de telecomunicações devem cumprir também a legislação trabalhista e a própria Constituição, não podendo permitir que os terceiros que para si trabalhem sejam discriminados ou recebam tratamento distinto daquele que elas próprias oferecem aos seus empregados.*¹⁴

Ai. Desembargadora Relatora, Dra. Camila Guimarães Pereira Zeidler, entendeu como sendo ilícita a terceirização realizada pela Contax S.A. e a Telemar Norte Leste S.A., afirmando que, não obstante estivesse sido a empregada terceirizada, ora reclamante, contratada pela Contax, prestava serviços de forma subordinada à Telemar. Nesse sentido, dispôs o seguinte:

Descabido argumentar-se que a empresa terceirizante atuava em atividades diversas ao negócio social da TELEMAR. A atividade contratada (e efetivamente realizada pela reclamante) encontrava-se dentro das atividades inerentes desenvolvidas pela empresa tomadora. Afinal, se o teleatendimento não está inserido na atividade-fim de concessionária de serviços de telecomunicação, o que estaria? Observe-se ainda que, independentemente de fraude no âmbito da terceirização de serviços, resta claro que o Direito do Trabalho contemporâneo evoluiu o conceito da subordinação objetiva para o conceito de subordinação estrutural como caracterizador do elemento previsto no art. 3º da CLT, que caracteriza o contrato empregatício.

Ressalte-se que um dos princípios de maior valor no Direito do Trabalho é o da primazia da realidade, portanto, conclui-se que a subordinação direta deve se vista de uma forma mais ampla, pois não essa não se caracteriza tão-somente quando o tomador de serviços dá ordens diretas ao terceirizado, mas

também quando o faz indiretamente. Tudo isso visando proteger o empregado, parte hipossuficiente da relação trabalhista, e garantir que os seus direitos não sejam suprimidos.

4 AS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES

Inicialmente, cumpre esclarecer a definição de serviço de telecomunicações. Tal conceito encontra-se positivado no Art. 60 da Lei 9.472/97. Vejamos:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Extrai-se do supracitado artigo quais são as atividades fim das empresas de telecomunicações, quais sejam a transmissão, emissão e a recepção do transmitido, serviços esses que se realizam mediante redes e outros de valor adicionado.

Desta forma, inegável é que a terceirização realizada por essas em seu serviço de *call center* caracteriza-se como terceirização de atividade fim.

Ainda no que tange ao conceito de telecomunicação, explicita Márcio Lório Aranha:

Dessa forma, e consultando as definições no direito nacional e internacional, podemos entender telecomunicação como um meio que proporciona comunicação direta mediante o uso de sistemas de elementos técnicos (máquinas) que possibilitem troca instantânea de informações. Nesse sentido, uma vez que a mediatização da comunicação - valendo-se dos citados elementos técnicos - é o item mais relevante na delimitação do que seja ou não telecomunicação, ao regime jurídico das telecomunicações importará mais a regulação dos meios de transmissão da informação - fator determinante para as telecomunicações - do que a da informação propriamente dita.¹⁵

5 DOS OPERADORES DE TELEMARKETING

Os empregados são contratados pela prestadora de serviços para prestarem serviço de atendimento aos clientes da tomadora de serviços. No entanto, os empregados da empresa prestadora de serviços estão diretamente ligados à dinâmica empresarial da tomadora, sendo que recebem, inclusive, ordens de gerentes dessa última. Caracteriza-se, assim, a já citada subordinação estrutural.

Tal subordinação é facilmente identificada quando se observa o depoimento pessoal do reclamante e das testemunhas nas inúmeras reclamações trabalhistas que são movidos com o intuito de se ver reconhecido o vínculo de emprego com a tomadora de serviços.

Estando caracterizada a subordinação e estando presente os demais elementos fáticos jurídicos, por consequência, a presente terceirização é considerada ilícita e declarado o vínculo empregatício diretamente com a empregadora. Entendimento da maior parte dos Juízes das Varas Trabalhistas de Belo Horizonte.

6 LEI 9.472/97

A presente lei trata, exclusivamente, das empresas de telecomunicações, tendo sido publicada em 1997, sendo, portanto, posterior à Súmula 331 do TST. É ela o principal embasamento das empresas de telecomunicações para justificarem a terceirização perpetradas por elas em seu serviço de *call center*. Os maiores argumentos utilizados por tais empresas são a não caracterização do serviço de *call center* como atividade fim e a possibilidade de terceirização de suas atividades fim. Utilizam, ainda, a liminar concedida pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes, referente à possibilidade de terceirização pelas empresas de telecomunicações.

6.1 O Sistema Call Center como Atividade Meio

Alegam as empresas de telecomunicações que o serviço de *call center* não faz parte de suas atividades fim. Argumento esse que não merece prosperar, pois, conforme já vimos, a Lei 9.472/97, em seu Art. 60 expõe, em rol taxativo, as atividades que constituem atividades fim dessas empresas. O que ocorre é que o sistema *call center* constitui serviço essencial dessas empresas. Nesse sentido, o Exmo. Desembargador Relator Emerson José Alves Lage, da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, explicita que [...] "não se pode conceber que uma empresa que atua no ramo das telecomunicações terceirize a execução de tarefas ligadas a atendimento a clientes."¹⁶ Nesse sentido, o i. Desembargador entende que trata-se de atividade fim e não atividade meio, como quer fazer crer tais empresas.

Pactua-se com o citado entendimento, uma vez que não é plausível que se trate de atividade meio o atendimento aos clientes de linhas fornecidas pela empresa tomadora de serviços.

6.2 Possibilidade de Terceirização de Atividade Fim

O segundo argumento utilizado pelas empresas de telecomunicações é o disposto no Art. 94, II, da Lei 9.472/97. O mencionado preceito legal admite a contratação com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Tal disposição dá ensejo à argumentação dessas empresas no que tange à expressão "atividades inerentes". As empresas de telecomunicações interpretam tal expressão como sendo a possibilidade de terceirização de suas atividades fim.

Não obstante, dispõe o Art. 9º da CLT que são nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação Trabalhista.

Assim sendo, não se pode permitir que tais empresas interpretem um dispositivo legal com o intuito de se beneficiar, havendo, nesse caso, nítida ofensa ao disposto na Súmula 331 do TST, a qual veda a terceirização de atividades fim.

6.3 Liminar Concedida pelo Supremo Tribunal Federal

O Ministro Gilmar Mendes, nos autos do processo RR-1921-57.2011.5.03.0112, pedido de liminar nº 10132, suspendeu os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na qual afastou a aplicação do Art. 94, II da Lei 9.472/97 e considerou irregular a terceirização do serviço de *call center*, por considerar se tratar de atividade essencial das empresas de telecomunicações.

O Ministro utilizou o argumento de que, embora a Súmula 331 do TST somente admita a terceirização de atividade meio do tomador de serviços, o Art. 94, II, da Lei 9.472/97 permite a contratação de terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares.¹⁷

Alegou a Vivo S.A., nos autos da reclamação 10132, que a 3ª Turma do TST descumpriu Súmula Vinculante nº 10 do STF. A mencionada Súmula prevê o seguinte:

Violação da Cláusula de Reserva de Plenário - Decisão de Órgão Fracionário de Tribunal - Declaração da Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público

*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*¹⁸

Assim, com base na ora citada Súmula Vinculante, declarou a Vivo que a não aplicação do Art. 94, II da Lei 9.472/97 acarretaria violação à cláusula de reserva de plenário.

Não obstante, o entendimento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes deve ser observado com cautela. Isso para que não sejam suprimidos os direitos dos trabalhadores. Foi esse o posicionamento do Exmo. Desembargador Rogério Valle Ferreira, nos autos da ação 1981-2011-011-03-00-0-RO¹⁹. Vejamos:

Não se pode interpretar o dispositivo legal de forma a se permitir a utilização da terceirização com o objetivo de reduzir ou suprimir direitos trabalhistas de determinada categoria profissional, pois agindo desta forma estar-se-ia infringindo o princípio da valorização do trabalho humano, insculpido nos artigos 170 e 193 da Constituição da República.

Desta forma, por mais que exista a Súmula Vinculante nº 10 do STF que garante a cláusula de reserva de plenário, importante destacar que no processo trabalhista impera o princípio *in dubio pro operario*, que visa proteger a parte mais frágil na relação jurídica, qual seja o empregado.

7 AS LESÕES AOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS

São inúmeras as lesões sofridas por trabalhadores terceirizados de forma permanente, uma vez que o Art. 12 da Lei 6.019/74, que garante diversos direitos ao trabalhador temporário, não faz nenhuma menção aos direitos dos terceirizados permanentes.

Da mesma forma, omissa também é a Súmula 331 do TST, que não protege, em momento algum, os direitos desses trabalhadores. No entanto, nada obsta que façamos a leitura do mencionado preceito legal de forma expansiva, incluindo, assim, os terceirizados permanentes. Tal leitura é possível, tendo em vista o princípio da igualdade, da isonomia e da não-discriminação, esse último previsto no Art. 5º, incisos I e XLI, da Constituição da República.

Infelizmente, na maioria das vezes, e principalmente na terceirização realizada por empresas de telecomunicações, a intenção da empresa tomadora é baixar seus custos e reduzir despesas com pessoal. Tendo em vista que, teoricamente, não se reconhece vínculo entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços, não sendo, assim, garantidos aos terceirizados os mesmos direitos que são assegurados aos empregados.

Essa diferença entre os trabalhadores pode ser considerada como discriminação. Nesse sentido, leciona Lúvia Mendes Miraglia:

Não é admissível que pessoas com a mesma capacidade laborativa, ocupantes da mesma categoria e que laboram na mesma empresa sofram

*qualquer tipo de discriminação, asseverada pelo fato de esta ocorrer fundada tão somente na busca incessante do lucro a qualquer preço.*²⁰

Dispõe, ainda, a autora:

*As empresas prestadoras garantem seu lucro com a exploração da mão-de-obra e a precarização do trabalho. Desse modo, outra não poderia ser a conclusão: as condições laborativas oferecidas aos trabalhadores terceirizados, pela empresa prestadora, são, no mínimo, insuficientes para assegurar a sua saúde e a sua segurança no ambiente de trabalho.*²¹

Assim, incabível pensar que os trabalhadores tenham seus direitos suprimidos tão somente por tratar de terceirização. Todo e qualquer direito garantido ao empregado da relação bilateral devem ser devidos também ao terceirizado que exerce a mesma função que aquele.

8 A RESPONSABILIZAÇÃO PELA ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO

O inciso IV da Súmula 331 do TST admite, quando houver o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, a responsabilização da empresa tomadora de serviços pelos créditos trabalhistas do empregado terceirizado. Extrai-se, portanto, que a empresa contratante é responsável subsidiária quanto às obrigações trabalhistas dos terceirizados.

Ressalte-se que o mencionado preceito legal não faz diferenciação entre a terceirização lícita ou ilícita. É omissa a Súmula quanto à responsabilização da tomadora de serviços quando a terceirização for ilícita. Nesse tocante, Lúvia Mendes Moreira Miraglia, entende que a responsabilidade será solidária²².

Ainda segundo a autora, no presente caso, utiliza-se o Código Civil. Tal utilização é possível, uma vez que o Art. 8º, parágrafo único, da CLT o admite, expressamente, como fonte subsidiária ao processo do trabalho.

Assim sendo, aplica-se o disposto nos Artigos 927 e 942 do citado Código, os quais prevêm que aquele que causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo, independentemente de culpa. Dispõe o Art. 942 que se a ofensa tiver mais de um autor, todos eles responderão solidariamente pela reparação do dano.

É completamente plausível, portanto, que seja reconhecida a responsabilidade solidária entre empresa terceirizante e tomadora de serviços, quando da terceirização ilícita.

Nesse diapasão, Gabriela Neves Delgado leciona:

Não restam dúvidas, portanto, que a única maneira de se eliminar a prática ilícita terceirizante é impu-

*tando responsabilidade solidária às duas empresas que praticaram a irregularidade. A previsão da responsabilidade meramente subsidiária para a empresa que cometeu a conduta irregular terceirizante consiste em assegurar-lhe tratamento promocional, favorável, idêntico àquele que a ordem jurídica defere à empresa que realizou terceirização lícita. Isso é simplesmente um contra-senso. Se a ordem jurídica geral, quer no velho Código Civil, quer no novo estatuto civilista, enfatiza a responsabilidade solidária entre aqueles que cometeram ilicitudes, não é lógico que o Direito do Trabalho, mais interventivo do que o Direito Civil, mostre-se acovardado diante de uma conduta normativa promocional da própria ilicitude trabalhista.*²³

A prática da terceirização ilícita perpetrada pelas empresas de telecomunicação tem crescido demasiadamente, podendo ser comprovado com uma simples pesquisa nos Tribunais Regionais do Trabalho. Tal prática, por ter sido a Súmula omissa, não gera maiores danos à empresa tomadora de serviços, vez que essa se vê assegurada pelo instituto do benefício de ordem, ou seja, lhes são garantido o direito de serem os bens da responsável principal executados antes dos seus. Conclui-se, portanto, que a melhor solução para o problema é ser a empresa tomadora de serviços responsável solidária pelos créditos trabalhistas.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da terceirização, embora cada vez mais utilizado, não é bem regulamentado. A Súmula 331 do TST é insuficiente para prever todas as questões atinentes à terceirização. Essa insuficiência de regulamentação traz diversas dúvidas sobre a aplicação da mesma.

Assim, surgem leis esparsas para tentar suprir as lacunas que deixa a Súmula. Nesse diapasão, temos a Lei 9.472/97, Lei das Telecomunicações, que é claramente contrária a Súmula 331, uma vez que essa proíbe a terceirização de atividade fim enquanto aquela dispõe que é possível a terceirização de atividades inerentes.

Não há dúvidas que o exorbitante número de ações trabalhistas nesse sentido se dá pela dúvida sobre qual preceito deve-se utilizar. Assim, para desafogar o as Varas Trabalhistas e os Tribunais Regionais, o Tribunal Superior do Trabalho deve se manifestar de forma a acabar com tamanha discussão.

Enquanto a questão não for resolvida, quem continua sofrendo as conseqüências são os trabalhadores, pois esses vêm os seus direitos suprimidos com a prática da terceirização perpetrada

da pelas empresas de telecomunicações. Os empregados da prestadora de serviços realizam as mesmas atividades que os da tomadora, no entanto, não recebem os mesmos direitos que aqueles.

Tal fato é um tanto quanto absurdo, tendo em vista a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício quando caracterizados os 5 elementos fáticos jurídicos.

Embora as empresas de telecomunicações interpretem o Art. 94, II, da Lei 9.472/97 como sendo permissivo à prática de terceirização de atividade fim, a Súmula 331 do TST veda tal terceirização. Assim sendo, não há que se falar em diferenciação quanto às empresas de telecomunicações.

Estando caracterizados os requisitos da relação de emprego, a terceirização é descaracterizada. Por consequência, o vínculo empregatício é reconhecido com a tomadora de serviços e todos os direitos que são devidos aos empregados da desta, passam a ser devidos também aos da prestadora de serviços.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Lório. Do processo de terceirização nas empresas de telecomunicações. Da possibilidade da terceirização da atividade-fim. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10995/do-processo-de-terceirizacao-nas-empresas-de-telecomunicacoes-da-possibilidade-da-terceirizacao-da-atividade-fim>>. Consultado em: 28/05/2013.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2011.

BONFIGLIOLI, José Carlos. *Trabalho Temporário e Prestação de Serviços à Terceiros*. Jobcenter do Brasil: São Paulo, 2011. Disponível em <www.jobcenter.com.br/arquivos/TrabalhoTemporario2011_Web.pdf>. Consultado em 20/05/2013.

BRASIL. *Código Civil*. 63. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei n.º 9472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>

BRASIL. *Súmula Vinculante nº 10. Violação da Cláusula de Reserva de Plenário - Decisão de Órgão Fracionário de Tribunal - Declaração da Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público*. Sessão Plenária de 18/06/2008 - DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008 - DO de 27/6/2008, p. 1

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. In: _____. *Súmulas*. COSTA, Armando Casimiro. Consolidação das Leis do Trabalho / Armando

Casimiro Costa, Melchíades Rodrigues Martins, Sonia Regina Da S. Claro. - 41. ed. São Paulo : LTr, 2013 p. 1023.

DELGADO, Gabriela Neves; VIANA, Márcio Túlio; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização: Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques*.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos Fundamentais na relação de trabalho*. Revista de Direito do Trabalho, n. 123, ano 32. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELECOMUNICAÇÕES. Aplicável o entendimento da Súmula nº 331, itens I e III, do TST, porquanto ocorrida a terceirização dita irregular ou ilícita, por dar-se na atividade-fim da tomadora, onde se enquadra o atendimento a clientes, entendido, nesse quadro fático, que formada a relação de emprego diretamente com a tomadora e beneficiária dos serviços. E o setor empresarial de telecomunicações e telefonia não tem especificidade em relação ao tema, porquanto genérico e inaplicável, em tal contexto, o permissivo do invocado art. 94, item II, da lei nº 9.472/97, frente aos princípios e normas trabalhistas, inclusive o balizamento constitucional e a regra que impede a fraude aos direitos do trabalhador (art. 9º da CLT). Recurso Ordinário no processo 0000558-68.2012.5.03.0025RO. Poliana Talita Evaristo versus CONTAX S.A. e Telemar Norte Leste S.A. Relator: Antônio Gomes de Vasconcelos. Minas Gerais, Acórdão de 21 de março de 2013. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>. Consultado em: 03/05/2013

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. ATIVIDADE-FIM E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. LEI 9.472/97 E SÚMULA VINCULANTE 10/STF. A decisão de não validar a terceirização implementada pela tomadora - uma empresa de telecomunicações - não afronta o artigo 94, II, da Lei n. 9.472/97, tampouco a Súmula Vinculante nº. 10 do Supremo Tribunal Federal. A discussão sobre a licitude ou não da terceirização não decorre apenas do contrato celebrado entre empresas terceirizantes, mas das condições e dos efeitos dessa terceirização. Assim, as empresas de telecomunicações devem cumprir também a legislação trabalhista e a própria Constituição, não podendo permitir que os terceiros que para si trabalhem sejam discriminados ou recebam tratamento distinto daquele que elas próprias oferecem aos seus empregados. Recurso Ordinário no processo 0002022-13.2011.5.03.0139RO. Polliane Cristina da Silva versus CONTAX S.A. e Telemar Norte Leste S.A. Relatora: Camilla Guimarães Pereira Zeidler. Minas Gerais, Acórdão de 28 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Consultado em: 03/05/2013

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSUBSTANCIAL DO NA SÚMULA 331 DO TST. CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. A co-responsabilização subsidiária atribuída, em contextos de terceirização, aos tomadores de serviço, decorre de uma reformulação da teoria da responsabilidade civil, de forma a adequá-la à maior complexidade da vida social e à necessidade de satisfação do anseio de justiça. Nessa linha de idéias, a doutrina e a jurisprudência têm evoluído no sentido de ampliar o campo da responsabilidade civil, não apenas procurando libertar-se da idéia de culpa, deslocando-se o seu fundamento para o risco (responsabilidade objetiva), como também ampliando o número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se a responsabilidade direta por fato próprio e indireto por fato de terceiros, fundada na idéia de culpa presumida ("in eligendo" e "in vigilando"). A jurisprudência trabalhista, sensível a esta realidade, vem proclamando a responsabilidade subsidiária do tomador ou beneficiário de serviços, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da real empregadora, empresa contratada para a prestação dos serviços. Assim, a Súmula 331 do TST consistiu apenas numa tentativa de pacificação da jurisprudência trabalhista acerca do tema, a qual, por sua vez, nunca deixou de ser a expressão da correta inteligência e da adequada aplicação dos princípios e regras legais que, de forma sistemática, disciplinam a responsabilidade patrimonial daqueles que se beneficiam, ainda que por interposta pessoa, do labor alheio. Por tais razões, não prospera a alegação da recorrente de que a Lei nº 9.472/97 autoriza a terceirização de atividades-fim pelas concessionárias de telefonia. O mencionado diploma legal, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais - em seu art. 94, inciso II, permite à concessionária contratar, com terceiros, o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias e complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. Contudo, a situação verificada no caso concreto diverge da previsão contida nessa norma, pois a recorrente terceirizou atividade-fim, situação que implica evidente fraude à legislação trabalhista. E, mesmo que assim não se entendesse, não se olvida que a referida lei disciplina as relações entre as concessionárias, não regendo, entretanto, as relações de trabalho entre essas e seus empregados. Recurso Ordinário no processo 01590-2008-003-03-00-6. Gírlene Dias Bicalho versus Atento Brasil S.A. e Telemig Celular S.A. Relator: Emerson José Alves Lage. Minas Gerais, Acórdão de 31 de agosto de 2009 Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>. Consultado em: 03/05/2013

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário no processo 01981-2011-011-03-00-0-RO. Lidiane Aparecida Moreira versus CONTAX S.A. e Telemar Norte Leste S.A. Relator: Rogério Valle Ferreira. Minas Gerais, Acórdão de 17 de março de 2013. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Consultado em: 28/04/2013.

MIRAGLIA, Lúvia Mendes Moreira. *A Viabilização da Terceirização no Brasil*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/livia_mendes_moreira_miraglia.pdf>. Consultado em: 02/06/2013.

MIRAGLIA, Lúvia Mendes Moreira. *A Terceirização Trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1989

Notícias STF. Ministro suspende efeitos de decisão que considerou irregular terceirização de call center em empresa de telecomunicações. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165687>>. Consultado em: 02/06/2013.

NOTAS DE FIM

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

2 Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho - 9. ed - São Paulo : LTr. 2010 - p. 414

3 Bonfiglioli, José Carlos - Trabalho temporário e prestação de serviços à terceiros - 5. ed. - junho/2011 - Jobcenter do Brasil - p. 94. Disponível em: <http://www.jobcenter.com.br/arquivos/TrabalhoTemporario2011_Web.pdf>. Acesso em: 20/05/2013

4 Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho - 9. ed - São Paulo : LTr. 2010 - p. 414

5 Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

6 MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELECOMUNICAÇÕES. Aplicável o entendimento da Súmula nº 331, itens I e III, do TST, porquanto ocorrida a terceirização dita irregular ou ilícita, por dar-se na atividade-fim da tomadora, onde se enquadra o atendimento a clientes, entendido, nesse quadro fático, que formada a relação de emprego diretamente com a tomadora e beneficiária dos serviços. E o setor empresarial de telecomunicações e telefonia não tem especificidade em relação ao tema, porquanto genérico e inaplicável, em tal contexto, o permissivo do invocado art. 94, item II, da lei nº 9.472/97, frente aos princípios e normas trabalhistas, inclusive o balizamento constitucional e a regra que impede a fraude aos direitos do trabalhador (art. 9º da CLT). Recurso Ordinário no processo 0000558-68.2012.5.03.0025RO. Poliana Talita Evaristo versus CONTAX S.A. e Telemar Norte Leste S.A. Relator: Antônio Gomes de Vasconcelos. Minas Gerais, Acórdão de 21 de março de 2013. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>. Consultado em: 03/05/2013

7 Delgado, Maurício Godinho, Curso de Direito do Trabalho, LTR, abril/2012, p. 429-430

8 Martins, Sérgio Pinto - A terceirização e o direito do trabalho - 7. ed. rev. e ampl. - São Paulo : Atlas, 2005 - p. 136

9 Barros, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho - 7. ed. - São Paulo : LTR, 2011

- 10 DELGADO, Gabriela Neves, VIANA, Márcio Túlio, AMORIM, Helder Santos, Terceirização: Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques.
- 11 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 14ª ed. São Paulo: LTr, 1989, p.103.
- 12 MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo: Quartier Latin. 2008, p.154
- 13 DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. Revista de Direito do Trabalho, n. 123, ano 32. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro 2006. p. 164
- 14 MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. ATIVIDADE-FIM E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. LEI 9.472/97 E SÚMULA VINCULANTE 10/STF. A decisão de não validar a terceirização implementada pela tomadora - uma empresa de telecomunicações - não afronta o artigo 94, II, da Lei n. 9.472/97, tampouco a Súmula Vinculante nº. 10 do Supremo Tribunal Federal. A discussão sobre a licitude ou não da terceirização não decorre apenas do contrato celebrado entre empresas terceirizantes, mas das condições e dos efeitos dessa terceirização. Assim, as empresas de telecomunicações devem cumprir também a legislação trabalhista e a própria Constituição, não podendo permitir que os terceiros que para si trabalhem sejam discriminados ou recebam tratamento distinto daquele que elas próprias oferecem aos seus empregados. Recurso Ordinário no processo 0002022-13.2011.5.03.0139RO. Polliane Cristina da Silva versus CONTAX S.A. e Telemar Norte Leste S.A. Relatora: Camilla Guimarães Pereira Zeidler. Minas Gerais, Acórdão de 28 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Consultado em: 03/05/2013
- 15 ARANHA, Márcio Lório. Do processo de terceirização nas empresas de telecomunicações. Da possibilidade da terceirização da atividade-fim. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10995/do-processo-de-terceirizacao-nas-empresas-de-telecomunicacoes-da-possibilidade-da-terceirizacao-da-atividade-fim>>. Consultado em: 28/05/2013.
- 16 MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSUBSTANCIADO NA SÚMULA 331 DO TST. CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. A co-responsabilização subsidiária atribuída, em contextos de terceirização, aos tomadores de serviço, decorre de uma reformulação da teoria da responsabilidade civil, de forma a adequá-la à maior complexidade da vida social e à necessidade de satisfação do anseio de justiça. Nessa linha de idéias, a doutrina e a jurisprudência têm evoluído no sentido de ampliar o campo da responsabilidade civil, não apenas procurando libertar-se da idéia de culpa, deslocando-se o seu fundamento para o risco (responsabilidade objetiva), como também ampliando o número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se a responsabilidade direta por fato próprio e indireto por fato de terceiros, fundada na idéia de culpa presumida ("in eligendo" e "in vigilando"). A jurisprudência trabalhista, sensível a esta realidade, vem proclamando a responsabilidade subsidiária do tomador ou beneficiário de serviços, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da real empregadora, empresa contratada para a prestação dos serviços. Assim, a Súmula 331 do TST consistiu apenas numa tentativa de pacificação da jurisprudência trabalhista acerca do tema, a qual, por sua vez, nunca deixou de ser a expressão da correta inteligência e da adequada aplicação dos princípios e regras legais que, de forma sistemática, disciplinam a responsabilidade patrimonial daqueles que se beneficiam, ainda que por interposta pessoa, do labor alheio. Por tais razões, não prospera a alegação da recorrente de que a Lei nº 9.472/97 autoriza a terceirização de atividades-fim pelas concessionárias de telefonia. O mencionado diploma legal, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais - em seu art. 94, inciso II, permite à concessionária contratar, com terceiros, o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias e complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. Contudo, a situação verificada no caso concreto diverge da previsão contida nessa norma, pois a recorrente terceirizou atividade-fim, situação que implica evidente fraude à legislação trabalhista. E, mesmo que assim não se entendesse, não se olvida que a referida lei disciplina as relações entre as concessionárias, não regendo, entretanto, as relações de trabalho entre essas e seus empregados. Recurso Ordinário no processo 01590-2008-003-03-00-6. Girlene Dias Bicalho versus Atento Brasil S.A. e Telemig Celular S.A. Relator: Emerson José Alves Lage. Minas Gerais, Acórdão de 31 de agosto de 2009 Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>. Consultado em: 03/05/2013
- 17 Notícias STF. Ministro suspende efeitos de decisão que considerou irregular terceirização de call center em empresa de telecomunicações. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165687>>. Consultado em: 02/06/2013
- 18 BRASIL. Súmula Vinculante nº 10. **Violação da Cláusula de Reserva de Plenário - Decisão de Órgão Fracionário de Tribunal - Declaração da Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público.** Sessão Plenária de 18/06/2008 - DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008 - DO de 27/6/2008, p. 1
- 19 MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário no processo 01981-2011-011-03-00-0-RO. Lidiane Aparecida Moreira versus CONTAX S.A. e Telemar Norte Leste S.A. Relator: Rogério Valle Ferreira. Minas Gerais, Acórdão de 17 de março de 2013. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Consultado em: 28/04/2013.
- 20 MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Viabilização da Terceirização no Brasil. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/livia_mendes_moreira_miraglia.pdf>. Consultado em: 02/06/2013.
- 21 MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo: Quartier Latin. 2008, p. 205
- 22 MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo: Quartier Latin. 2008, p. 194
- 23 DELGADO, Gabriela Neves (2003, p. 182 *apud* por MIRAGLIA, 2008, p.195).

TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NAS GRANDES CIDADES URBANAS

Débora Lopes Rosa

RESUMO: O Estudo sobre o trabalho escravo contemporâneo nas grandes cidades urbanas tem como objetivo trazer a reflexão concernente a prática abominável da exploração de mão de obra escrava. Através deste estudo tem-se como finalidade a contribuição para a reflexão de sua importância, no território brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: direito do trabalho; trabalho escravo; dignidade da pessoa humana.

ÁREA DE INTERESSE: Direitos Humanos

1 INTRODUÇÃO

A prática do trabalho escravo nas grandes cidades brasileiras infelizmente e assustadoramente, sempre foi utilizada nos quatro pontos do globo terrestre no desenrolar da história, estando inclusive ligado ao método de controle do crescimento mercantil. Contudo, surgiram alguns opositores ao trabalho em condições análogas a de escravo, que pretendiam defender não somente o ser humano, mas também a dignidade da pessoa humana e a própria sociedade, em virtude do direito que constitucionalmente contemplam os trabalhadores brasileiros.

A Carta Magna de 1988 preocupa-se em fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana através do trabalho digno propriamente dito, e o faz, trazendo como pilar da Constituição, sendo um dos princípios fundamentais e estruturante da mesma, tendo estes status constitucional.

Todavia, a questão da prática abominável do trabalho em condições análogas à de escravo nas grandes cidades urbanas brasileiras, ainda é uma triste realidade, embora existam leis, tratados, jurisprudências e pensamentos doutrinários que condenam tais práticas, não há efetividade das normas e princípios, vez que ainda se encontra em grandes fábricas, indústrias e construção civil, a exploração de trabalhadores que vivem em condições degradantes.

Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro veda qualquer forma de trabalho escravo, desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Todavia, a exploração da mão de obra escrava é uma realidade temível no Brasil.

Discute-se, então, a possibilidade de aplicação de penalidades mais severas para as empresas que contratam trabalhadores para prestação de serviços em condições análogas a de escravo. Em tese, discute-se: é possível inibir o trabalho escravo contemporâneo?

Em vista do parâmetro delineado, constitui como objeto geral deste trabalho, demonstrar a necessidade emergencial da aplica-

ção de normas e medidas mais severas, ante a realidade da prática do trabalho em condições análogas à de escravo nos grandes centros urbanos das cidades brasileiras.

É um tema aplicado no âmbito do Direito do Trabalho, todavia, com reflexos do Direito Constitucional, tendo em vista que o grande debate acerca do trabalho esbarra na liberdade e na dignidade da pessoa humana, que são fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Legislação Trabalhista, também sofre violação como direitos ao salário, férias, FGTS, carga horária de trabalho e condições dignas de trabalho.

A presente questão é de suma importância para a sociedade e em especial os trabalhadores, em decorrência serem os mesmos o principal artefato deste artigo científico.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi consultada a bibliografia sobre o tema de forma ampla para que fossem acrescentados conhecimentos diversos.

A abordagem será feita de maneira concreta, através de pesquisa crítica e sólida, abordando e analisando de maneira racional o ordenamento jurídico brasileiro, observando as necessidades e as incoerências existentes no que tange as normas sobre a vedação do trabalho escravo.

Assim sendo, o objetivo deste estudo com aspectos jurídicos é analisar o Direito do Trabalho e a Dignidade Humana no Estado Democrático de Direito, enfocando, sobretudo, a necessidade da aplicação das normas trabalhistas à luz do Direito Constitucional.

2 TRABALHO ESCRAVO

2.1 Breve Histórico

O trabalho escravo no país tem sua história inicial no período da colônia e do império e teve seu término há 120 anos.

Nesse período ser escravo era a mesma coisa que ser um objeto de propriedade de alguém, conforme aduz Patrícia Trindade Maranhão Costa (2010).

Na época da colônia e do império o país vivenciava a escravidão clássica que era uma forma de se ter uma pessoa sobre a propriedade de outra os senhores de escravos, adquiriam os escravos e se tornavam proprietários, ou seja, podiam ser negociados e até mesmo comprados nos grandes mercados das metrópoles.

Neste período, se vivenciava o trabalho escravo como sendo uma forma comum de manter o mercado financeiro no país. Todavia, isso ocorria da forma mais cruel possível, tendo em vista que, os escravos clássicos viviam acorrentados e eram tratados como animais sem ter para onde fugir.

Anos depois, precisamente em 1888, houve a abolição da escravidão no país, e aos poucos os escravos libertados foram conquistando com muita luta seu espaço para o começo de uma vida nova.

A luta pela conquista perdurou por muitos anos, há curto passos, devido à dificuldade de oportunidade para os libertados da escravatura.

Atualmente, em pleno século XXI, aproximadamente 120 anos após o término da escravidão clássica, se verifica em vários pontos do país de forma diferenciada dos escravizados no período colonial e do império, a escravidão contemporânea.

A escravidão contemporânea se dá de forma contrária aos escravos de 120 anos atrás, as diferenças podem ser destacadas de várias formas dentre elas cita Patrícia Trindade Maranhão Costa (2010, p. 40):

A categoria "trabalho escravo" atualmente utilizada no país refere-se à escravidão contemporânea e guarda inúmeras diferenças com formas anteriores de escravidão. Essas eram legais, tinham longa duração e, em alguns casos, como a escravidão africana nas Américas, passavam de uma geração para outra. A escravidão contemporânea, por sua vez, é de curta duração; a pessoa é tratada como se fosse mercadoria; há um poder total exercido sobre a vítima, ainda que temporariamente (...).

Seguindo o mesmo raciocínio expõe a Autora supra:

É importante esclarecer essa diferença, pois a imagem do antigo escravo negro, acorrentado e submetido às senzalas, não corresponde à vítima do trabalho escravo contemporâneo, ainda que os castigos impostos aos trabalhadores

de hoje possam corresponder a um padrão de maus-tratos herdado da escravidão colonial que afetou o Brasil. (2010, pg. 41).

Neste mesma vertente, Marcelo Campos (2011, p. 196) aduz que:

É importante ter essa medida das diferenças e do status jurídico do que era ser escravo no período da colônia e império e daquilo que é ser um trabalhador em condições análogas à de escravo no Brasil contemporâneo. O trabalhador contemporâneo vítima desse tipo de exploração não tem status jurídico de escravo. Ao contrário, como já assinalado, possui status jurídico de cidadão. Deveria ser protegido, deveria ter direitos tais como: carteira assinada; alojamento digno; alimentação farta e sadia. Deveria ter tudo isso e não tem (...).

Nesta perspectiva verifica-se a sutilidade e a grande violação a que ficam sujeitos os trabalhadores contemporâneos escravizados. Isto se dá devido ao status jurídico dado aos trabalhadores, qual seja, a de cidadão, que deveria ter seus direitos garantidos.

Antônio Alves de Almeida afirma (2011, p. 187):

O trabalho escravo no Brasil contemporâneo é uma questão emblemática, abrangente, complexa e desafiadora. Reinventado pelo capitalismo, manteve elementos do escravismo colonial, ao mesmo tempo em que lhe conferiu novas formas de denominação e exploração. No processo histórico ele se metamorfoseou. Aliás, as questões estruturais do sistema capitalista estão diretamente relacionadas a essas metamorfoses. Significa dizer que, acerca do trabalho escravo, existem mudanças e permanências.

A partir de então, é possível verificar as mudanças no que tange especificamente as características de trabalho escravo contemporâneo e o clássico, pelas suas diversas formas diferenciadas de abordagem dos indivíduos e os meios de crueldade, contudo, uma característica não muda: a violação frontal dos direitos humanos.

Vera Lúcia Ribeiro de Albuquerque (2012, p. 13) afirma que "O trabalho realizado em condição análoga à de escravo constitui uma séria violação de direitos humanos que deve ser combatida com todo vigor pelo Estado brasileiro".

Conclui-se desse breve histórico, que as conquistas dos trabalhadores foram muitas e os problemas também. Contudo,

verifica-se, que essa história ainda não teve seu ponto final definido, diante das violações de direitos fundamentais e trabalhistas, que são, por sua vez, essenciais para a garantia de uma vida digna de qualquer cidadão.

2.2 Conceito de Trabalho Escravo Contemporâneo

Tem-se por trabalho escravo contemporâneo, o ato de aliciar pessoas à prestação de serviços de forma degradante, com jornadas exaustivas e salários ínfimos. O trabalho escravo em comento envolve cerceamento da liberdade pela dívida, distância, ameaças físicas e morais.

Nesse sentido Marcelo Campos (2011, p.196) descreve que:

(...) O escravo contemporâneo é um cidadão desprovido, na prática, de direitos que lhe confeririam a necessária dignidade. Ele, em tese, tem status jurídico de cidadão, é sujeito de direitos e obrigações e deveria estar sendo protegido. No entanto, dele são retirados todos esses direitos trabalhistas e humanos. Portanto, ele é desumanizado (...)

Passando por esta seara, é importante trazer a baila que:

De modo geral, o escravo contemporâneo pertence à parcela mais pobre da população, o que pode ser revelado pelos baixos rendimentos dos seus domicílios e pelas dificuldades de acesso a recursos públicos básicos, como saúde e educação. (SINAT, OIT, 2012, pg. 13).

Cosozzo explicita Lívia Miraglia (2011, pg. 131):

Nessa esteira, pode-se inferir que o trabalho escravo contemporâneo é aquele que se realiza mediante a redução do trabalhador a simples objeto de lucro do empregador. O obreiro é subjugado, humilhado e submetido a condições degradantes de trabalho e, em regra, embora não seja elemento essencial do tipo, sem o direito de rescindir o contrato ou de deixar o local de labor a qualquer tempo.

Diante estes conceitos tragos, conclui-se que a escravidão contemporânea é um meio cruel de aliciar uma pessoa, tratando-a de forma desumana e ferindo todos os seus direitos fundamentais e trabalhistas, diante de uma submissão a um trabalho forçado, degradante e a jornadas exaustivas.

2.3 Trabalho Escravo Urbano e sua caracterização

Notadamente, verifica-se que trabalho escravo urbano se caracteriza de forma sutil vez que, pouco se observa a presença de trabalhadores que vivem e laboram de forma degradante nos centros urbanos brasileiros.

Percebe-se que essa sutileza vem desde a proposta outoraa feita a estes trabalhadores que na sua maioria vêm das regiões norte e nordeste do País em busca de melhores condições de vida para si próprio e sua família.

Essa imigração nas áreas urbanas, se dá principalmente na construção civil e nas fabricas de confecção de roupas. Segundo Patrícia Trindade Maranhão Costa (2010, pg. 61), o "trabalho escravo contemporâneo caracteriza-se, portanto pela realização, por parte dos trabalhadores, de atividades que exigem trabalho braçal e pouca especialização".

A prática ilegal do trabalho escravo contemporâneo tem como início, a proposta de trabalho feita pelos chamados "gatos" que se apresentam para pessoas sem emprego, desprovidas de ensino e muitas vezes sem perspectiva de um futuro, um bom serviço, com salário, moradia e todos os seus direitos trabalhistas garantidos.

Neste sentido Patrícia Trindade Maranhão Costa (2010, p. 32) aduz que:

Ainda nas suas cidades, os trabalhadores são recrutados e aliciados por um preposto dos fazendeiros, chamado "gato", que os convida para trabalhar em regiões distantes do seu domicílio, mediante promessas enganosas de emprego e salário (...). Ao chegar ao local de trabalho, percebem que o trabalho, em geral, é muito mais duro que o antecipado. Além disso, descobrem ter contraído uma dívida junto ao "gato" referente à passagens, ao que foi consumido durante a viagem e ao salário adiantado concedido ao trabalhador para deixar sua família abastecida durante sua ausência.

É neste momento que começa a saga dessas pessoas que irão sofrer uma grande mudança em suas vidas.

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas (2010, p. 22) em sua definição sobre o tráfico de pessoas descreve:

[...] recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou

benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra, para fins de exploração.

Essa sujeição se dá devido às más condições de vida dos sujeitos chamados de vítimas do trabalho escravo.

Essa forma de escravidão contemporânea pode ser caracterizada de algumas formas, pode ser uma forma de aliciamento direto na qual, o próprio empregador explora a mão de obra barata, possuindo total controle sobre os “escravizados”, ou, através do que se denomina cadeia produtiva, o trabalho é realizado por empresas prepostas também denominados de “gatos” ou terceiros, não tendo o beneficiário final do trabalho o controle direto sobre os “empregados”.

As contratações são muito atraentes para estes empresários, vez que eles vêem nestes tipos de contratos a possibilidade de um grande lucro, posto que a mão de obra é muito barata, baixando, assim, consideravelmente os custos da produção. (SAKAMOTO, 2011).

A exemplo das empresas que se beneficiam da mão de obra escrava, existem grandes sociedades como por exemplo, a Zara, C&A Modas, Collins e Gregory que, já estiveram com suas marcas, nomes estampados na Lista Suja emitida pelo Ministério do Trabalho e Emprego (AYRES, 2012).

Essa cadeia se sustenta através do consumo excessivo da população consumerista.

Atualmente é nítido que o mercado vem tendo um crescimento considerável em suas vendas, vez que, o consumo vem crescendo no país, devido às melhorias das condições de vida.

Como consequência dessa expansão mercantilista, no objetivo de alcançar grandes lucros, muitos empresários se utilizam de pequenas empresas que lhes oferecem produtos e mão de obras baratas, para sustentar o enriquecimento desenfreado de grandes empresas, principalmente nas áreas da confecção e da construção civil.

Ao realizarem contratações muitas empresas deixam de lado a fiscalização da precedência das “empresas” contratadas, essa observação é de suma importância, posto que, a terceirizada, segundo a legislação trabalhista, responde pelos débitos em caso de inadimplência da empresa diretamente responsável.

Contudo, visando o lucro, que por certo é maior, algumas empresas negligenciam de onde e como vêm os produtos encomendados bem como, a exploração de mão de obra que labora para o sustento econômico deste grande mercado.

Observe-se também que um dos fatores que colaboram para esta realidade é a competitividade no mercado capitalista. Essa disputa “empresarial” tende a levar as empresas a procurar o que melhor lhes favoreçam, aumentando consideravelmente o capital das mesmas.

3 PERFIL DOS ESCRAVIZADOS

Neste momento necessário se faz a identificação de quem seria enquadrado no perfil dos escravizados, ou seja, a quem se poderia fazer a referência de um trabalhador que vive e labora em condições análogas a de escravo.

Qual seria a escolaridade e situação financeira destes obreiros: estas e outras indagações serão oportunamente neste capítulo explicadas.

Diante da situação econômico-financeira, muitas pessoas se vêm obrigadas a se sujeitarem a trabalhos forçados, encarando os desafios diários de sobrevivência ante a tantas dificuldades e perigos a que estão sujeitas.

Segundo Patrícia Trindade Maranhão Costa (2010, p. 56):

(...) no Brasil as principais vítimas do trabalho escravo contemporâneo não são povos indígenas amazônicos, mas, trabalhadores não brancos (pretos e pardos) oriundos da Região Nordeste, notadamente, dos estados mais pobres e com menos perspectiva de trabalho e emprego.

Neste mesmo sentido continua a autora:

A precária situação econômica pressiona a família que, sem condições de manter todos os membros, transforma a procura por trabalho em outros lugares uma necessidade. Partir não resolve o problema, mas ficar também não ajuda, pois não há oferta de emprego suficiente, sobretudo no meio rural da Região Nordeste, normalmente assolada pela seca. (2010, p. 101).

Notadamente verifica-se que a escravidão contemporânea advém de diversos estados brasileiros, contudo, a maioria das vítimas são retiradas da região nordeste do país. Diante das condições em que vivem, as vítimas se vêm sem saída, mediante a situação de pobreza e a falta de emprego que assolam esta região, é o que aponta Patrícia Trindade Maranhão Costa (2010, pg 101).

Neste diapasão Patrícia Trindade Maranhão Costa (2010, p. 113) aponta que:

Sem terra, sem trabalho e, portanto, sem meios de garantir sua manutenção e da sua família, os trabalhadores submetem-se à exploração e aceitam condições desumanas de

vida e trabalho, perambulando entre fazendas e cidades em busca de oportunidades.

Assim aduz a Auditora Fiscal do Trabalho Marinalva Cardoso Dantas (2003, p. 24):

Os escravos são vítimas principalmente da fome. E, no perfil dessas pessoas, vemos que elas pertencem todas a grupos muito vulneráveis, mas não dependem mais de cor, obviamente, mas sim da pobreza. São vítimas desse tipo de escravidão: mulheres, crianças, pessoas de todas as etnias, como índios, ex-garimpeiros, prostitutas, nordestinos e, principalmente, o maior número de escravos que nós retiramos são nordestinos.

Neste mesmo sentido, Loris Rocha Pereira Júnior (2003, p. 25) expõe que:

O trabalhador escravo é o produto da desigualdade, da distribuição de renda, é o produto da desigualdade até mesmo na distribuição das terras neste país. Ele é também o resultado da ineficácia, da ineficiência dos nossos poderes constituídos, do Ministério Público, do Poder Judiciário, e do Poder Executivo.

Estes entendimentos e conceitos ganham reforços e se resumem nas palavras ditas por Hugo Cavalcanti Melo Filho (2003, p. 32):

Isso ocorre porque a lógica da acumulação capitalista é indissociável da idéia da subordinação do mais fraco ao mais forte. Sempre haverá, em países onde o Estado se desonera de sua função de controle das relações sociais, a subordinação e a dominação dos mais fracos pelos mais fortes

Neste cenário, verifica-se que os trabalhadores que são submetidos a condições análogas a de escravos são verdadeiras vítimas do descaso por parte de seus empregadores e da omissão estatal, vez que não têm a oportunidade justa para auferirem um salário digno que lhes proporcionem uma vida justa.

Essa situação de miserabilidade decorre de uma série de fatores estruturais, estas vítimas são afetadas por diferentes problemas de ordem histórica, política e econômica.

Desta feita, os princípios constitucionais devem ser garantidos em sua totalidade a fim de proporcionar uma vida digna para estes trabalhadores.

4 TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Carta Magna de 1988 trouxe grandes e notáveis mudanças principalmente no campo dos Direitos e Garantias Fundamentais. Neste diapasão um dos princípios norteadores de todo ordenamento jurídico é sem dúvida o da dignidade da pessoa humana bem como a valorização do trabalho.

Neste sentido preceitua o art. 1º da CR/88 (BRASIL, 2012, p. 7):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (...)

A dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho estão diretamente relacionadas ao direito do homem, sendo considerados direitos fundamentais tutelados pelo Estado brasileiro através de tratados internacionais de direitos humanos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu capítulo II assim titulado como "Dos Direitos Sociais" também, tutela como um dos direitos fundamentais no art. 6º da CRFB/88 (BRASIL, 2012, p. 11):

Art. 6º São direitos sociais 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.

Em seu artigo 7º a Carta Magna traz um rol de direitos e garantias fundamentais especialmente destinados aos trabalhadores urbanos e rurais, visando à melhoria de suas condições sociais, elencando assim, uma série de direitos invioláveis designados a todos os trabalhadores.

Na seara do trabalho escravo contemporâneo é nítida a violação dos direitos sociais destinados aos trabalhadores, além do princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a lei trabalhista. Nesse sentido Evanize Sydow (2003, p. 110) assevera:

Cerceamento do direito de ir e vir dos trabalhadores, obrigações trabalhistas não cumpridas, omissões de socorro aos trabalhadores que ado-

ecem, aliciamento com promessas enganosas, sujeitando o trabalhador à prática do barracão, cobrando preços abusivos (...).

Desse modo, pelo disposto alhures, vários são os abusos sofridos por estas vítimas, como o direito à moradia, à saúde, direito de liberdade e ao direito de um trabalho digno, que está tutelado pela Constituição e pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

Ricardo Rezende (2003, pg. 99) afirma que "viver uma situação de trabalho escravo por dívida é ter uma experiência oposta à do exercício de cidadania e, mais que um problema trabalhista, a escravidão é uma grave ofensa aos direitos humanos (...)".

Como bem se sabe, o trabalho digno edifica o homem, o transforma em ser honrado perante a sociedade em que vive, se tornando útil.

Neste sentido, imperativo se faz, a observância e cumprimento de referidas normas e princípios constitucionais na garantia de fiel execução dos direitos e garantias fundamentais preconizados na Carta Magna de 1988.

5 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DADAS AO TRABALHO ESCRAVO

As medidas especiais de combate ao trabalho escravo na esfera administrativa têm início no ano de 1995, com a criação e atuação das equipes do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) que são os principais responsáveis pela apuração em "massa" das denúncias sobre a exploração de trabalho escravo no território brasileiro e pela consequente libertação dos trabalhadores (LIMA, 2012).

A partir das fiscalizações realizadas pelos Auditores Fiscais do Trabalho, são gerados relatórios das operações, contendo minuciosamente quem são estes trabalhadores, de onde vieram, nível de escolaridade, a situação em que foram encontrados além do, o lugar do resgate, dentre outros detalhes que servirão para caracterizar a exploração do trabalho em condições análogas à de escravo.

Após a elaboração do relatório, que por consequência conterá o nome do empregador ou empresário responsável pelo serviço prestado, o MTE lança estes nomes em uma lista chamada lista suja. Os nomes incluídos nesta lista serão punidos com a restrição de alguns direitos: por exemplo, não podem participar de licitações públicas, receber verbas do governo através de empréstimos, além de não serem bem vistos perante toda a sociedade.

Um ponto interessante a ser destacado é a importância da atuação fiscalizatória no combate ao trabalho escravo contemporâneo, neste diapasão:

Nos âmbitos governamentais e jurídico, diferentes ações têm buscado garantir a punição e repressão dos empregadores que utilizam mão-de-obra

-escrava, com vistas a aumentar a efetividade das normas constitucionais já previstas em lei. As ações do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) são emblemáticas nesse sentido, resultando no pagamento de indenizações trabalhistas aos trabalhadores resgatados. (COSTA, 2010, p. 122).

Neste diapasão, necessário se faz esclarecer que no curso das ações fiscais se tem como resultado a formalização dos contratos de trabalhos, as Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos trabalhadores resgatados são assinadas e efetuado o pagamento das verbas salariais devidas, sendo declarado o rompimento do contrato de trabalho por culpa exclusiva do empregador. Por consequência, o trabalhador receberá o saldo de salário, de férias, décimo terceiro, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), sem prejuízo de outras indenizações.

Também no ano de 1995 foi criado o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF), com a finalidade precípua de combater o trabalho escravo. Nesse sentido vários ministérios se integraram nesta missão, como o Ministério da Justiça, do Meio Ambiente, da Agricultura, da Indústria do Comércio dentre outros. Todos sobre a coordenação do Ministério do Trabalho e Emprego (COSTA 2010, p. 126).

Em 2002, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sintonia com as necessidades brasileiras para o combate da questão em comento, desenvolveu o Projeto de Cooperação Técnica chamado de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil, que busca fortalecer a integração das instituições nacionais que defendem os direitos humanos (COSTA, 2010, p. 126).

Atualmente estes órgãos continuam na atuação de combate ao trabalho escravo contemporâneo em todo o país, sempre agindo em consonância com os órgãos do poder judiciário, na tentativa incessante de erradicar a escravidão.

6 TRATAMENTO JURÍDICO DADO AO TRABALHO ESCRAVO URBANO

Inicialmente, é necessário identificar o marco inicial que gerou no Brasil os primeiros passos para o combate ao trabalho escravo. Neste sentido Vera Lúcia Ribeiro de Albuquerque aduz que:

Em 1995, o Governo Brasileiro reconheceu oficialmente a existência de trabalho em condição análoga à de escravo no país e começou a tomar medidas para erradicá-lo. Em relação à inspeção do trabalho, isso se concretizou com a criação no mesmo ano do Grupo Especial de Fiscalização Móvel - GEFM. O Grupo Especial de Fiscaliza-

ção Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) é composto por equipes que atuam, principalmente, no atendimento de denúncias que apresentem indícios de trabalhadores em condição análoga à de escravos. (2012, p.12).

Verifica-se que a partir de 1995 o Governo Brasileiro reconheceu e começou a trabalhar no combate ao trabalho escravo. Várias medidas, desde então, foram tomadas na tentativa de erradicar o trabalho em condições análogas a de semi-escravidão, conforme já explicitado no capítulo anterior.

O código penal de 1940 em seu artigo 149 descreve como crime sendo: (BRASIL, 2012, p. 525):

Artigo 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Pena – reclusão, de (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§1º Na mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, como fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por meio de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Nesse contexto extrai-se que na esfera penal a prática do trabalho escravo é considerada crime, podendo seu infrator ser punido na forma estabelecida em lei.

No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos abomina tal prática, dispondo que: "Art. 4º. Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas".

Importante salientar a existência da Convenção de nº 29 (1930) da Organização Internacional do Trabalho, que trata sobre o trabalho forçado, que foi ratificada pelo Brasil em 1957, determinando expressamente que os Estados-membros da Organização Internacional do Trabalho se comprometem a: "abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível".

Em sua definição de trabalho forçado para o direito internacional, a Convenção de nº 29, fixou que: "todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente" (OIT, 1930).

Destaca-se que a condição de semi-escravidão refere-se a trabalhos forçados e degradantes. Portanto, não só o cerceamento da liberdade do trabalhador, o trabalho em condições forçadas e degradantes constituem a violação à normas, mas também a ofensa a garantia de sua dignidade, que por sua vez esta diretamente relacionada com a dignidade da pessoa humana descrita na Carta Magna de 1988.

No que tange à resistência diante a graves violações de direitos humanos e fundamentais que o País vivencia, José Damião de Lima Trindade (2011, p. 34) afirma que:

Hoje, não é mais possível lutar de modo consequente por direitos humanos sem incorporar as bandeiras de igualdade social substancial, bem como as temáticas do feminismo, do anti-racismo, da ecologia, da livre expressão da vida sexual, da defesa dos migrantes, da busca de uma cidadania mundial e igualitária. Logo, esse feixe de propósitos convergentes e libertadores encontra diante de si uma muralha – que tem o nome de capitalismo.

Na obra do Livro "Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil", verifica-se que:

A ratificação da convenção nº.29 deveria impulsionar os Estados-membros a reconhecer o trabalho forçado nos seus territórios, um problema oculto na medida em que: a) são raros os dados estatísticos oficiais sobre o problema; b) a sociedade apresenta um baixo grau de conscientização sobre o mesmo. (Relatório Global, 2005: 19) (COSTA, 2010 p. 36).

Neste mesmo sentido referida obra traz um importante dado, tal seja:

Dois importantes fatores jurídicos constituem-se em causas estruturais que contribuem para a perpetuação da escravidão contemporânea: a impunidade dos praticantes desse crime e o desconhecimento das leis e dos direitos trabalhistas. (COSTA, 2010, p. 120).

Nesta perspectiva importante salientar a ineficiência das normas vigentes bem como suas punições que, têm como objetivo o combate ao trabalho em condições análogas a de escravo. Imperativo se faz a conscientização de todos sobre as normas impostas e suas punições, além dos direitos que cada uma destas vítimas possuem ante seu status de cidadão (THUSWOHL, 2013).

7 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 438/2001

Em 2001, foi apresentada, a proposta de emenda constitucional 438/2001 denominada como PEC do Trabalho do Trabalho Escravo.

A presente proposta traz em seu texto original, a determinação do confisco das propriedades em que for encontrada a exploração do trabalho escravo, devendo tais propriedades serem destinadas à reforma agrária ou ao uso social.

O projeto em comento tem enfrentado barreiras devido às críticas dos opositores, por questões políticas. Contudo importante destacar que a PEC ganhou força ao passo que representantes da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) declararam apoio à proposta.

Desta feita, sendo aprovada nas casas do Congresso, a Proposta de Emenda à Constituição será uma grande aliada ao combate do Trabalho Escravo Contemporâneo, tornando-se um marco para, a erradicação da escravidão no território brasileiro.

Atualmente, após várias revisões, a PEC esta em trâmite perante a comissão de constituição, justiça e cidadania no Senado Federal aguardando a pauta na comissão.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante a tais considerações, tem-se por necessário a criação e efetivação de medidas governamentais com a finalidade precípua de erradicação do trabalho escravo contemporâneo tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

Nesse diapasão Neide M. C. Cardoso de Oliveira afirma que:

As dificuldades no combate ao crime de trabalho escravo são imensas, seja pela morosidade do processo penal; seja pela até então recente indefinição sobre o juízo competente para o julgamento de tais crimes; pelas penas reduzidas; pelos entraves legislativos; seja, principalmente, pela ausência

de uma política pública de reinserção dos trabalhadores, que libertos do trabalho escravo, a este retornam por falta de outra opção (2011, p. 225).

Verifica-se que as políticas governamentais brasileiras não estão sendo eficientes para o combate da prática do trabalho escravo no país. Desta feita, imperativo se faz a adoção de novos métodos que tenham como objetivo fundamental a extirpação de tal prática abominável.

Estes impasses enfrentados no cotidiano somente vêm dificultando o combate do trabalho escravo realizado pelos órgãos competentes.

Vale atentar que segundo Neide M. C. Cardoso de Oliveira:

A inclusão no mercado de trabalho do trabalhador proveniente da escravidão é urgente, bem como é necessário reconhecê-lo como cidadão, garantir-lhe os direitos básicos, por meio da alfabetização, da qualificação profissional, instituir políticas públicas de geração de renda com a fixação desse homem ao campo, proporcionado-lhe, e à família, assistência médica, odontológica, psicológica, escola adequada e digna para seus filhos, terra, transporte, crédito, assistência técnica, enfim, uma reforma agrária competente e real (2011, p. 235).

Desta feita, se faz necessária a inclusão destes trabalhadores resgatados em condições análogas a de escravos, ao mercado de trabalho de forma digna que de, para este trabalhador possibilidade de uma existência honrada.

Verifica-se neste contexto, que, a sociedade em geral é responsável pela garantia do patamar mínimo de respeito aos direitos legais estabelecidos. Não é diferente o entendimento dos autores do livro: Trabalho Escravo Uma Chaga aberta:

Estado, sociedade civil organizada, organismos internacionais, cidadão enfim, todos responsáveis por fazer com que as relações trabalhistas e humanas se dêem num patamar mínimo de respeito aos direitos estabelecidos pela lei. Porém, muito mais do que isso, o respeito à vida do outro expõe o nível de respeito que temos por nós mesmo e pelo mundo no qual vivemos (2003, p. 12).

Neste contexto, verifica-se que é necessário a ação direta no foco, ou seja, o que leva uma pessoa a se submeter a semi-escravidão? Nesta perspectiva foi possível avaliar os diversos

motivos que levam um trabalhador à submissão ilegal à outra pessoa denominada de “empregador”.

O desemprego e o baixo nível de escolaridade são umas das principais preocupações desses cidadãos que vendem sua mão de obra por migalhas jogadas por seus “empregadores”.

Essa sujeição se tornam necessárias para estes obreiros, na medida em que eles, já estão em uma posição desprivilegiada na sociedade diante da falta de especialização técnica, razão pela qual as chances de ingressar no mercado de trabalho se tornam mais escassa.

Diante desta triste realidade, o trabalhador necessitado de um meio para sobreviver e salvar sua família da condição de miserabilidade, em um ato desesperado mantém-se trabalhando da pior forma e condições possíveis, se submetendo as mais diversas violações à sua integridade física e psíquica.

Frente à tal realidade o Governo brasileiro reconheceu e deu início a diversas medidas para o combate ao trabalho escravo contemporâneo. Dentre estas medidas estão as administrativas e as jurídicas, com um só objetivo: a erradicação da escravidão no país.

Contudo, ainda assim, as medidas governamentais não obtiveram êxito e ante tal realidade foi possível observar que este insucesso ganha força sobre duas vertentes. Primeiro é possível verificar a falta de eficácia das leis que, por sua vez, não têm uma sanção punitiva capaz de “intimidar” os exploradores de mão de obra escrava. Em segunda e última análise se tem a reincidência dos próprios obreiros no retorno aos lugares onde foram resgatados pelos órgãos dos poderes públicos ou de onde saíram “fugidos” na busca incessante de uma vida digna.

Por fim chega-se a conclusão que para se alcançar a meta de erradicação da escravidão contemporânea, imperativo se faz a elaboração de normas mais severas que sejam capazes de inibir totalmente os exploradores da mão de obra barata, bem como, fiscalização mais atuante, ao ponto que o próprio “empregador” vai avaliar e perceber que violar a lei não vale mais a pena. Outra medida seria a reinserção educativa dos trabalhadores explorados, lhes proporcionando novas oportunidades de emprego.

Dessa forma acredita-se que, a Carta Magna de 1988 terá sua meta no tocante à preservação da dignidade da pessoa humana, alcançada, bem como, as medidas governamentais através dos tratados internacionais obtidas, valorizando o direito, o trabalho digno e consequentemente o direito a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AYRES, Marcela. Como Zara e 5 grifes reagiram à acusação de trabalho escravo. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/gestao/noticias/o-que-a-zara-e-5-grifes-fazem-mesmo-com-o-trabalho-escravo/>> Consultado em 27/01/2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Direitos humanos e trabalhadores - atividade normativa da OIT e os limites do Direito Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: Saraiva. Vade Mecum. 14ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Págs. 7-75.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil. International Labour Office; ILO Office in Brazil. - Brasília: ILO, 2010.

DECRETO- LEI 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: Saraiva. Vade Mecum. 14ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Págs. 509-550.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende e PRADO, Adonia Antunes. Olhares sobre a escravidão contemporânea: novas contribuições críticas. Cuiabá: Ed UFMT, 2011, 418p.

Fórum Social Mundial 2003. Anais da oficina trabalho escravo: uma chaga aberta, Brasília, OIT, 2003.

LIMA, Benedito e SURKAMP, Luize. Erva-mate: erva que escraviza. Fortaleza: La Barca, 2012.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, São Paulo: LTr, 2011.

ONG Repórter Brasil. Organização Internacional do Trabalho (OIT). Cadeia Produtiva do Trabalho Escravo. Disponível em <<http://reporterbrasil.org.br/2006/04/cadeia-produtiva-do-trabalho-escravo/>>. Consultado em 15/02/2013.

Organização Internacional do Trabalho. Convenção de nº 29-sobre trabalho forçado ou obrigatório. Disponível em <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf> Consultado em 09/06/2013.

RASSY, Rosângela Silva. Movimento Ação Integrada: por uma ação ativa na reinserção social dos egressos e vulneráveis ao trabalho escravo contemporâneo - Síntese do Movimento, Movimento ação integrada pela liberdade e dignidade no trabalho, Sinait, OIT, Vol. 1, 2012.

Relatório Final de Execução do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 1ª ed. Brasília: 2010.

SANTINI, Daniel. PEC do Trabalho Escravo é aprovado na Câmara dos Deputados. Especial: PEC 438: PEC do Trabalho Escravo. 2012. Disponível em <<http://www.trabalhoescravo.org.br/noticia/62>>. Consultado em 20/01/2013.

SAKAMOTO, Leonardo. Cadeias Produtivas & Trabalho Escravo. ONG Repórter Brasil: 2011. Disponível em <http://www.escravonempensar.org.br/upfilesfolder/materiais/arquivos/Carilha_Baixa_Site_final.pdf> Consultado em 25/02/2013.

SENADO FEDERAL. PEC - Proposta de Emenda à Constituição, nº 57 de 1999. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=40941> Consultado em 09/06/2013.

SYDOW, Evanize e MENDONÇA, Maria Luisa. Direitos Humanos no Brasil 2003, Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, São Paulo, 2003.

Thuswohl, Maurício. PEC do Trabalho Escravo Já pode ir a voto no plenário do Senado. Disponível em <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/05/pec-do-trabalho-escravo-ja-pode-ir-a-voto-no-plenario-do-senado-1>> Consultado em 09/06/2013.

IMPRESCRITIBILIDADE DO BEM PÚBLICO SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Wallace Santos Silva¹

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a vedação legal que impossibilita o instituto da usucapião em bens públicos, mesmo quando estes não estejam relacionados à prestação de serviço público ou não atendam ao princípio da função social da propriedade.

PALAVRAS-CHAVE: função social da propriedade; usucapião; bens públicos.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Civil. Direito Administrativo

1 INTRODUÇÃO

A usucapião está prevista na legislação brasileira no art.183 da Constituição da República in verbis:

Art 183 Aquele que possuir como sua área urbana até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 1988)

Também o Código Civil tratou do tema no art.1.238 in verbis:

Art 1.238 Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe a propriedade, independentemente de título e boa fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de imóveis. (BRASIL, 2002)

A usucapião é forma originária de aquisição da propriedade de bens móveis e imóveis. Os pré-requisitos para a aquisição via usucapião são a posse mansa, pacífica e ininterrupta, durante determinado lapso temporal. As modalidades do mencionado instituto são: usucapião ordinária, usucapião extraordinária, usucapião especial urbana e usucapião especial rural.

O instituto da usucapião é vedado na legislação brasileira no que diz respeito aos bens públicos, conforme dispõe o art. 191, parágrafo único da Constituição da República de 1988, segundo o qual "os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião", e ainda o art. 102 do Código Civil de 2002 que dispõe que, "os bens públicos não estão sujeitos à usucapião".

A justificativa para a proibição da aplicação do referido ins-

tituto é baseada no princípio da supremacia do interesse público, segundo o qual o interesse público deverá prevalecer sobre o interesse particular. Entretanto, esse princípio se choca com princípio constitucional da função social da propriedade, previsto no art. 5º da Constituição Federal que estabelece que "a propriedade atenderá sua função social".

Assim, o choque de princípios instaura a dúvida acerca da aplicabilidade da função social da propriedade apenas aos bens particulares ou também aos bens públicos. O presente trabalho se destina a advogar a favor da tese de que, caso um bem público não cumpra sua função social, é possível usucapi-lo.

O argumento aqui sustentado é de que, apesar da vedação da usucapião de bens públicos, o Estado, guardião do interesse da coletividade, deve observar a função social da propriedade também no que se refere aos seus bens, e não somente os particulares.

O presente trabalho foi desenvolvido sob o método dedutivo que tem suas proposições enfocadas na situação geral para explicar as particularidades e chegar à conclusão da afirmativa.

O método dedutivo-lógico foi utilizado para a análise dos textos, artigos, legislações e outro material doutrinário levantado, no intuito de verificar a aplicação dos conceitos e dispositivos legais à realidade fática da impossibilidade total de usucapir bens públicos.

2 CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

A classificação dos bens públicos se faz necessária, tendo em vista que a distinção entre eles implicam aplicação de diferentes regimes jurídicos. Na conceituação do professor José dos Santos Carvalho Filho são bens públicos:

Todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a união, os Estados, o Distrito Federal e os Mu-

nicipios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 873).

O Código Civil brasileiro de 2002 define os bens públicos no art. 98 in verbis:

Art. 98 São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. (BRASIL, 2002)

A classificação doutrinária dos bens públicos quanto à destinação, ou seja, o objetivo a que se destinam os divide em: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Em se tratando de bens de uso comum do povo, de acordo com o art.99 do Código Civil de 2002 in verbis:

Art. 99 São bens públicos: I- os de uso comum do povo, tais como rios, mares, ruas e praças; II- os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias. III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. (BRASIL, 2002)

Os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas, as praças e logradouros públicos, bem como os bens de uso especial, que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral, atendem perfeitamente ao interesse público e a função social da propriedade em virtude de sua própria natureza. Entretanto, o mesmo pode não ocorrer em relação aos bens dominicais. Neste caso, deve-se verificar se atendem ou não ao princípio da função social da propriedade.

Os bens dominicais são os que não se situam nas categorias de uso comum do povo ou de uso especial, possuindo assim caráter residual. Portanto, se o bem serve ao uso público em geral, ou se presta à consecução das atividades administrativas, não será enquadrado como dominical, logo não será passível de usucapião.

Desse modo, são bens dominicais as terras sem destinação pública específica, as terras devolutas, os prédios públicos desativados. Esses bens são disponíveis, podendo inclusive ser alienados sob certas condições.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias, a saber, José dos Santos Carvalho Filho (2005), César Fiuza (2003), Maria Sílvia Zanello di Pietro (2008), entendem que todos os bens públicos são imprescritíveis, ou seja, não podem ser adquiridos por usucapião.

A imprescritibilidade significa que os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião, e isso independentemente da categoria a que pertençam. Houve, é bem verdade inúmeros questionamentos a respeito dessa característica especial dos bens públicos. Contudo, o Direito brasileiro sempre dispensou aos bens públicos essa proteção, evitando que por meio de usucapião, pudessem ser alienados como o são os bens privados, quando o possuidor mantém a posse por determinado período.

Atualmente, a constituição estabelece regra específica a respeito, dispondo, no art.183, parágrafo 3, que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, norma aliás, respeitada no art. 191, relativas a imóveis públicos rurais.

Desse modo, mesmo que o interessado tenha a posse do bem público pelo tempo necessário à aquisição do bem por usucapião, tal como estabelecido no direito privado, não nascerá para ele o direito de propriedade, porque a posse não terá idoneidade de converter-se em domínio pela impossibilidade jurídica do usucapião.

O novo Código Civil espancou qualquer dúvida que ainda pudesse haver quanto à imprescritibilidade dos bens públicos, seja qual for sua natureza. Nele se dispõe expressamente que "os bens públicos não estão sujeitos a usucapião" (art. 102). Como a lei não distinguiu, não caberá ao intérprete distinguir, de modo que o usucapião não poderá atingir nem os bens imóveis nem os bens móveis. (CARVALHO FILHO, 2005, p.883-884)

O domínio patrimonial está sujeito a regime administrativo especial, não se lhe aplicando as normas que regem a propriedade privada, a não ser supletivamente. Orienta-se o domínio patrimonial por quatro princípios basilares, a saber, a inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não oneração. A regra geral é que a Administração pública não pode alienar seus bens. Tal só ocorrerá excepcionalmente, na dependência de lei que autorize a transação.

Pelo fato de serem inalienáveis, os bens públicos são também inadquiríveis, enquanto durar a ina-

alienabilidade. Destarte, não serão afetados pela "prescrição aquisitiva" ou usucapião. (FIUZA, 2003, p. 643-644)

Em sentido contrário ao da doutrina majoritária, segundo a qual não há possibilidade de aquisição de bem público por usucapião, entende-se que é uma visão extremamente positivista e não busca uma interpretação teleológica dos princípios constitucionais fundamentais.

A doutrina minoritária, contudo, encabeçada por, Nelson Rosenthal e Cristiano Chaves, vê distinção entre os bens públicos os dividindo em material e formalmente públicos. Para essa doutrina:

Os bens formalmente públicos seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social, sendo assim, se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo materialmente público haveria óbice à usucapião. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 267-268).

Como visto, há entendimento doutrinário de que os bens públicos dividem-se em formalmente públicos e materialmente públicos e que, em se tratando de bens formalmente públicos, não haveria impedimento para aquisição por usucapião, haja vista estes não possuírem destinação pública de fato.

Em regra, os bens públicos são impenhoráveis, imprescritíveis e inalienáveis, mas o próprio Código Civil de 2002 excepciona a regra da inalienabilidade ao se tratar de bens dominicais como se verifica no Art.101 "os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei". (BRASIL, 2002)

3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O princípio da função social da propriedade, consagrado na Constituição da República de 1988 como garantia fundamental, traz uma limitação à utilização da propriedade.

O particular, para ser proprietário, deve respeitar a função social da propriedade, ou seja, deve efetivamente proporcionar uma utilização condizente com o Direito e com a realidade social, sob pena de perda da propriedade por desapropriação. De acordo com Kildare Gonçalves Carvalho in verbis:

O princípio incide sobre a estrutura e o conteúdo da propriedade, sobre a própria configuração do di-

reito, e constitui elemento que qualifica a situação jurídica considerada, condicionando os modos de aquisição, uso, gozo e disposição dos bens. Não envolve portanto apenas limitações do exercício das faculdades do proprietário inerentes ao domínio. A função social da propriedade introduz, na esfera endógena do direito, um interesse que poderá até mesmo não coincidir com o do proprietário, com o predomínio do social sobre o individual, fenômeno denominado de socialidade.

A função social da propriedade, que corresponde a uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade, faz com que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum: enquanto as obrigações de não fazer impostas ao proprietário se acham ligadas ao poder de polícia, as obrigações de fazer decorrem da função social da propriedade. (KILDARE, 2009, p.801)

A função social da propriedade foi alçada à condição de princípio constitucional pelo legislador constituinte, assim, por se tratar de um princípio fundamental, este remete a valores essenciais e superiores em um Estado democrático de direito, e tem como escopo direcionar a produção legislativa infraconstitucional, podendo servir como garantia direta e imediata para os cidadãos.

Tem ainda este princípio o papel de agir como critério de interpretação e integração da Constituição e do sistema jurídico como um todo, dando unidade e coerência a este sistema. Deve a função social da propriedade, na condição de princípio constitucional, ser obedecida por toda e qualquer espécie de propriedade pública ou privada, ideia esta corroborada pela autora Cristina Fortini in verbis:

A constituição da República não isenta os bens públicos do dever de cumprir função social. Portanto, qualquer interpretação que se distancie do propósito da norma constitucional não encontra guarida. Não bastasse a clareza do texto constitucional, seria insuscetível conceber que apenas os bens privados devam se dedicar ao interesse social, desonerando-se os bens públicos de tal mister. Aos bens públicos, com maior razão de ser, impõe-se o dever inexorável de atender à função social. (FORTINI, 2004)

Ao dispor a Constituição da República de 1988 que "a propriedade atenderá a sua função social", a função social da pro-

priedade tornou-se um princípio fundamental, e veio socializar a propriedade para que ela se harmonize com a coletividade, retirando o caráter individualista da propriedade de outrora, e observando determinadas regras para fruição e gozo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação à imprescritibilidade dos bens públicos, a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência pátria, rechaçam a possibilidade de usucapir bens públicos, seja qual for a sua espécie, mesmo que não cumpram sua função social. Tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, o bem público é função social em si mesmo.

Entretanto a corrente minoritária divide os bens públicos em bens materialmente públicos e bens formalmente públicos, entendendo assim, que os bens formalmente públicos, destituídos de função social, são passíveis de serem alcançados pela prescrição aquisitiva.

Ainda que doutrina majoritária e jurisprudência tenham olvidado a sistemática interpretativa constitucional e ajam em sentido extremamente positivista, a Constituição da República de 1988 consagrou como basilares os direitos fundamentais. Dessa forma pode-se entender que a Constituição não retirou a obrigatoriedade do cumprimento da função social da propriedade dos bens públicos, e nada mais justo seria que, como forma de obrigar o poder público a efetuar uma administração eficiente dos seus bens, eles possam ser usucapidos, caso estejam ociosos ou destituídos de finalidade pública.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil e legislação em vigor. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª ed. rev.ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.
- FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 7ª ed. rev.ampl. Belo Horizonte: Lumen Juris. 2005.
- FORTINI, Cristiana. *A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade*. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, v.5, n.12, p. 117, abr./jun 2004.
- LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 7ª ed. rev.ampl. São Paulo: Atlas. 2010.

NOTA DE FIM

- 1 Acadêmico de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA GUERRA FISCAL RELATIVA A ARRECADAÇÃO DE ICMS

Emmanuel Lucas Costa Viana¹

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade, discutir o sistema tributário nacional no que tange à Guerra Fiscal entre os Estados Brasileiros, relativa à arrecadação do imposto do Sistema Tributário Brasileiro de ICMS – Impostos sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. O trabalho terá como destaque, abordar as práticas inconstitucionais adotadas pelos Estados brasileiros do Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo. Tais práticas consistem na edição de leis, por meio irregular e são consideradas inconstitucionais pela jurisprudência. Essas medidas adotadas pelos Estados brasileiros repercutem negativamente na arrecadação tributária nacional, por isso devem ser analisadas e discutidas.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS, guerra fiscal, inconstitucionalidade, princípio da legalidade, princípio da cumulatividade, convenio.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é uma federação composta por 26 Estados, mais o Distrito Federal, sendo que cada unidade federativa possui autonomia e competência para cobrar os impostos devidos ao seu território. Nesse prisma, as unidades Federativas podem também editar leis, concedendo benefícios e incentivos fiscais, com intuito de atrair a instalação de indústrias para o seu território. Todavia, essa autonomia deve respeitar dispositivos impostos na Constituição Federal e na lei complementar 24 de 1975, que dispõe que as leis que concedem benefícios fiscais devem ser ratificadas com base em convênio no âmbito do CONFAZ.

Nota-se que os Estados não estão respeitando dispositivos da Constituição Federal, que regulam a forma como os benefícios e incentivos fiscais serão concedidos, acarretando uma competição desleal, onde os Estados Federais por meio de normas, reduzem a base de cálculo do ICMS, criam subsídios e isenções do referido imposto, para atrair indústrias. Diante disso, tais práticas acabam prejudicando a arrecadação de outras Unidades Federais, o que enseja em uma grande discussão sobre o cenário atual do sistema tributário brasileiro.

Ocorre que os entes federativos estão editando leis de forma unilateral, e sem base em convênio interestadual. O que, por conseguinte, faz com que os mesmos entrem com ações uns contra os outros, com objetivo de impugnar essas leis clandestinas, o que acarreta na origem de um fenômeno de cunho jurídico e econômico chamado pela doutrina e jurisprudência de: "Guerra Fiscal".

Por todo o exposto, o presente estudo possui como finalidade demonstrar como os Estados brasileiros vêm agindo perante os benefícios e incentivos fiscais - referentes ao imposto de ICMS -

que são concedidos a empresas por meio de Decretos, não observando os convênios interestaduais previstos na Lei Complementar 24/1975.

2 ICMS

Dentre os tributos previstos na Constituição Federal, possui significativa e importância o ICMS - imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços - que incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, prestações de serviços de transporte e comunicação, conforme previsto no art.155, inciso II.

O ICMS é um imposto de natureza real, indireto, com incidência plurifásica, ordinário e não cumulativo. Sendo que, o que é devido em cada operação é apurado mediante compensação do montante cobrado nas operações anteriores.

A Constituição Federal em seu art. 155, II, dispõe que é da competência dos Estados e do Distrito Federal instituir impostos sobre: "operações relativas à circulação de mercadorias sobre prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior". (BRASIL, 1988)

O ICMS - é regulamentado pelas leis complementares de nº 87/96 (lei Kandir), nº116/ 2003, pelo Código Tributário Nacional e pela Constituição Federal, possuindo função predominantemente fiscal, sendo, pois, considerado uma importante fonte de receita para os Estados brasileiros.

Contudo, há possibilidade de tal imposto ser utilizado com caráter extra fiscal, podendo ser também seletivo, em razão da essencialidade das mercadorias e serviços.

No que se refere aos contribuintes do ICMS, pode-se dizer que nas operações de circulação de mercadoria, será o vendedor

ou o remetente, sendo devido à arrecadação pelo Estado onde aqueles se localizarem.

2.1 Breve Histórico do ICMS

No Brasil, o ICMS, era conhecido como “imposto sobre vendas mercantis”, que na vigência da constituição de 1924, era de competência da União arrecadá-lo.

Com a Constituição de 1934, foi atribuída a competência dos Estados para sua arrecadação, sendo denominado de “Imposto sobre Vendas e Consignações.”

Contudo, com a reforma tributária de 1966, este imposto foi substituído pelo ICM, sendo que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ICM recebeu a denominação atual de ICMS, originando a unificação de outros seis impostos: Imposto sobre circulação de mercadoria (ICM), Imposto único sobre minerais, Imposto único sobre combustíveis líquidos e gasosos, Imposto único sobre energia elétrica; Imposto sobre transportes; Imposto sobre comunicações. (MADEIRA, 2010 p.37)

2.2A incidência do ICMS

As hipóteses de incidência do ICMS além de se encontrarem elencadas no rol art. 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, também estão previstas no artigo 2º da lei Complementar nº 87/96.

O ICMS incidirá nas operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicações, tendo como ente competente na arrecadação do imposto, o Estado no qual o remetente estiver estabelecido.

Assim, preceitua a Constituição Federal.

Art.155 da Constituição da República - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (BRASIL, 1988)

Tal imposto é de competência privativa dos Estados e do Distrito Federal, tendo legitimidade para sua cobrança, o Estado onde se encontra o remetente da mercadoria. Sendo este também o lugar onde ocorre o fato gerador, ou em caso de importação, o Estado em que se localize o estabelecimento do importador.

A operação que dá ensejo à circulação é, no dizer de Aliomar Baleeiro, todo negócio jurídico que transfere a mercadoria desde o produtor até o consumidor final ou segundo Alcides Jorge Costa,

qualquer negócio jurídico ou ato jurídico material que seja relativo a circulação de mercadorias. (COELHO, 2012, p.461)

2.3 O ICMS nas operações interestaduais

O Brasil, diferente de outros países, como os da Comunidade Européia e dos Estados Unidos, adotou o princípio da origem para definir o sistema de tributação nas operações de compra e venda de produtos entre os Estados, ou seja, ocorrerá a tributação do Estado exportador e desoneração do importador.

A Jurista Misabel Abreu Machado Derzi dispõe acerca do princípio da origem da seguinte forma.

Com o princípio da origem, as mercadorias e serviços que circulam de um Estado a outro independentemente do seu destino, incorporam no preço, os impostos pagos pelo Estado de origem, (ou exportador, inexistindo interrupção na cadeia de operações do produtor ao consumidor final. É assim irrelevante que o bem ou serviço se transfira de um Estado a outro, havendo verdadeira integração no mercado, formado por distintos Estados. É necessário que o Estado de destino aceite os créditos gerados em outro Estado, de modo que os impostos pagos naquele de origem sejam abatidos nos impostos a ele devido. Essa é a regra da Constituição nas operações interestaduais dentro do seu mercado interno.

(DERZI, 2011 p.46)

O legislador para combater a desigualdade econômica dos Estados nas operações de circulação de mercadorias, criou por meio de resolução 22/89 a alíquota de 12 % por cento para as operações interestaduais. No entanto, foi feita a seguinte ressalva: a alíquota será de 7% quando o remetente da mercadoria for os Estados do Sul e Sudeste (menos o Espírito Santo) e o destinatário for os Estados do Norte, Nordeste, Centro -Oeste e o Espírito Santo.

Vejamos a resolução nº22 de 1989 do Senado.

Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais, será de doze por cento. Parágrafo único. Nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às

Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, as alíquotas serão:

I - em 1989, oito por cento;

II - a partir de 1990, sete por cento.

Art. 2º A alíquota do imposto de que trata o art. 1º, nas operações de exportação para o exterior, será de treze por cento.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor em 1º de junho de 1989.

(SENADO FEDERAL, 2013)

Esta resolução foi criada com o intuito de tornar os produtos mais baratos para os Estados que possuem consumidores com menor poder aquisitivo, e com isto possibilitar que os produtos fabricados nos Estados mais ricos possam ser consumidos nos Estados mais pobres, tendo em vista que os consumidores da maioria dos Estados do Norte, Nordeste, Centro-oeste tem poder aquisitivo menor do que os consumidores dos Estados do Sul e Sudeste.

O cenário atual das operações financeiras sobre a ótica da Jurista Misabel Abreu Machado Derzi.

Os Estados mais ricos da Região Sul e Sudeste, nas operações interestaduais com destino as demais - mais pobres e importadoras- aplicam na origem, a alíquota de 7%, para que, nas operações internas subsequentes, quando incidir a alíquota interna de 18%, a diferença, de 11% seja apropriada pelo Estado do destino, importador. O movimento contrário se dá de tal modo que, os Estados do Norte, Nordeste e Centro- Oeste, nas operações de saída, em direção aos Estados mais ricos, apliquem a alíquota de 12%, reservando-lhes apenas a diferença de 6% relativos às etapas subsequentes, a (resolução senatorial 22/90). (DERZI, 2011 p.49)

No que se refere ao procedimento para cobrança do ICMS, pode-se dizer que existe o instituto da substituição tributária, onde o crédito presumido consiste na antecipação das operações futuras, por uma alíquota única de valor agregado que deve ser instituído por lei estadual.

Nas operações em que o consumidor ou destinatário for contribuinte do imposto, será adotada a alíquota interestadual. Entretanto nas operações em que o consumidor ou destinatário não for contribuinte, será adotada a alíquota interna do Estado onde estiver localizado o remetente.

É o que preconiza a Constituição Federal.

Art. 155 §2º inciso VI da Constituição Federal VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele; (BRASIL,1988)

Nas operações internas, a alíquota será a adotada pelo Estado por meio de lei editada e regulamentada por convênio no âmbito do CONFAZ. Contudo, a Constituição dispõe que a alíquota interna não pode ser inferior a alíquota interestadual, salvo se houver deliberação dos Estados por meio do CONFAZ .

O §2º do art. 155 da Constituição Federal dispõe:

Art. 155. §2º

VI - salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, g, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais; (BRASIL, 1988)

Com a propagação da mundialização nas últimas décadas, a competitividade e a concorrência entre as economias mundiais têm aumentado cada vez mais, e esta extrema competição econômica, pode se dar não só pela iniciativa privada, como também pela pública nesse caso os Estados.

Atualmente com a integração de grandes mercados como a União Européia e o fenômeno da globalização, existe uma intensa competição entre as nações para atrair indústrias e grandes investimentos financeiros.

Tais práticas influenciam diretamente no sistema tributário dos países, pois é através da manipulação do referido sistema é que os Estados conseguem atrair indústrias, investimentos no comércio e no turismo, dando origem a uma prática que pode ser definida pela expressão: Guerra Fiscal.

O fenômeno "Guerra Fiscal", é notável no mundo inteiro, com destaque para os "paraísos fiscais". Os paraísos fiscais são em sua maioria, ilhas de colonização portuguesa, inglesa e holandesa, como as Antilhas Holandesas, e as Ilhas Virgens Britânicas, que pelo fato de não terem recursos naturais para fomentar sua economia, optam por atrair grandes investimentos financeiros, oferecendo carga tributária diminuta, e baixo custo de manutenção para seus investidores. Os paraísos fiscais então oferecem várias opções de investimento em áreas como: indústria, serviços

e turismo. Vale ressaltar que esses países dificultam a fiscalização e facilitam a evasão de divisas de outras nações, por isso conseguem atrair grandes investimentos que são utilizados para o seu desenvolvimento econômico.

(FRANCO, 2008 p.6)

Em nosso país ainda existem grandes problemas na área de logística, por isso em muitas situações comerciais o local onde é fabricado o produto é muito distante do local onde esse produto é consumido, tornando o frete oneroso, o que justifica a criação de incentivos fiscais para certos setores da indústria brasileira.

O Brasil é um país de dimensões continentais, possuindo cinco regiões geográficas: Sul, Sudeste, Centro-oeste, Nordeste, e Norte. No cenário econômico atual é notável a desigualdade social e financeira dessas regiões, e pode-se observar que as regiões sul e sudeste são mais desenvolvidas do que as demais regiões.

O Brasil possui uma produção de mercadorias em toda a sua extensão territorial, mas temos que enfatizar que a produção é concentrada nos Estados do Sul e do Sudeste, onde estão os grandes pólos tecnológicos e a indústria de ponta. Por outro lado, os Estados consumidores de menor potencial aquisitivo, em sua maioria, são os Estados do Norte, Nordeste e Centro - Oeste. Com todas essas divergências, muitas Unidades Federativas optam por oferecer incentivos fiscais ou benefícios fiscais para atrair investimentos financeiros e a instalação de indústrias em seu território, proporcionando crescimento econômico exclusivo para o Estado que concede atrativos para indústrias.

A Constituição Federal deu autonomia a todos os Estados Federais para legislar sobre o ICMS, mas devem ser observadas as normas previstas no texto constitucional. Haja vista, que a autonomia de legislar destinada aos Estados brasileiros deve respeitar limites. Ocorre que nos últimos anos, Estados brasileiros passaram a editar leis que concedem a redução da base de cálculo, subsídios e isenção para as operações que incidem ICMS em seu território, sem respeitar os convênios autorizados pelo CONFAZ. Os benefícios fiscais concedidos, têm atraído muitas empresas para se instalarem nos Estados infratores, prejudicando a economia de outros Estados, que insatisfeitos com a arrecadação do imposto de ICMS reduzida, tomam a decisão de entrar com ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade - alegando a inconstitucionalidade das leis que concedem benefícios e incentivos fiscais., dando origem ao fenômeno "Guerra Fiscal", que surgiu no Brasil em decorrência das batalhas judiciais que os Estados Federais travam, nos tribunais superiores: como STJ - Superior Tribunal de Justiça e STF- Supremo Tribunal Federal.,

Os Estados brasileiros ajuízam ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade, que é um instrumento aplicado com a finalidade de controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos,

para impugnar leis que concedem os benefícios fiscais sem a anuência do CONFAZ, uns contra os outros. De modo que, o Estado (classificado no pólo ativo da lide), que interpõe ADI impugnando a lei infratora, institui leis sem base em Convênio no âmbito do CONFAZ, tornando-se também alvo de ADI, sendo incluído no pólo passivo de outra lide com a mesma pretensão judicial de impugnar lei editada de forma unilateral.

Contudo, o número de ADI, interposto pelos Estados, vêm aumentando a cada ano, gerando desgaste do poder judiciário para discutir matéria que é definida como inconstitucional. Acarretando um grande acúmulo de ações, com a mesma pretensão, provocando ainda mais a lentidão dos tribunais para julgar demais ações.

Outro procedimento adotado pelos Estados brasileiros é o financiamento do ICMS pago na importação. Tais financiamentos são realizados por Bancos Estaduais dos entes federativos, que logo depois realizam a compensação por meio de precatórios, Com isso alguns Estados podem perder receitas de arrecadação e a instalação de indústrias devido a estes Estados infratores atraírem empresas com propostas de alíquota de ICMS menor, do que a cobrada pelos demais entes da federação.

2.3.1 Competência do CONFAZ

A Constituição Federal prevê que a lei complementar, deve regular a forma em que os Estados e o Distrito Federal, poderão conceder ou revogar, isenções e benefícios fiscais, com isso, foi criada a Lei Complementar 24 de 1975, que dispõe que os benefícios fiscais, somente poderão ser concedidos com base em convênio, realizado com a presença de cada representante dos Estados Federais no âmbito do CONFAZ.

O **CONFAZ**, Conselho Nacional de Política Fazendária – é órgão deliberativo instituído em virtude de preceitos previstos na Constituição Federal, tendo o dever de promover a eficácia do federalismo fiscal e o equilíbrio tributário entre os Estados. Este órgão é composto pelos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação de cada Estado e Distrito Federal e pelo Ministro de Estado da Fazenda. (CONFAZ, 2013)

Para atingir a sua finalidade, as Secretarias de Fazenda de todos os Estados mantêm uma Comissão Técnica Permanente (COTEPE), que se reúne regularmente, com o objetivo de discutir temas em finanças públicas de interesse comum, para que possam ser decididos nas reuniões periódicas do CONFAZ. (CONFAZ, 2013)

Contudo, todo convênio interestadual deve atender todos os requisitos estipulados pelo CONFAZ, principalmente o de ser aprovado por decisão unânime para ter base legal. Caso contrário se o convênio for criado de maneira unilateral, a lei instituída por ele será inconstitucional e terá seus efeitos nulos,

e se for impugnada por ente federativo tal lei será revogada segundo o entendimento unânime do STF – Superior Tribunal Federal. (CONFAZ, 2013)

A lei complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975 regula os Convênios.

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

§ 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

§ 3º - Dentro de 10 (dez) dias, contados da data final da reunião a que se refere este artigo, a resolução nela adotada será publicada no Diário Oficial da União. (CONFAZ, 1975)

O CONFAZ tem a competência de fiscalizar e interceder na promulgação de todas as leis que concedem benefícios Fiscais, com o intuito de preservar a segurança jurídica de tais dispositivos legais, observando se o efeito da lei que regula redução de alíquotas, subsídio e crédito presumido que irá proporcionar reflexos positivos para a economia de todos os entes federativos, e

impedir que a apenas um ente obtenha benefícios e vantagens e os demais prejuízo, no que tange a arrecadação do ICMS.

2.4 os princípios constitucionais da legalidade, não cumulatividade, e seletividade aplicada ao ICMS;

A Constituição Federal quanto à aplicação do Princípio da legalidade determina que todo e qualquer tributo, deve ser criado por meio de Lei, sendo esta: federal, estadual ou municipal.

No que se refere ao princípio da não cumulatividade, a Constituição Federal determina, que, deverá ser respeitado pelos legisladores dos entes federativos, na edição de suas respectivas leis, que regulam a arrecadação e disposição dos valores arrecadados através do ICMS, é o que se auffer pelo art. 155, §2º, I da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal prevê o princípio da não cumulatividade no art.155:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços; (BRASIL 1988).

O ICMS é imposto que institui a desoneração da cadeia produtiva, permitindo que o imposto pago em uma etapa, gere crédito para as etapas seguintes. Com isso, o princípio da não cumulatividade atua compensando o que for devido em cada operação, com o que foi cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal, impedindo assim a tributação denominada de "efeito cascata", tal efeito ocorreria se houvesse a cumulatividade e se em cada operação o contribuinte fosse obrigado a fazer o pagamento novamente de tal tributo.

Sobre o tema, o STF- Supremo Tribunal Federal dispôs da seguinte forma

O sistema de créditos e débitos, por meio do qual se apura o ICMS devido, tem por base valores certos, correspondentes ao tributo incidente sobre as diversas operações mercantis, ativas e passivas, realizadas no período considerado, razão pela qual tais valores, justamente com vista à observância do princípio da não-cumulatividade, são insuscetíveis de alteração em face de quaisquer fatores econômicos ou financeiros.” (RE 195.902, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 20/11/98)(STF)

A Constituição prevê que a seletividade será facultativa quanto à essencialidade do produto. A população é sempre a prioridade, sendo assim, aqueles produtos que são classificados como essenciais para sobrevivência do povo poderão ter uma alíquota menor, enquanto aqueles produtos considerados supérfluos, terão a alíquota maior. Todavia, a aplicação de tal princípio deverá ser analisada com muita cautela, quanto **a elaboração de uma norma regulamentadora do imposto.**

Constantemente os Estados brasileiros vêm reduzindo a alíquota de produtos considerados essenciais. No entanto, os entes federativos estão utilizando disso, para conceder benefício e incentivos irregulares. A título de exemplo, O Estado de São Paulo, que instituiu o Decreto nº 52.381/2008, que prevê a redução de 100% da base de cálculo de produtos laticínios, todavia tal dispositivo foi editado sem a devida anuência de Convênio no âmbito do CONFAZ.

3 PACTO FEDERATIVO E EQUILÍBRIO FINANCEIRO ENTRE OS ESTADOS BRASILEIROS.

O Pacto Federativo, ou também denominado de Federalismo Fiscal, tem sua definição elencada no rol dos artigos 145 a 162, da Constituição Federal, nos quais, entre outros temas, são previstas as competências tributárias dos entes da Federação. Por outro lado, os artigos 21 a 32 da Constituição Federal dispõem sobre e os encargos ou serviços públicos. (CONJUR, 2013)

No Pacto Federativo os entes federativos possuem capacidade de se autoorganizar, de instituírem suas próprias normas, de se autogovernar e de se autoadministrarem, contudo, sempre deve ser respeitada a integridade territorial da Federação.

A capacidade de se autoorganizar e de criar suas próprias normas se dá em virtude de que os estados membros, através do poder constituinte derivado decorrente, podem estabelecer suas constituições, e logo depois, suas legislações infraconstitucionais, naquilo que forem de sua competência, todavia os entes federativos, devem sempre observar o que dita a nossa Constituição Federal.

Quanto a capacidade de se auto administrar, ao qual possui os Estados, a mesma é caracterizada pelo fato de que é eles quem fazem a sua gestão da coisa pública no âmbito de suas competên-

cias administrativas, legislativas e tributárias, assim dispostas na Constituição Federal.

A Constituição Federal estabelece que cada ente federativo possui uma esfera de competência tributária que lhe garante renda própria.

(MORAES 2009, p.272)

Os estados brasileiros têm como principal arrecadação tributária o recolhimento do IPVA e o ICMS; os municípios o IPTU e o ISS; e a União; o IR, II, IE e o IPI. Contudo a união tem um numero maior de impostos, do que os Estados e municípios brasileiros o que acarreta no desequilíbrio financeiro da arrecadação tributária do entes federais.

O federalismo para Alexandre de Moraes:

A constituição de 1988 adotou como forma de Estado o federalismo, que na conceituação de Dalmo de Abreu Dallari é uma "aliança ou união de Estados", baseada em uma Constituição onde "os Estados que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada.

[...]

A adoção da espécie federal de Estado, gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade, pois como aponta José Roberto Dromi, analisando a federação argentina "a simples federação pura é tão irrealizável quanto um sistema unitário, pois é uma aliança e as alianças não perduram. Como ressaltado por Geraldo Ataliba, "exsurge a Federação como a associação de Estados (foedus, foederis) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal (Sampaio Dória) caracterizado dessa igualdade (Ruy Barbosa), dado que ambos extraem suas competências da mesma norma (kelsen). Dai cada qual ser supremo em sua esfera, tal como disposto no Pacto Federal (Victor Nunes) (MORAES, 2009 p.9)

Acerca do equilíbrio fiscal os Estados Brasileiros devem exercer uma arrecadação tributária justa com o contribuinte, e uma

repartição saudável para aplicação de seus recursos financeiros. Tendo em vista que, com a promoção do equilíbrio financeiro, é que se irá garantir os direitos coletivos, como: saúde, educação e segurança pública.

Todavia, ocorrem diversas práticas que ameaçam o equilíbrio econômico financeiro, isto por que, o sistema tributário atual, gira em torno de uma série de práticas ilegais, como já mencionado dentre elas, as que os Estados concedem benefícios fiscais sem qualquer previsão legal prevista na Constituição Federal.

O ICMS, como já mencionado é o imposto de competência estadual, não vinculado, uma vez que o montante monetário arrecadado com a cobrança desse tributo, sobre o seu fato gerador, deve ser destinado em qualquer necessidade do Estado, como investimentos em saúde, educação, segurança, pública, pavimentação, rodovias, e infraestrutura.

Um dos maiores problemas atuais do Brasil, é no que tange a infraestrutura logística, dentre os eles, podemos citar o déficit na malha rodoviária, as condições ruins das rodovias brasileiras e a precariedade dos portos que provocam dificuldade no escoamento da produção de alguns Estados, resultando na perda de grandes receitas monetária. A logística no cenário nacional é alvo de uma série de problemas que levam a precariedade do setor de transportes no Brasil, influenciando diretamente na necessidade de arrecadação tributária de cada Estado brasileiro.

Todas estas dificuldades mencionadas quanto à logística, e desigualdade de poder econômico entre os Estados, no prisma das operações financeiras, incluindo importações, podem ser parcialmente atribuídas ao desequilíbrio fiscal e econômico entre a União e os Estados. Uma vez que, atualmente a União tem competência para a arrecadação sobre um número maior de impostos, do que os Estados Federais. Mormente, os Estados apesar de arrecadarem pouco valor monetário em relação à União, ainda possuem muito mais competências de gestão e investimento em áreas de teor público do que a União. As competências de cunho econômico, que envolve infraestrutura, no âmbito da industrialização, capacidade energética, logística, tecnologia e disponibilidade de mão de obra, dependem de grandes investimentos monetários. No entanto, muitos Estados não dispõem de recursos financeiros. Todavia, devido a atual desigualdade econômica do país, os Estados para adquirirem receita, para investir em infraestrutura, em educação, segurança, saúde ou simplesmente criar postos de trabalho, recorrem a práticas que consistem em oferecer incentivos fiscais para indústrias, com o objetivo de poderem arrecadar maior valor monetário com o ICMS. Por um lado, o Estado que adota as práticas citadas acima, obtém inúmeros benefícios e por outro, causa um maior desequilíbrio financeiro e fiscal em relação à arrecadação de ICMS de todos os Entes Federais.

Podemos observar que o ICMS é o imposto de maior arrecadação monetária dos Estados, e a alternativa que os Estados possuem é a de incentivar o seu fato gerador, que se dá pela circulação de mercadorias. Com isso os Estados tendem a incentivar a industrialização para produzirem mais e terem um aumento quantitativo da arrecadação provocando uma intensa circulação de mercadorias. Ou seja, quanto mais indústrias o Estado possui instalada em seu território, maior vai ser a circulação de mercadoria que é o principal fato gerador de ICMS, e conseqüentemente maior vai ser arrecadação do referido imposto. Mas para atrair indústrias são necessários alguns atrativos, como os já mencionados, benefícios fiscais, instituídos por meio de leis. O problema é que a necessidade dos Estados em intensificar a criação do fato gerador do ICMS, é tão grande, que os mesmos dependem de forma viciosa em cometer as práticas inconstitucionais citadas neste artigo.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS BENEFÍCIOS E INCENTIVOS FISCAIS SEM BASE EM CONVÊNIO.

Os convênios do ICMS têm a função de uniformizar, em âmbito nacional, a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais pelos Estados (art. 155, § 2º, XII, "g", da CF/1988). Em última análise, trata-se de instrumento que busca conferir tratamento federal uniforme em matéria de ICMS, como forma de evitar a Guerra Fiscal. Por isso é de extrema importância para segurança jurídica do país que os convênios sejam respeitados.

Os Estados estão infringindo as regulamentações dos Convênios e estão adotando práticas inconstitucionais no que tange a edição de leis sem suporte em convênio, contrariando os incisos XII, alínea, g do §2º do art.155 e o inciso VI do §2º do art. 155 da Constituição Federal. . (BRASIL, 1988)

Deste modo, preceitua a Constituição Federal.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...]

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros; [...]

VI - salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, g, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;

XII - cabe à lei complementar

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. [...]

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

XII - cabe à lei complementar:

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (BRASIL, 1988)

Vivemos em um Estado democrático de direito em que todos devem participar das decisões de interesse da sociedade, e estes incentivos e benefícios fiscais influenciam na economia e a na industrialização de um Estado atingindo diretamente na geração de empregos, e no preço dos produtos. Por isso o teor desses dispositivos é de interesse coletivo, e devem ser ratificados por decisão unânime dos representantes de cada Estado brasileiro. Os Convênios são de extrema importância, e notavelmente necessários para segurança jurídica das operações financeiras entre os Entes federativos, por isso devem ser respeitados.

Nessa mesma linha o Renomado autor Sacha Calmon Navarro Coelho discorre sobre a importância dos Convênios.

Os convênios de estados membros relativos ao ICMS e o princípio da legalidade.

O art. 155, XII, diz *caber a lei complementar, na letra g, regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados*"

É ver bem. O que cabe á lei complementar regular o modo como (*modus faciendi*) se processarão os convênios. Evidentemente, a lei complementar não poderá deferir um *colegiado interestadual de funcionários públicos poderes para dar e tirar tributação (isenção e reduções e suas revogações)* sem lei, contra o princípio da legalidade. Esses convênios não são invenção do constituinte de 1988. A carta de 1967 os prevê, numa outra redação menos precisa, e a Lei Complementar nº 24 cumpria a função de regular os convênios. Ocaso é que extrapolou e excedeu os limites processuais que lhe tinham sido baliçado e acabou por transformar estas Assembleias de Estados em verdadeiras Assembleias Legislativas de Estados Membros, sem legisladores eleitos, contra o espírito da constituição. Inexplicavelmente, o judiciário tolerou o agravo.

O Convênio é acordo, ajuste, combinação e promana de reunião de Estados-membros.

A esta comparecem representantes de cada estado indicado pelo chefe do Executivo das unidades federadas. Não é assim, o representante do povo do estado que se faz presente na assembléia, mas o preposto do Executivo, via de regra um Secretário de Estado, usualmente o da fazenda ou das finanças. Nestas Assembleias, são gestados os convênios que só passa a valer depois que as Assembleias Legislativas – casas onde se faz representar o povo dos estados- ratificam os convênios pré-firmados nas Assembleias. Com efeito, não poderia um mero preposto do chefe do executivo estadual exercer competência tributaria impositiva ou exonerativa. Esta e do ente político, não e do Executivo nem do seu chefe, muito menos do preposto, destituível *ad nutum*.

(COELHO 2012 p.182)

Sob a ótica da renomada jurista Misabel Abreu Machado Derzi, a desconfiança entre os entes federais, resulta na inconstitucionalidade de uma série de princípios jurídicos dentre eles constitucionais e tributários, provocando uma série de conflitos fiscais entre os Fiscos, prejudicando os contribuintes brasileiros. Uma das soluções para o problema atual da Guerra Fiscal seria a aplicação abrangente do princípio da proteção da confiança nas relações interestaduais.

A renomada autora dispõe ainda que:

O combate á cultura da desconfiança é essencial para o êxito das mudanças, sejam elas quais forem, pois a confiança permite também alcançar a simplificação, sem os malefícios da desconfiança: deformação das características constitucionais dos impostos e dos valores e princípios jurídicos .(DERZI, 2011 p.72/73)

4.1 As decisões dos tribunais acerca das leis inconstitucionais editadas pelo Estado do Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo;

Todos os Estados brasileiros concedem benefícios fiscais irregulares que são a edição de leis, sem autorização de Convênio no âmbito do CONFAZ, que dão ensejo a Guerra Fiscal, sendo assim os prejudicados entram com Ação Direta de Inconstitucionalidade, pleiteando o ressarcimento dos prejuízos quanto a arrecadação de ICMS, e pedindo a revogação da lei editada pelo Estado concedente de incentivo fiscal irregular. Mas o ápice do fenômeno da Guerra Fiscal dar-se quando os Estados Federados promovem ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade, uns contra os outros o tempo todo, e durante o lapso temporal em que o STF não julga estas ações, as Estados infratores continuam arrecadando o ICMS, por meio da lei inconstitucional, que concede benefícios irregulares. Quando aproxima a data do julgamento das ADI, os Estados revogam a lei que concede os incentivos ou benefícios fiscais de forma unilateral, sendo assim as ADI interposta pelos Estados prejudicados, perdem o objeto. Logo após um tempo, os Estados infratores editam uma nova lei, regulamentando a concessão de benefícios fiscais sem ser editada por meio de Convênio. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade N° 2352, decidiu que houve a perda superveniente de seu objeto. Uma vez que a norma inconstitucional editada pelo Estado do Espírito Santo foi revogada.

Isto posto, assim demonstra o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N° 153-R, DE 16 DE JUNHO DE 2000, EDITADO PELO GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ICMS: CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO. LIMINAR DEFERIDA PELO PLENO DESTA CORTE. REVOGAÇÃO TÁCITA. PERDA DE OBJETO. 1. O Decreto n° 1.090-R/2002, que aprovou o novo regulamento do ICMS no Estado do Espírito Santo, deixou de incluir no rol das atividades sujei-

tas a crédito presumido do tributo "as operações internas e interestaduais com mercadorias ou bens destinados às atividades de pesquisa e de lavra de jazidas de petróleo e gás natural enquadrados no REPETRO", as quais eram objeto de impugnação na presente ação direta. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém a revogação da norma questionada. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada, em razão da perda superveniente de seu objeto. (STF ADI 2352 / ES – Espírito Santo, Rel. Min. Dias Toffoli, DJU: 01/06/2011, Repte: Governador do Estado de Minas Gerais, Intdo: Governador do Estado do Espírito Santo)

(GRIFO DO AUTOR)

As decisões do STF são no sentido de que a lei editada por estado concedendo benefícios fiscais de forma unilateral e sem suporte em convênios intergovernamental no âmbito do CONFAZ é inconstitucional, uma vez que agride o princípio da não cumulatividade e legalidade. O Supremo Tribunal Federal demonstra efetivo repúdio a Guerra Fiscal entre os Estados Federados.

No cenário jurídico nacional pode se observar um grande número de ADI, requerendo a inconstitucionalidade de leis originadas por decretos que concedem os benefícios fiscais.

Os Estados Federais que promovem Ação Direta de Inconstitucionalidade, impugnando a lei editada sem concordância com convênios de outro Estado, também editam leis sem suporte em convênio, instituindo no pólo passivo de Ação direta de inconstitucionalidade. É o caso dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, que constantemente promovem ADI, ou seja, estão no pólo ativo de diversas ações desta classe, e ao mesmo tempo se encontram no pólo passivo de outras ações desta espécie.

Conforme o exposto demonstra os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal.

Na decisão abaixo apresentada, o Estado de São Paulo promove ADI alegando inconstitucionalidade da Lei n° 3.394, de 4 de maio de 2000, regulamentada pelo Decreto n° 26.273, do Estado do Rio de Janeiro. O STF, julgou a ação procedente por decisão unânime:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGITIMIDADE E CAPACIDADE POSTULATÓRIA. DESCABE CONFUNDIR A LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITU-

CIONALIDADE COM A CAPACIDADE POSTULATÓRIA. QUANTO AO GOVERNADOR DO ESTADO, CUJA ASSINATURA É DISPENSÁVEL NA INICIAL, TEM-NA O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NATUREZA DA NORMA E ALCANCE. O fato de a norma disciplinar matéria balizada não a torna de efeito concreto. Este pressupõe a individualização. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe o § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, cumpre ao Advogado-Geral da União o papel de curador da lei atacada, não lhe sendo dado, sob pena de inobservância do múnus público, adotar posição diametralmente oposta, como se atuasse como fiscal da lei, qualidade reservada, no controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo, ao Procurador-Geral da República. "GUERRA FISCAL" PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO – DRIBLE. Surge inconstitucional lei do Estado que, para mitigar pronunciamento do Supremo, implica, quanto a recolhimento de tributo, dispensa de acessórios – multa e juros da mora – e parcelamento. Inconstitucionalidade da Lei nº 3.394, de 4 de maio de 2000, regulamentada pelo Decreto nº 26.273, da mesma data, do Estado do Rio de Janeiro. O Tribunal, por votação unânime e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.394, de 4 de maio de 2000, do Estado do Rio de Janeiro, regulamentada pelo Decreto nº 26.273, editado. (STF, ADI 2906 / RJ – Rio de Janeiro, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 01/06/2011, Reqte, Governador do Estado de São Paulo, Intdo Governador do Estado do Rio de Janeiro). (GRIFO DO AUTOR)

Na decisão abaixo, o Estado do Paraná promove ADI, alegando inconstitucionalidade do Decreto nº 52.381/2007 do Estado de São Paulo, por conceder concessão de crédito presumido e ter sido editado sem suporte em convenio. O STF, julgou a ação procedente por decisão unânime.

INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA. OBJETO. ADMISSIBILIDADE. IMPUGNAÇÃO DE DECRETO AUTÔNOMO, QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS. CARÁTER NÃO MERAMENTE REGULAMENTAR. INTRODUÇÃO DE NOVIDADE NORMATIVA. PRE-

LIMINAR REPELIDA. PRECEDENTES. DECRETO QUE, NÃO SE LIMITANDO A REGULAMENTAR LEI, INSTITUA BENEFÍCIO FISCAL OU INTRODUZA OUTRA NOVIDADE NORMATIVA, REPUTA-SE AUTÔNOMO E, COMO TAL, É SUSCETÍVEL DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 52.381/2007, do Estado de São Paulo. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de base de cálculo e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada "Guerra Fiscal". Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra "g", da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ. (STF, ADI 4152/SP- São Paulo, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe: 01/06/2011, Reqte: Governador do Estado do Paraná, Intdo A/S): Governador do Estado de São Paulo). (GRIFO DO AUTOR)

5. OS REFLEXOS DA GUERRA FISCAL NA ECONOMIA BRASILEIRA

A princípio, a Guerra Fiscal era vista como opção dos Estados mais pobres para atrair investimentos, o que compensava a falta de uma política mais efetiva de desenvolvimento regional. Contudo, o tempo foi passando, e os Estados mais ricos também passaram a praticar a Guerra Fiscal, a qual perdeu força como instrumento de desenvolvimento regional e passou a gerar uma série de distorções altamente prejudiciais ao crescimento do País.

Atualmente no Brasil, uma empresa ao fazer um investimento, a mesma não sabe se seus concorrentes receberão benefícios que podem comprometer sua capacidade de competir e sobreviver no mercado. Essa insegurança leva os empresários a investir menos ou então a exigir um retorno mais alto dos investimentos, prejudicando os consumidores. (FAZENDA, 2013)

Vale ressaltar que a insegurança atinge até mesmo as empresas que receberam incentivos irregulares, inclusive essas empresas não sabem se conseguirão mantê-los, tendo em vista que

às decisões judiciais que reconhecem a inconstitucionalidade dos benefícios concedidos de forma unilateral, obrigam a cobrança retroativa dos impostos que deixaram de ser pagos. Por isso, vários Estados brasileiros não estão aceitando o crédito de ICMS de produtos que receberam incentivos em outras unidades da Federação. (FAZENDA, 2013)

Através do benefício fiscal concedido pelos Estados pode verificar o crescimento econômico do estado que concede o benefício, e a concentração da arrecadação tributária exclusiva para este ente. Contudo, há uma grande perda de postos de empregos e desaceleração da economia brasileira, influenciando negativamente no crescimento do PIB brasileiro, que diminui.

Devido a tributação do produto nacional oriundo de alguns Estados ser mais vantajosa a de outros se torna mais onerosa, este acaba agregando valor maior de venda, e sendo mais caro, o consumidor muitas vezes opta pelo produto importado. Com isso o produto nacional acaba perdendo competitividade com o produto importado, gerando enfraquecimento da indústria nacional e a desindustrialização, que têm como consequência a perda de inúmeros empregos.

O sistema tributário brasileiro é extremamente complexo, e além da complexidade, há o problema da cumulatividade de vários tributos, o que resulta em organização ineficiente da estrutura produtiva, aumento do custo dos investimentos e das exportações e favorecimento das importações. A título de exemplo, estudo recente do Banco Mundial, aponta o Brasil como último colocado, entre 177 países, dispostos em ordem crescente de número de horas por ano, destinadas pelas empresas, ao cumprimento de obrigações tributárias. (WORLD BANK, 2013)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS E SOLUÇÕES

Pode-se concluir que segurança jurídica, lealdade, praticidade e confiança nas relações federativas entre os Estados em conjunto com as relações entre administração e os contribuintes, são requisitos essenciais, necessários para a eficiência financeira da economia do Brasil, bem como a consolidação de um sistema jurídico sobre a ótica do princípio da legalidade.

Contudo, para podermos combater a Guerra Fiscal e atingir um equilíbrio fiscal entre os Estados, devem ser adotadas políticas públicas, que possibilitem o desenvolvimento do sistema de logística brasileira, sendo necessário o investimento de recursos financeiros em desenvolvimento tecnológico, que irão viabilizar a estruturação da malha rodoviária brasileira, e possibilitar a ampliação do sistema portuário brasileiro, consequentemente as Unidades Federativas terão poder econômico para realizar mais operações financeiras, e poderão receber investimentos dos mais variados setores da indústria. Realizando um número maior de operações

no qual incidem o imposto de ICMS, e assim não dependerão de benefícios fiscais, tendo uma arrecadação fiscal que os possibilitem a ter uma receita econômica favorável para investimentos, em saúde, educação, e segurança para a população, consolidando uma autonomia financeira.

O sistema tributário nacional deve implantar algumas medidas, que são de grande valia para o combate a Guerra Fiscal.

- A) *Padronização da legislação estadual pela edição de lei complementar nacional, limitando-se a lei estadual a instituição do tributo em norma de repetição.*
- B) *Uniformização dos deveres administrativos e dos procedimentos das leis estaduais instituidoras do tributo, através de um regulamento editado pelo CONFAZ.*
- C) *Vedação à concessão de quaisquer benefícios e incentivos fiscais ou financeiros vinculado ao imposto.*
- D) *Uniformização das alíquotas do imposto que serão iguais para as operações interestaduais fixadas pela lei complementar e aplicada a cada produto ou serviço por resolução do senado mediante sugestão do CONFAZ. Nesse campo, certa margem de discricionariedade as alíquotas interna deveria ser concedida;*
- E) *Não Cumulatividade, simplificação neutralidade e seletividade do imposto, em razão da essencialidade do produto.* (DERZI, 2011, p.53)

O combate à "Guerra Fiscal", muitas vezes, é utilizado como um artifício para se angariar votos, sendo utilizado como proposta de governo por diversos agentes políticos no período de eleição, por este motivo não há muito interesse em combater esta prática adotada pelos Estados, pois se a Guerra Fiscal fosse erradicada, muitos agentes políticos teriam sua proposta de governo defasada.

Por fim, conclui-se que não há necessidade alguma da reforma tributária para combater a Guerra Fiscal, bastando apenas que o Senado edite uma Resolução que estabeleça a alíquota mínima e a alíquota máxima para que os Estados possam conceder nas operações internas e interestaduais.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº.5.172, de 25 de Outubro de 1966, Institui o Código Tributário nacional. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 18 novembro 2012. > Acesso em 07 de outubro de 2012.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia

para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 20 set 2011. > Acesso em 16 de setembro de 2012.

CONFAZ, *Conselho Monetário Nacional, Lei Complementar n° 24 de 1975* disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/confaz>> Acesso em 26 de maio de 2013.

CONJUR *Pacto Federativo* : <<http://www.conjur.com.br/>> Acesso em 19 de abril de 2013.

COSTA, Alexandre Freitas, *Estudos de Direito Tributário*, Belo Horizonte, Centralde Educação e Cultura, 2011

COELHO, Sacha Calmon Navarro *Curso de Direito Tributário* Rio de Janeiro, Forense 12° Edição, 2012

DERZI, Misabel Abreu Machado *Competência Tributária*. Belo Horizonte, Del Rey, 2011.

FRANCO, Adonilson Artigo Científico A "Guerra Fiscal" na Reforma Tributária Revista Brasileira de Direito Tributário n° 8, p. 6-21, 2008

GRANATO, Marcelo de Azevedo. *ICMS, Guerra Fiscal e Glosa de Crédito sem Base em Convênio*, Revista Dialética de Direito Tributário n°156,

MACHADO, Hugo de Brito *Curso de Direito Tributário* 5 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1992 p. 3-5

MADEIRA, Anderson Soares, *Manual de Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2011

MORAES, Alexandre *Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Atlas 24° Edição

FAZENDA, *Cartilha de reforma tributária* > Acesso em 10 de junho de 2013 <http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2008/fevereiro/cartilha-reforma-tributaria.pdf>

SANTOS, Izequias Estevam dos. *Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica*. 7 ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010. p.196.

SÃO PAULO, *Secretaria de fazenda de são paulo*. Disponível em: <http://www.fazenda.sp.gov.br/oquee/oq_icms.shtm> Acesso em 19 outubro de 2012.

STF- *Supremo Tribunal Federal ADI: ADI 4152,2906, 2352* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em 16 de outubro de 2012.

SENADO FEDERAL *Resolução 22 de 1989* Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=132875> Acesso em 16 de abril de 2013

SECRETARIA DE FAZENDA DE MINAS GERAIS Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br/>> Acesso em 19 de abril de 2013.

[fazenda.mg.gov.br/](http://www.fazenda.mg.gov.br/)> Acesso em 19 de abril de 2013.

WORLD BANK -*Banco Mundial* Disponível em: <<http://www.worldbank.org/>> Acesso em 26 outubro de 2012.

NOTAS DE FIM

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Estagiário. E-mail: emmanuelucas5000@gmail.com

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TETO SALARIAL NAS HIPÓTESES DE CUMULAÇÃO REMUNERADA CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS

Marco Afonso Batista da Silva Júnior¹

RESUMO: Em sua essência, todo trabalho conta, historicamente, com uma contraprestação remuneratória variável de acordo com a atividade exercida. O sistema remuneratório no serviço público é um ponto confuso e nebuloso, permitindo que agentes públicos inescrupulosos ampliem infinitamente seus rendimentos às custas do erário, em detrimento do interesse público. Para por fim a tal abuso, a EC 19/98 inseriu o inciso XI ao art. 37, limitando a remuneração máxima percebida pelos agentes públicos ao subsídio dos Ministros do STF. Esta limitação, entretanto, cria distorções absurdas nas hipóteses de acumulação remunerada de cargos públicos, constitucionalmente permitidas pelo texto do art. 37, XVI CR/88, inserido pela mesma emenda constitucional. Na última década, o STF, o CNJ e até mesmo Deputados Federais enfrentaram parcialmente tal controvérsia procurando disciplinar a aplicação do teto constitucional, o qual era interpretado como geral e irrestrito por diversos julgadores. Considerando as decisões daqueles órgãos e fazendo uma análise sistemática da Constituição da República, concluímos que a fixação de um teto salarial único para os agentes públicos em geral não se afigura lícita nos casos de cumulação de cargos públicos remunerados com permissão constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: teto remuneratório constitucional; cumulação de cargos; (in)constitucionalidade.

ÁREAS DE INTERESSE : Direito Administrativo e Direito Constitucional

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade, o labor sempre tem sido a atividade mais básica e essencial do ser humano, configurando-se como o principal meio de subsistência da espécie humana. Nas palavras de Marx (1984):

O primeiro pressuposto de toda história humana é, naturalmente a existência de indivíduos humanos vivos. O primeiro ato histórico destes indivíduos, pelo qual se distinguem dos animais, não é o fato de pensar, mas o de produzir seus meios de vida. (MARX, 1984, p. 22).

Assim, a história do trabalho se confunde com a história da própria humanidade de uma forma geral. Não obstante sua extensa trajetória e as inúmeras modificações sofridas ao longo de todo esse tempo, todas as suas etapas e modalidades do trabalho: 1) coletiva e solidária das sociedades tribais; 2) produção tributária da sociedade asiática; 3) trabalho escravo; 4) a servidão da sociedade feudal e 5) o trabalho assalariado da sociedade capitalista (adotando a classificação de Knapic, 2004) têm como consequência direta a conquista de meios para a satisfação das necessidades humanas: desde as mais

básicas (como alimentação e habitação) às mais esdrúxulas. Neste ponto, é interessante observar que – afastando os juízos de valoração – até mesmo as atividades ilícitas se prestam essencialmente ao mesmo objetivo.

Temos assim, que o trabalho – independentemente de sua modalidade – conta, historicamente, em sua essência, com uma contraprestação remuneratória variável de acordo com a atividade efetivamente exercida em uma dada época.

Ignorando tal fato, a versão atual da Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), traz em seu Art. 37, XI a seguinte dicção:

Art. 37, XI. A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal,

em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos. (Art. 37, XI da Constituição da República, 1988) [grifos nossos]

Tal dispositivo legal traz uma limitação clara e expressa à remuneração percebida pelos detentores de cargos públicos vinculados à administração pública direta e indireta de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Limitação esta que causa distorções absurdas, podendo penalizar o servidor público que acumula dois cargos constitucionalmente permitidos pelo inciso XVI do mesmo artigo. A sua interpretação literal ensejaria a esdrúxula situação na qual o servidor pouco ou nada receberia pelo exercício do segundo cargo público. Essa situação absurda pode ser exemplificada com clareza tomando por base os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) – cujos subsídios são adotados como teto remuneratório nacional – que poderiam acumular um cargo de professor em universidades públicas à sua função pública de Ministros do STF. Esta hipótese, totalmente legal e extremamente interessante – vez que estimularia a ampliação da qualidade do ensino público – configurar-se-ia como uma hipótese de trabalho absolutamente gratuito. O pagamento de quaisquer valores – por menores que sejam – pelo exercício da docência no setor público excederia o teto remuneratório previsto pelo Art. 37, XI, configurando-se como uma ilegalidade.

A situação fática e jurídica ora apresentada, certamente, nos desperta estranheza e indignação, suscitando diversos questionamentos acerca da legalidade da mesma, bem como de situações correlatas. Diante deste imbróglio, indaga-se se o exercício de cargos ou funções públicas, acumulados com a devida autorização constitucional, sem a justa remuneração pelos serviços prestados estaria em conformidade ao ordenamento jurídico pátrio, ou seja, a incidência do teto salarial nas hipóteses de cumulação remunerada constitucionalmente permitidas é plenamente constitucional?

2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República do Brasil assim dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

(Art. 1º da Constituição da República, 1988) [grifos nossos]

Mais que um princípio, a dignidade da pessoa humana, estampada logo no 1º artigo (inc. III) da Lei Maior, afigura-se como a essência, ou o núcleo basilar e informador de todo o nosso ordenamento jurídico, exercendo – nas palavras de SANTOS, E. R. (2003) – “um papel axiológico na orientação, interpretação e hermenêutica do sistema constitucional”.

Logo após a dignidade da pessoa humana, nosso Magno Texto Republicano (1988), fixa, em seu inciso IV (ainda do art. 1º), “os valores sociais do trabalho[...]” como outro importante fundamento da nossa república. De fato, ambos os fundamentos (Dignidade e Trabalho) estão intimamente relacionados. Milênios de atividades laborativa, em suas mais diversas modalidades e expressões, permitiram-nos consolidar o entendimento de que o trabalho é, sem sombra de dúvidas, um dos instrumentos mais relevantes para a afirmação e realização do ser humano.

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil, como signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, já assumia uma postura extremamente ética e responsável, em defesa do trabalho digno e com uma remuneração justa e satisfatória, nos termos do art. XXIII da referida Declaração:

Artigo XXIII

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure,

assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Contraditoriamente, ao inserir o inciso XI ao art. 37 da CR/88, a Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998 criou, para as hipóteses possíveis de cumulação de cargos públicos uma limitação salarial, ao determinar que a remuneração e o subsídio, decorrentes da cumulação dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderá exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF.

Conquanto imposta em face do interesse público, tal limitação salarial cria distorções absurdas nas hipóteses de acumulação remunerada de cargos públicos, constitucionalmente permitida pelo texto art. 37, XVI da CR/88.

Art. 37, XVI. É vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) de dois cargos de professor;*
 - b) de um cargo de professor com outro técnico ou científico;*
 - c) de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.*
- (Art. 37, XVI da Constituição da República, 1988)*

Conforme evidenciado pelo inciso acima, a título de exemplo, embora o exercício da docência seja passível de acumulação com cargos públicos, em observância estrita ao teto salarial fixado pelo inciso XI ainda do art. 37 (CR/88), tal prática – em determinadas situações – deveria ser exercida mediante ínfimo ou nenhum pagamento, conforme a remuneração do 1º cargo do servidor público se aproxime do teto salarial (o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal).

Distorções como essas atentam claramente contra os princípios da Dignidade da pessoa humana e do Valor Social do Trabalho, na medida em que determinam que o servidor público exerça o seu trabalho com toda perfeição técnica exigida para o cargo cumulado sem, no entanto, oferecer-se uma contraprestação remuneratória adequada. A aberração torna-se ainda mais evidente quando cons-

tatamos que esta limitação é imposta apenas ao exercício de cargos públicos, estando o servidor plenamente livre para exercer a mesma docência aventada acima, porém, no setor privado, percebendo a integralidade da remuneração devida para a função.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012) observa que mesmo o servidor que esteja em regime de acumulação (constitucionalmente permitida) se sujeita a um teto remuneratório único que incidirá sobre a soma da dupla retribuição pecuniária percebida em razão das atividades laborais (públicas) exercidas cumulativamente. Esta interpretação fundamenta-se não somente no art. 37, XI da CR/88, mas também na vedação expressa no final do inciso XVI do mesmo artigo, ao impor a observância obrigatória – em qualquer dos casos de acumulação remunerada permitida – o disposto no inciso XI. No mesmo sentido, o parágrafo 11 do artigo 40 da CR/88, reitera essa limitação aplicando-a, inclusive, aos proventos percebidos em razão de aposentadoria ainda que cumulados com outros proventos ou remunerações oriundas de cargos constitucionalmente acumuláveis.

Art. 40, § 11. Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo. (Art. 40, §11, da Constituição da República, 1988)

Em 2003, com o advento da Emenda Constitucional nº 41, a redação do referido inciso foi alterada. Tal alteração, entretanto, não somente manteve a distorção causada pela EC 19/98, bem como agregou uma complexidade ainda maior, em virtude do estabelecimento de subtetos salariais nos âmbitos dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

3 ATOS DO PODER JUDICIÁRIO

No ano de 2004, em sessão administrativa convocada pelo então Presidente – Ministro Maurício Corrêa, o Supremo Tribunal Federal enfrentou superficialmente a controvérsia estabelecida pela fixação do teto remuneratório constitucional durante o julgamento do Processo Administrativo nº 319269. Em seu voto – o qual fora acompanhado pela unanimidade dos demais Ministros presentes – Maurício Corrêa externou seu entendimento pela inconstitucionalidade da expressão “percebidos

cumulativamente ou não” da nova redação dada ao art. 37, XI pela EC 41/03, no que tange à acumulação de cargos de Ministro do STF e do TSE, conforme se depreende do trecho abaixo:

Entendo, em consequência, que no caso específico não há falar-se em somatório das remunerações para fins de teto. A Constituição Federal, desde sua redação primitiva, não apenas autorizou, mas determinou, que houvesse a acumulação dos cargos de Ministros do STF e do TSE. A letra “a” do inciso I do artigo 119 estabelece que comporão o Tribunal Superior Eleitoral três Ministros do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, assim, de regra permissiva de acumulação e, mais do que isso, imperativo constitucional para que se opere o exercício concomitante dos cargos, daí resultando inviável que outra norma de igual hierarquia impeça, ainda que indiretamente, a incidência e aplicação da previsão constitucional.

É fato que a Emenda não está a vedar, de forma direta, a mencionada acumulação. Nos exatos termos em que colocada, porém, o exercício simultâneo de cargos ficará obstado de forma reflexa, a exigir, desde logo, interpretação conforme a Constituição, de modo a harmonizar, efetivamente, seus comandos. Não é possível aceitar que uma norma autorize e determine a acumulação e outra venha a proibi-la, total ou parcialmente. É inadmissível aqui conflito de normas constitucionais que ostentam igual hierarquia, e por isso mesmo reclama se faça uma ponderação simétrica de seus valores.

Invoco a práxis da interpretação harmônica e teleológica do texto constitucional para concluir que, na situação particular da acumulação dos cargos de Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, autorizada e mesmo determinada pelo artigo 119 da Constituição, não se aplica a cumulação das remunerações para fixação do teto ou, em outras palavras, as remunerações respectivas, para fins da aplicação do inciso XI do artigo 37, que deverão, nesse caso específico, ser consideradas isoladamente. Somente estarão sujeitas à redução se, em uma ou outra situação, per se, ultrapassar o limite fixado pela EC 41/03. É claro que tal raciocínio se aplica, por decorrência lógica, a todas as situações de composição da Justiça Eleitoral. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004)

Mitigando a distorção causada pela limitação estabelecida pela imposição do teto remuneratório, a Emenda Constitucional nº 47 de 5 de julho de 2005 (com efeito retroativo a 30/12/2003, data da entrada em vigor da EC nº 41/03) introduziu o parágrafo 11 ao artigo 37, excluindo as parcelas de caráter indenizatório da incidência do teto.

Art. 37, § 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. (Art. 37, §11, da Constituição da República, 1988)

A aludida exclusão fundamenta, por exemplo, não somente a garantia de pagamento das indenizações asseguradas ao servidor federal para fins de ajuda de custo, diárias e transporte (conforme art. 51 da Lei 8.112/1990), mas também o justo pagamento aos magistrados e procuradores eleitorais que acumulam funções nos Tribunais Eleitorais, fazendo jus às gratificações de presença nas sessões de julgamento da Justiça Eleitoral previstas na Lei 8.350/1991. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, no Processo Administrativo 19.451/DF do Tribunal Superior Eleitoral proferiu seu voto nos seguintes termos – sendo acompanhado pela unanimidade dos demais Ministros do Tribunal:

Em face da entrada em vigor da Lei nº 11.143, de 26 de julho de 2005, e da Resolução nº 306, editada pelo STF em 27.7.2005, e dos comandos do § 11 do art. 37 da Constituição Federal, introduzidos pela Emenda Constitucional ns 47/2005, parece-me mantida apenas a gratificação de presença dos membros dos tribunais federais, por sessão a que compareçam, até o máximo de oito por mês, nos termos do art. 1 – da Lei nº 8.350/1991.

Por essas razões, meu voto é pelo esclarecimento à Secretaria desta Corte de que, no sistema normativo em vigor, somente há previsão legal para o pagamento da gratificação de presença por sessão de julgamento eleitoral. (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2005)

No ano seguinte - em 21 de março de 2006 - o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no exercício da sua competência como controlador da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, zelando pela observância do art. 37 (CR/88) – conforme previsão expressa do art. 103-B, §4º, II da CR/88, procurou regulamentar a aplicação do teto remuneratório constitucional sobre a remuneração percebida pelos membros do Poder Judiciário, editando a Re-

solução nº 13/2006. O referido documento não somente ratificou a decisão do STF no Processo Administrativo nº 319269 (comentada anteriormente), bem como ampliou expressa e taxativamente (em seu art. 8º) a imunidade à incidência do remuneratório de verbas classificadas em quatro categorias distintas, a saber: I) de caráter indenizatório, previstas em lei (ajuda de custo com transporte, mudança, moradia, funeral, dentre outras); II) de caráter permanente (exercício do magistério e benefícios de planos de previdência); III) de caráter eventual ou temporário (benefícios de assistência médico-social e educacional, gratificação do exercício da função eleitoral e do magistério por hora-aula) e IV) abono de permanência.

Focando-se no objeto do presente estudo, destaque merece ser dado – à acertada permissão do CNJ para a extrapolação do teto constitucional aos magistrados que exerçam o magistério no âmbito do Poder Público, independentemente da modalidade de pagamento (proventos, vencimento-base ou horas-aula) realizada, conforme arts. 8º, II, “a” e III, “e”, reproduzidos abaixo:

Art. 8º Ficam excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional as seguintes verbas:

II - de caráter permanente:

a) remuneração ou provento decorrente do exercício do magistério, nos termos do art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal;

III - de caráter eventual ou temporário:

a) gratificação de magistério por hora-aula proferida no âmbito do Poder Público;

(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2006)

Embora dê um grande passo na regulamentação da aplicação do teto remuneratório constitucional, a Resolução 13/2006 do CNJ está longe de resolver em definitivo a polêmica em torno da incidência do teto salarial nas hipóteses de cumulação remunerada permitidas constitucionalmente. Primeiro por se tratar de uma resolução com jurisdição restrita aos Membros do Poder Judiciário. Segundo por abordar apenas o exercício cumulado de um cargo público com o magistério, nada versando sobre o exercício cumulado de cargos na área da saúde, permitido pelo art. 37, XVI, “c”.

4 PROJETO DE LEI

No intuito de aperfeiçoar a norma contida no art. 37, XI, possibilitando o cumprimento com pleno rigor do limite remuneratório determinado pela Constituição, sem depender de interpretações variadas dos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, a deputada federal Perpétua Almeida (PCdoB / AC) propôs, em 15 de março de 2011, o projeto de lei nº 714 que dispõe – nos termos da ementa do projeto – “sobre a aplicação, no âmbito da União, do

teto de retribuição na administração pública fixado pelo art. 37, XI, da Constituição”. Inicialmente, o projeto qualifica taxativamente os agentes públicos que se submetem ao teto remuneratório. Na sequência, arrola as parcelas que, por sua natureza, não estão sujeitas a tal limite constitucional. Neste ponto, a deputada federal praticamente transcreve a Resolução nº 13/2006 do CNJ, ao fixar as ressalvas e verbas imunes ao teto. A parlamentar, entretanto, omitiu-se acerca da incidência do teto nas hipóteses de cumulação permitidas pelo art. 37, XVI. Nem mesmo o exercício do magistério foi abordado (como fora na Resolução 13/2006 do CNJ). Neste aspecto – da cumulação de cargos – a deputada limitou-se a estabelecer uma ordem de precedência para a dedução de eventuais excessos remuneratórios e imputar aos órgãos pagadores a responsabilidade pelo fiel cumprimento do teto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O sistema remuneratório no serviço público é um dos pontos mais confusos do regime estatutário”, conforme adverte Carvalho Filho (2012). A imoralidade administrativa, o grande choque de interesses, a simulação da natureza das parcelas estipendiais, o escamoteamento de vencimentos, tudo, enfim, acaba por gerar uma enorme confusão, suscitando uma infinidade de soluções distintas para casos iguais e uma única solução para hipóteses diferentes. Tal fato não pode, entretanto, ser solucionado pela imposição de uma norma única que ignora e fere diversos princípios constitucionais.

Diante de todo o exposto acima, verifica-se que a fixação de um teto salarial único para todos os detentores de cargos ou funções públicas da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) previsto pelo art. 37, XI da CR/88, embora perfeitamente compreensível, aceitável e desejável – numa primeira análise – em prol do interesse público primário, não se afigura lícita nos casos de cumulação de cargos públicos remunerados com permissão constitucional. Inicialmente em razão da permissão expressa do art. 8º da Resolução 13/2006 do CNJ para a extrapolação do teto no exercício da magistratura e do magistério. Conforme observa Di Pietro (2012):

[...]o princípio da razoabilidade e o princípio do ubi eadem est ratio eadem est jus dispositivo (onde existe a mesma razão deve reger a mesma disposição legal) exigem que a mesma interpretação seja adotada em relação aos servidores que acumulam cargos ou proventos com base no art 37, XVI da Constituição. (DI PIETRO, 2012)

Ademais aplicação do teto salarial único, como se viu, afrontaria

os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da razoabilidade, além dos valores sociais do trabalho. Assim, o presente estudo conclui pela necessidade de flexibilização da aplicação do limite constitucional estabelecido pelo art. 37, XI da CR/88, permitindo-se a aplicação de teto diferenciado para os servidores públicos que acumulem cargos em perfeita consonância com a Constituição da República, rechaçando a possibilidade de o Poder Público poder exigir o exercício de cargos, funções e empregos sem a devida remuneração.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. Metodologia da pesquisa jurídica. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boitex, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 714 de 15 de março de 2011. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da União, do teto de retribuição na administração pública fixado pelo art. 37, XI, da Constituição. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EBA9CB08DD16F53134C1EA6DE983CF6C.node1?codteor=848882&filename=PL+714/2011>. Acesso em: 18 mai. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 27 abr. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.350 de 28 de dezembro de 1991. Dispõe sobre gratificações representações na Justiça Eleitoral. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8350.htm>. Acesso em: 27 abr. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.143 de 26 de julho de 2005. Dispõe sobre o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, referido no art. 48, inciso XV, da Constituição Federal, e dá nova redação ao caput do art. 2º da Lei no 8.350, de 28 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11143.htm>. Acesso em: 27 abr. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 27 abr. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 41 de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 27 abr. 2013.

vil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 27 abr. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 47 de 5 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc47.htm>. Acesso em: 4 mai. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo Administrativo 19.451/DF. Relator: Ministro Gillmar Mendes. Sessão de julgamento: 6.9.2005. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=19451&processoClasse=PA&decisaoData=20050906&decisaoNumero=22073>>. Acesso em: 11 mai. 2013.

BULOS, Uadi Lamêgo. Constituição Federal anotada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. XXX.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

KNAPIK, Márcia Carneiro. O Trabalho Humano: Das sociedades comunais ao modo de produção feudal. Curitiba: Gráfica Popular, 2004.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. São Paulo: Atlas, 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A ideologia alemã. São Paulo: Centauro, 1984.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. IXVII.

NOTÍCIAS STF. Ministro Maurício Corrêa divulga voto que definiu o teto salarial do STF. Terça-feira, 10 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62155&caixaBusca=N>>. Acesso em: 4 mai. 2013.

NOTÍCIAS STF. Supremo divulga Ata da 1ª Sessão Administrativa de 2004 que definiu teto salarial do STF. Quinta-feira, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62183&caixaBusca=N>>. Acesso em: 4 mai. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 22 set. 2012.

NOTA DE FIM

1 Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva - Belo Horizonte, MG.

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Henrique Oliveira Bontempo¹

RESUMO: O presente artigo analisa a possibilidade de produção de provas *ex officio* pelo juiz criminal à luz da eleição constitucional do sistema acusatório. Para tanto é feita uma análise dos sistemas acusatório e inquisitivo para concluir qual é o sistema processual brasileiro. A partir daí, pretende concluir sobre a constitucionalidade a iniciativa probatória do juiz no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: iniciativa probatória, sistema acusatório, sistema inquisitivo, inconstitucionalidade, imparcialidade.

1 INTRODUÇÃO

Os sistemas processuais vêm, ao longo do tempo, sofrendo diversas mudanças. Foram evoluindo de suas fases primitivas até as mais modernas.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, adotou-se claramente um regime democrático de direito no Brasil, repercutindo inclusive no plano processual penal nacional. O regime democrático trouxe consigo o princípio da imparcialidade, verificando-se nesse ponto o problema, enquanto o sistema acusatório zela pela imparcialidade do magistrado o sistema inquisitivo o despreza.

Dessa forma, sob a análise do sistema processual penal adotado no Brasil e do princípio da imparcialidade, intenta-se certificar se seria possível, após a Constituição Federal de 1988, a iniciativa probatória do magistrado no processo penal.

Ademais, pretende-se obter um posicionamento concreto sobre a constitucionalidade do artigo 156 do Código de Processo Penal que autoriza ao juiz determinar de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, além de autorizar também, a produção antecipada de provas consideradas urgente antes de iniciada a instrução penal.

2 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Inicialmente, para melhor compreensão do tema abordado, deve-se tecer o conceito do princípio da imparcialidade, que surge como um dos pilares do sistema acusatório. Segundo esse princípio, o juiz deve se manter distante da persecução penal, estando isento de qualquer relação com as partes e aos fatos da causa. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2011, p. 123), leciona que:

A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do

que isso, exige uma posição de terzietà, um estar alheio aos interesses das partes na causa [...]

O Estado, nesse caso específico o juiz, deve se manter imparcial perante as partes, jamais tendo interesse em uma e desinteresse em relação à outra. Deve sempre buscar dar a cada caso uma decisão justa e livre de vícios de interesse.

Para garantir que essa imparcialidade esteja presente é necessário que o juiz seja independente, motivo pelo qual o magistrado possui benefícios como as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios, previstos no artigo 95 da Constituição. Com esses benefícios o juiz se sente livre para julgar de acordo com o seu livre consentimento, pois sabe que independentemente de sua decisão o seu cargo estará garantido e com os seus vencimentos.

Ademais, sobre a as garantias dadas aos magistrados, Paulo Rangel (2011, p.20) explica que:

As garantias constitucionais a que nos referimos (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) não pertence à pessoa física do juiz, mas sim à sociedade, que tem o direito de ver os conflitos de interesse de alta relevância social solucionados de forma justa e imparcial.

O princípio da imparcialidade é o meio para garantir a observância dos demais direitos previstos na legislação, sendo através dele que a jurisdição se dá de forma plena, sem a interferência de vontades de cunho pessoal, estando somente acompanhada de anseios legais.

3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS

3.1 O sistema inquisitório

O sistema inquisitório tem como principal característica a

acumulação das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa: o juiz. Essa característica se dá pelo fato de o juiz poder iniciar a persecução penal, investigando o caso, valorando as provas e posteriormente chegando a um entendimento sobre o fato ocorrido. Assim, restando claro a falta de imparcialidade do juiz diante do caso, conforme preceitua Aury Lopes Júnior (2011, p. 57):

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre o acusador e o acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Outra característica é a falta do contraditório e da ampla defesa, o que torna o acusado mero objeto da investigação, como cita-se acima. O acusado não detém qualquer garantia, não existindo debates ou publicidade dos atos. O processo é regido pelo sigilo, longe dos olhos do povo, impossibilitando qualquer outra verdade se não a do juiz-inquisidor.

O magistrado utiliza-se de qualquer meio necessário para punir o acusado. Assim, o réu fica a mercê do inquisidor para fazer o que for necessário para comprovar as alegações feitas em seu desfavor, inclusive, na época em que foi criado este modelo processual, utilizava-se principalmente da tortura. Isso se dava em razão do sistema de prova tarifada adotada no modelo inquisitivo, onde cada prova era valorada com critérios anteriormente estabelecidos, tornando uma prova apta, por si só, para condenar o acusado.

O processo inquisitório baseou-se, sempre, na busca pela verdade real ou absoluta, devendo o juiz-inquisidor indagar a verdade por todos os meios possíveis, o que fundamenta o sigilo, e a ausência do contraditório e da ampla defesa.

3.2 O sistema acusatório

Como antítese ao sistema inquisitivo, o sistema acusatório apresenta-se com o ideal de garantir os direitos fundamentais individuais do ser humano. Não é admitido que o acusado seja mero objeto de prova no processo, devendo figurar na posição de sujeito processual.

A principal característica do sistema acusatório é a separação das funções de acusar, julgar e defender em pessoas diferentes. Não existe o juiz-inquisidor ou investigador, não ficando concentrados no

magistrado os poderes de investigar e julgar o acusado. Há a ideia do juiz garantidor da legalidade investigatória.

Nesse âmbito, o Ministério Público é titular da ação penal, o juiz se restringe a julgar o caso de acordo com as provas a ele entregues. Consequentemente, preza-se pela imparcialidade do magistrado, mantendo seu equilíbrio por estar distante do conflito, somente adotando as providências necessárias.

Há que se ressaltar outra diferença entre o sistema inquisitório e o acusatório, que é a publicidade. No primeiro, os atos processuais são realizados em segredo para que não haja brecha para questionamentos. Como o sistema inquisitivo é fundamentado na busca da verdade real, a publicidade poderia colocar em dúvida as decisões dos juízes.

Já o sistema acusatório é regido pela publicidade dos atos processuais. Isto, "por um lado, decorre da necessidade da participação da sociedade na gestão das decisões judiciais e, por outro lado, possibilita ainda a fiscalização da atuação do Juiz e demais agentes responsáveis pela prestação da função jurisdicional" (PRADO *apud* FARIA, 2011, p. 27).

Afirma, ainda, Geraldo Prado (2001, p. 176) sobre a publicidade:

[...] por cujo meio podem os cidadãos controlar, adequadamente, o cumprimento das exigências de respeito aos direitos básicos, além da moralidade e impessoalidade da ação estatal, ficando limitada a publicidade, sem perigo inaceitável para o sistema, somente nas situações pertinentes à preservação de outros direitos fundamentais, por meio da coordenação do exercício de tais direitos, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Seguindo a ideia de garantismo penal, ao contrário do modelo inquisitório, os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. "O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas" (RANGEL, 2011, p. 51). Ademais, Alexandre de Moraes (2005, p.93) preceitua a ampla defesa e o contraditório da seguinte maneira:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa opor-se-lhe ou

de dar-lhe a versão que melhor apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Efetivamente, sobre o contraditório, ensina Fernando Capez (2010, p. 62-63) que:

[...] exprime a possibilidade, conferida aos contendores, de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz. Nessa ótica, assumem especial relevo as fases da produção probatória e da valoração das provas. As partes tem o direito não apenas de produzir suas provas e de sustentar suas razões, mas também de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional.

Então, podemos dizer que o sistema acusatório é totalmente voltado a manter as garantias fundamentais individuais e “que respeita a proibição do *ne procedat iudex ex officio*, isto é, não cabe nunca ao juiz ideal imiscuir-se, *sponte sua*, na atividade de colheita (principalmente preliminar) de provas ou da de acusar” (GOMES *apud* FARIA, 2011, p. 28).

3.3 O sistema processual brasileiro

Diante do exposto, cabe analisar qual seria o sistema processual adotado, para posteriormente analisar se seria possível ou não a produção de prova *ex officio* pelo juiz no processo penal.

Apesar de o Código Processual Penal de 1941 ter sido feito sobre um ideal autoritário e com características inquisitivas, a Constituição Federal de 1988 trouxe, abraçada consigo, o sistema acusatório. Dessa forma, alguns doutrinadores trazem até um terceiro sistema, o sistema misto, para se referir ao modelo processual penal brasileiro.

Tal sistema seria uma verdadeira mistura entre características do sistema acusatório e do sistema inquisitivo, sendo dividido em duas fases. A primeira fase com características inquisitivas e a segunda com características acusatórias. Em síntese, Paulo Rangel (2011, p. 52) elucida essas fases da seguinte forma:

1ª) instrução preliminar: nesta fase, inspirada no sistema inquisitivo, o procedimento é levado a cabo pelo juiz, que procede às investigações, colhendo as informações necessárias a fim de que se possa, posteriormente, realizar a acusação perante o tribunal competente.

2ª) judicial: nesta fase, nasce a acusação pro-

priamente dita, onde as partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público.

No entanto, a caracterização do sistema processual brasileiro como sendo misto não é aceito por alguns doutrinadores. Eugênio Pacelli (2013, p. 13) preleciona que:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo, E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.

Ademais, para outros doutrinadores, o sistema processual brasileiro é um sistema acusatório, mas que não se trata de um sistema puro, existem ainda resquícios do sistema inquisitivo. Nesse sentido são os ensinamentos de Paulo Rangel (2011, p. 54-55):

Assim, nosso sistema acusatório hodierno não é puro e sua essência. Traz resquícios e ranços do sistema inquisitivo; porém, a Constituição deu grande avanço ao dar ao Ministério Público privatividade da ação penal pública. Em verdade, o problema maior do operador do direito é interpretar este sistema acusatório de acordo com a Constituição e não de acordo com a lei ordinária, pois, se esta estiver em desacordo com o ela estabelece, não haverá recepção, ou segundo alguns, estará revogada.

Em face ao exposto, verifica-se que o sistema processual brasileiro, por mais que a Constituição tenha adotado o sistema acusatório, ainda possui resquícios inquisitivos. Dessa forma, conclui-se em concordância com o ilustre doutrinador Paulo Rangel, que o sistema processual brasileiro é acusatório, mas que não é puro em sua essência.

4 A INICIATIVA PROBATÓRIA

Uma vez concluído qual é sistema processual brasileiro, cabe analisar se seria possível a produção de prova *ex officio* pelo magistrado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que adotou claramente o sistema acusatório, o que deveria ocorrer seria uma adequação das leis nesse sentido, no entanto isso não parece ter

ocorrido no que tange a iniciativa probatória do magistrado.

A reforma do Código de Processo Penal, em 2008, modificou o artigo 156, que agora prevê a possibilidade de o juiz de ofício determinar, no curso da instrução ou, antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante e mais, até mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes. Dessa forma, atuando o juiz de forma inquisitória no processo.

Porém, "a reforma, nesse caso, adota o princípio inquisitivo, colocando no centro da colheita da prova em total afronta à Constituição Federal, que adota o sistema acusatório (art. 129, I, CR)" (RANGEL, 2008, p. 461).

No sistema acusatório as funções de investigar, acusar e julgar são divididas entre órgãos diferentes para que o juiz seja imparcial ao julgar. Assim, a produção de provas por parte deste ofende diretamente o princípio da imparcialidade.

Ademais, sobre a imparcialidade, esclarece Aury Lopes Júnior (2011, p.176) que:

A imparcialidade do julgador decorre, não de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação. Não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório. Por isso a importância de mantê-lo longe da iniciativa probatória, pois quando o juiz atua de ofício, funda uma estrutura inquisitória.

Dessa forma, não seria aceitável a ideia de um juiz imparcial que determina a realização de uma diligência. Se ele já se manifestou nesse sentido, já é nítida a sua imparcialidade, conforme o entendimento de Paulo Rangel (2008, p. 461):

Ora, como imaginar um juiz isento que colhe prova no inquérito, mas não leva em consideração na hora de dar sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente isento.

Desta maneira, o juiz ao produzir prova estaria desigualando as forças produtoras de prova, ferindo também, os princípios do contraditório e da ampla defesa conforme ensina Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 326):

O juiz não poderá desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defe-

sa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais.

Ademais, para clarear essa ideia de violação ao contraditório, cabe mencionar os dizeres de André Faria (2011, p.124):

O princípio do contraditório, por sua vez, também fica diretamente comprometido, pois, ao se permitir que o juiz assuma a iniciativa probatória, cria-se uma situação em que o acusado deve se defender das investidas da acusação e também do juiz, de modo que a simétrica paridade exigida no procedimento torna-se inalcançável.

Assim, observa que o juiz estaria, ao produzir prova, enfraquecendo uma parte do processo e fortalecendo outra, além de estar pendendo para um lado, colocando sua imparcialidade em dúvida. Nesse sentido, é o entendimento de Geraldo Prado (2001, p 158):

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios provas que sequer foram consideradas pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, aqui igualmente se verificará, na medida em que o juiz se fundamentara, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importantes para o deslinde da questão, o que afastará da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição esta apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.

Dessa forma, é evidente a característica inquisitória do juiz no mencionado artigo, tratando-se de um verdadeiro retrocesso que, de acordo com Eugênio Pacelli (2013, p. 334) "é também inaceitável".

Pauta-se pela busca de uma suposta verdade real para dar poderes instrutórios ao magistrado, o que evidentemente retira dele a sua imparcialidade, afastando-se do acusado e se pendendo para o lado da acusação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a produção de prova *ex officio* pelo juiz no processo penal brasileiro é uma afronta a Constituição Federal de 1988. Não se pode falar em um juiz inquisidor diante do princípio acusatório adotado pela Carta Magna.

A produção de provas pelo magistrado retira deste a imparcialidade necessária para enfrentar e julgar o caso. E esta imparcialidade é imprescindível no sistema acusatório de processo.

Ademais, é uma afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Se a acusação não cumpre com a obrigação que lhe foi atribuída, qual seja, de produzir as provas necessárias a condenação do réu, não cabe ao juiz tomar o seu lugar, pois ao fazer isto estaria desigualando as forças entre acusação e defesa.

Por fim, há que se concluir que o artigo 156 do Código de Processo Penal é flagrantemente inconstitucional. A reforma de 2011 ao invés de adequar-se ao modelo processual constitucional, afastou-se do mesmo praticando um verdadeiro retrocesso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v.1.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOTA DE FIM

1 Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ROMPIMENTO DO NOIVADO

Nathália Pimenta Braga¹

RESUMO: O noivado ou esponsais é um instituto milenar. Desde a época do Império Romano, este instituto era tratado socialmente como um compromisso entre as partes, cujo desfazimento da promessa de casamento ensejava o direito às perdas e danos. Para o Direito Moderno, em especial para o Direito Brasileiro, o noivado continua a ser a fase intermediária entre o namoro e o casamento, em que os nubentes preparam a si e aos seus familiares, para vivenciarem uma nova etapa de suas vidas em comum. Entretanto, legalmente, deixou de ser tratado como um fato gerador de direitos e deveres, posto que não é mais regulamentado pelo ordenamento jurídico pátrio. Isso não nos exime de alargar tal discussão, questionando a existência da responsabilidade civil dentro do noivado, e da possível abrangência da mesma em relação aos danos gerados pelo seu rompimento.

PALAVRAS-CHAVE: noivado; rompimento; responsabilidade civil; indenização; dano moral/material.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

O noivado, como é conhecido popularmente, é considerado como uma promessa de casamento realizada entre duas pessoas, livres e desimpedidas, com o objetivo de estreitar as relações, ampliar a intensidade na convivência e tornar pública a intenção de casar, perante, em especial, suas famílias.

Devido à questão cultural, muitos casais ainda optam por noivar antes de casar, mas tal fato não obriga os nubentes a contrair matrimônio, haja vista não ser requisito próprio e inerente ao casamento. Além disso, admitir a obrigação do casamento estaria violando o princípio da livre manifestação de vontade.

Neste caso, quando um dos nubentes, injustificadamente, resolve não se casar, tem-se o rompimento do noivado que é o tema central deste estudo. Desse modo, Américo Luís Martins da Silva (1999, p. 359) afirma:

Até aquele momento qualquer dos noivos é livre de se arrepender, não podendo, de qualquer modo, o arrependido ser compelido a casar. Portanto, é possível o rompimento unilateral e injustificado da promessa de casamento que traga dano a um dos noivos.

O rompimento injustificado do noivado, por sua vez, acarreta ao nubente prejudicado um sentimento de tristeza, dor, mágoa, raiva, constrangimento, humilhação perante amigos e parentes, frustração de sonhos e expectativas, sem contar os prejuízos materiais decorrentes de toda a preparação para o futuro casamento.

Sendo assim, a atitude do nubente que após assumir a promessa de casamento, oriunda de uma relação séria, com um intenso

relacionamento próximo às famílias de ambos, desiste de casar sem motivo plausível, configura atitude culposa e causadora de prejuízos? Inclusive, sendo passível de indenização? É importante destacar que a primeira será a pergunta norteadora desta pesquisa.

Como a legislação pátria se omitiu quanto ao instituto do noivado e seus efeitos, a doutrina e a jurisprudência vêm avaliando a possibilidade de responsabilização civil pelo rompimento da promessa de casamento sem que se caracterize, de forma alguma, uma mercantilização das relações afetivas.

Nesse mote, é relevante efetuar este estudo, pois o tema a ser desenvolvido é atual, uma vez que os relacionamentos amorosos estão cada vez mais frágeis e, por isso, menos duradouros. Ademais, está crescente o número de demandas no Poder Judiciário a fim de se alcançar soluções que amenizem os prejuízos oriundos deste rompimento.

Os objetivos são: a) geral: demonstrar que, apesar do noivado ser apenas uma promessa de casamento, o seu rompimento injustificado pode acarretar sérios danos ao nubente prejudicado, configurando-se a responsabilidade civil; b) específicos: analisar o noivado no atual direito de família brasileiro; verificar a responsabilidade civil sob a perspectiva do rompimento do noivado; delimitar as possibilidades de indenização; pesquisar o entendimento jurisprudencial acerca do tema.

Na elaboração do artigo científico foi utilizado o método indutivo, operacionalizado pela pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Cumpre ressaltar que este método consiste basicamente em obter conclusões gerais a partir de premissas particulares. No entanto, por fundamentar-se em premissas e ser passível de falhas, conduz apenas a conclusões prováveis.

2 INSTITUTO DO NOIVADO OU ESPONSAIS

2.1 Breve Histórico

O noivado, também chamado de esponsais, é considerado um dos institutos jurídicos mais antigos da história do direito ocidental, haja vista que o matrimônio desde sua origem, foi precedido pelo noivado. Por estar vinculado à futura realização do casamento, o seu descumprimento poderia gerar sanções aplicáveis àquele nubente inadimplente.

No Direito Romano, os esponsais² significavam promessa solene de contrair casamento futuro (*sponsalia sunt mentio et re promissio nuptiarum futurarum*). O contrato esponsalício era firmado através de um instrumento particular ou reduzido à escritura pública lavrada por tabelião local, devendo ser assinada pelos próprios esponsais, por seus pais e, na ausência destes, pelos tutores ou curadores, acompanhados de no mínimo duas testemunhas.

Contudo, apesar da seriedade que revestia este compromisso, os contraentes não eram obrigados a se casarem e o desfazimento desta promessa dava direito a uma ação de perdas e danos denominada *actio de sponsio*. Todavia, entendia como rompimento devido e justo, aquele que se caracterizava pelo falecimento de uma das partes, pelo advento de impedimento matrimonial ou pela vontade de um dos nubentes baseada em causa legítima.

Em nosso antigo ordenamento jurídico, os esponsais estavam expressamente disciplinados na Lei de 06 de outubro de 1784, conhecida por Lei dos Esponsais, e pelos artigos 76 a 94 da Consolidação das Leis Civis de 1858, criada por Teixeira de Freitas. Naquela época, os esponsais, assim como no Direito Romano, possuíam caráter contratual cujo descumprimento resolvia-se em perdas e danos.

Com o advento da Lei de Casamento Civil de 1890 e, posteriormente, com o Código Civil de 1916, o instituto dos esponsais deixou de ser regulamentado. E, assim também o fez o vigente Código Civil de 2002. Neste contexto, é de grande valia destacar o que Maria Helena Diniz (2002, p. 48) aduz sobre o assunto:

Com a Lei de Casamento Civil de 1890, o Código Civil de 1916 e o novo diploma legal deixou tal promessa de ser regulamentada, surgindo então dúvidas sobre a sua validade, sobre os casos em que se admite sua ruptura, sobre a questão de saber se seu rompimento acarreta ou não reparação de danos, sobre o prazo de prescrição de sua cobrança etc.

2.2 Visão Atual do Noivado

Atualmente, o noivado possui em sua essência o mesmo significado que lhe foi dado antigamente. É um compromisso realizado entre duas pessoas que antecede a realização do casamento.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 104), o noivado, também conhecido por esponsais, promessa esponsalícia ou promessa de casamento, "é o ato pelo qual as partes interessadas prometem, recíproca e livremente, casar e, para tanto, assumem obrigações recíprocas, como o pagamento das despesas com a habilitação para o casamento, o enxoval (...)".

Ainda, na visão de Fernando Fueyo Laneri (1959, *apud* DINIZ, 2002, p. 48), havendo a promessa recíproca de casamento irá "facilitar a passagem da posição de estranhos à de cônjuges e justificar à sociedade a convivência mais contínua e mais íntima dos noivos, sendo, simplesmente, um ato preparatório do matrimônio".

Ressalta-se que, com a mudança da sociedade, o noivado pode acontecer entre duas pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes.

Trata-se, portanto, de uma realidade social intermediária, que se encontra acima do namoro e abaixo do casamento. E, por isso, espera-se do noivado a existência de um compromisso moral entre os nubentes, em que ambos se doam um para o outro, planejam um futuro próximo juntos e programam suas vidas em comum. Enfim, faz-se de tudo para concretizar o grande sonho de um dia se casar e ser feliz, embora o seu cumprimento não seja obrigatório.

Este instituto, hoje, não é dotado de formalidades contratuais. E, em que pese não receba expresso tratamento legal em nosso ordenamento jurídico, há a necessidade de seu reconhecimento como fato gerador de direitos e deveres entre os nubentes.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Generalidades

A princípio, a ideia de responsabilidade civil pode ser retirada do próprio sentido etimológico das palavras que a compõem. O vocábulo "responsabilidade" advém do latim *respondere*, que significa responder a alguma coisa, assegurar, assumir algo que praticou, enquanto que o termo "civil" se refere ao cidadão.

Dessa junção, tem-se que a responsabilidade civil está diretamente ligada à conduta humana que causa danos às outras pessoas, ou seja, é sempre uma obrigação imposta a alguém para reparar o dano, seja moral e/ou patrimonial, causado a outrem em razão de sua ação ou omissão.

A doutrina tem enfrentado muita dificuldade para conceituar adequadamente a responsabilidade civil. Há autores que entendem que tal responsabilidade está relacionada à culpa, outros na reparação do dano, sem contar naqueles que possuem uma visão mais ampla, no sentido de repartição dos prejuízos causados.

Dessa forma, veja-se a conceituação de responsabilidade civil dada por Maria Helena Diniz (2002, p. 34):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A relevância da responsabilidade civil está em restabelecer um equilíbrio moral e/ou patrimonial que fora desfeito, de modo a não permitir que a vítima do dano fique sem o devido ressarcimento e, conseqüentemente, que o causador saia ileso da situação.

O estudo da responsabilidade civil demanda uma análise acerca de seus pressupostos necessários de ocorrência, como veremos a seguir.

3.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Para a configuração da responsabilidade civil, é imprescindível a presença de todos os seus pressupostos, quais sejam, a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade entre eles.

3.2.1 Conduta

A conduta, elemento primordial que compõe a responsabilidade civil, deve ser o primeiro pressuposto a ser analisado.

Esta conduta, de modo geral, consiste basicamente em ser o ato humano voluntário, comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, que causa dano ou prejuízo a outrem.

No entanto, para fins de responsabilização civil, o ato praticado pelo agente deve ser ilícito e decorrente de culpa. O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 26) possui este mesmo entendimento, vejamos:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever.

O Código Civil vigente, por sua vez, em seu Título III reservado aos atos ilícitos, trás nos artigos 186³ e 187⁴ o conceito de ato ilícito. Já o artigo 927⁵, do mesmo diploma legal, impõe àquele que cometeu o ato ilícito a obrigação de indenizar a vítima.

Dessa forma, o ato ilícito é aquele praticado com culpa e contrário à norma jurídica, de modo a violar direito subjetivo individual e causar dano a outrem, ocasionando o dever de res-

sarcimento pelos eventuais prejuízos. Dentro deste conceito, inserem-se as condutas comissivas (prática de ato que não deveria ter realizado) e omissivas (abstenção de prática de ato que deveria ter efetuado).

3.2.2 Dano

Para a incidência dos efeitos da responsabilidade civil, é indispensável a existência de dano a um bem jurídico ou a direito e sua devida comprovação, visto que sem ele não há o que ser reparado.

O dano é o prejuízo (diminuição ou destruição) sofrido pela vítima, seja individual ou coletivo, moral ou material.

O dano moral é aquele que afeta a esfera extrapatrimonial do indivíduo, principalmente no que diz respeito aos direitos de personalidade, direito à imagem, direito à privacidade, etc. Para Yussef Said Cahali (2000, p. 20-21), o dano moral pode ser entendido da seguinte maneira:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exhaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

Insta salientar que não é qualquer dissabor da vida que pode gerar o dever de indenizar por dano moral. Deve-se levar em consideração, quando da análise do caso concreto, se aquele dano sofrido causou distúrbio anormal na vida da vítima ou desconforto comportamental.

Ao contrário do dano moral, o dano material é aquele que alcança a esfera patrimonial da vítima, ou seja, são os prejuízos que atingem os bens de cunho econômico. De acordo com Maria Helena Diniz (2002, p. 62):

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo

suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

O dano material pode abranger não só o patrimônio presente naquele momento, mas também o patrimônio futuro da vítima, ensejando a reparação por danos emergentes (o que o lesado perdeu) e por lucros cessantes (o aumento que o patrimônio teria se não tivesse sofrido o dano).

Logo, uma vez configurado, a vítima poderá exigir a reparação pecuniária tanto por dano moral e/ou material, nos termos do artigo 5º, X⁶, da CR/88. É buscado através da indenização, o restabelecimento do status anterior do lesado, de forma a amenizar o dano sofrido.

3.2.3 Nexo de Causalidade

O nexos causal ou a relação de causalidade é a ligação entre a conduta do agente e o evento danoso. É de suma importância, na medida em que sua caracterização possibilita identificar a relação existente entre o agir do autor, do ato ilícito e o dano correlato. Ausente o nexos causal, não há que se falar em responsabilidade civil.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ROMPIMENTO DO NOIVADO

Como dito anteriormente, ao se começar um noivado, cria-se uma expectativa muito grande, principalmente por parte da noiva, pois é o período preparatório para a futura vida conjugal e familiar.

No entanto, sabe-se que qualquer relacionamento que esteja pautado em sentimentos, seja namoro, noivado ou casamento, está sujeito a sofrer desavenças e rompimentos.

Neste caso, seja porque os sentimentos acabaram ou até mesmo porque nunca existiram, configura uma consequência natural de qualquer relacionamento afetivo, uma vez que ninguém está obrigado a ficar com o outro. De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 107), o amor e o afeto são os únicos motivos que justificam manter duas pessoas unidas, e ainda acrescenta:

(...) a falta de amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de uma relação. Se não for assim, os nubentes (ou os companheiros de um modo geral) se tornam reféns de certos acontecimentos (os familiares motivos justos), ficando aprisionados em relacionamentos de fachada.

Entretanto, na hipótese da ruptura do noivado, são imensuráveis os danos sofridos pelo nubente prejudicado.

Dessa forma, em que pese à ausência de norma legal que regulamenta o noivado e seus efeitos, se o rompimento for caracterizado pela prática de ato ilícito, seja violência física ou moral ou ainda ofensa contra a honra ou dignidade do outro nubente, enseja a responsabilidade civil imposta pelo artigo 5º, inciso X, da CR/88, bem como pelos artigos 186, 187 e 927, do Código Civil de 2002.

Assim, "é possível que da ruptura indevida dos esponsais possa decorrer responsabilidade civil, com o dever de indenizar eventuais danos materiais ou morais impostos ao noivo frustrado quando se caracterizar uma ilicitude". (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 105).

Compartilhando deste posicionamento, Yussef Said Cahali (2000, p. 649) conclui:

Em condições tais, vem prevalecendo tanto na doutrina como na jurisprudência que, não ficando comprovados motivos ponderáveis para o desfazimento do noivado, assiste ao prejudicado o direito de ser ressarcido dos prejuízos; rompido sem justa causa o compromisso esponsalício, configura-se o ato ilícito que dá ensejo à responsabilidade civil.

Não obstante a ocorrência da responsabilidade civil, é necessária a observância dos seguintes requisitos para a aferição do dever de indenizar, são eles:

- a) *Que a promessa de casamento tenha sido feita, livremente, pelos noivos e não por seus pais. [...];*
- b) *Que tenha havido recusa de cumprir a promessa esponsalícia por parte do noivo arrependido e não de seus genitores, desde que esta tenha chegado ao conhecimento da outra parte. [...];*
- c) *Que haja ausência de motivo justo [...];*
- d) *Que exista dano [...]. (DINIZ, 2002, p. 143-144).*

Portanto, doutrina e jurisprudência vêm firmando o posicionamento no sentido de que somente existe o dever de indenizar por danos morais em caso de rompimento do noivado quando o episódio é marcado pelo ato ilícito. Para tanto, devem estar presentes a conduta ilícita do agente, o dano e o nexos de causalidade entre eles. Dessa forma, a simples ruptura do noivado, por desamor, por si só, não legitima a indenização. E, no que concerne aos danos materiais, é pacífico o entendimento de que as despesas realizadas com os preparativos do casamento devem ser indenizáveis, desde que comprovadas pelo nubente prejudicado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado neste estudo, o fato do casal optar por noivar não significa que estão obrigados a contrair matrimônio. Sua finalidade é pura e simplesmente de comunicar à sociedade e, em especial, às suas famílias, o propósito de se casarem e constituírem família.

Sendo assim, até o momento da celebração do matrimônio, existe apenas uma promessa de casamento que pode ser desfeita a qualquer tempo.

Neste caso, quando há o rompimento do noivado, dependendo da forma em que ocorre, é possível responsabilizar o nubente pelo ato praticado.

Para caracterizar a responsabilidade civil, deve-se proceder a uma análise minuciosa de cada caso concreto, se atendo às suas peculiaridades para definir qual a melhor solução dada.

No que se refere ao dano moral, é difícil sua comprovação, devendo verificar as circunstâncias em que ocorreu a ruptura e a situação emocional e psicológica que se encontra o nubente prejudicado. Quanto ao dano material, em que pese à exigência de sua comprovação, é de fácil visualização.

Portanto, conclui-se que o rompimento do noivado, por si só, não legitima a indenização. Todavia, se derivado de ato ilícito pode configurar a responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0024.07.529811-7/001 (5298117-04.2007.8.13.0024). Apelante: Márcio de Souza Lima. Apelada: Gisele Leite Calixto. Relator: Gutemberg da Mota e Silva. Belo Horizonte, 31 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=15&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=rompimento%20noivado%20indeniza%E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0145.12.026854-8/001 (0268548-92.2012.8.13.0145). Apelantes: Fernanda de Oliveira Almeida, Raphael Rodrigues da Silva. Apelados: Fernanda de Oliveira Almeida, Raphael Rodrigues da Silva. Relator: Des. Luciano Pinto. Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=17&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=noivado%20e%20rompimento%20e%20indeniza%E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0134.08.094873-7/001 (0948737-80.2008.8.13.0134). Apelante: Wesleyene Soares de Oliveira. Apelado: Edgar Nunes Cota Correa. Relator: José Flávio de Almeida. Belo Horizonte, 06 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=17&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=noivado%20e%20rompimento%20e%20indeniza%E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed. rev. atual. ampl. 5ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 713.

CARVALHO, Rômulo Barbosa. *Responsabilidade civil pelo rompimento de noivado*. 2008. 43 f. (Pós graduação em Direito Civil) - Faculdades Integradas de Jacarepaguá, Barbacena, 2008. Disponível em: <http://sigla-net.sytes.net/nova_plataforma/monografias../4186.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2013.

CRUZ, Carla; RIBEIRO, Uirá. *Metodologia científica: teoria e prática*. 2ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Axecel Books, 2004, p. 324.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17 ed. 5ª v. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 562.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16 ed. 7ª v. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 582.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 726.

FIM DE NAMORO OU NOIVADO: há dano moral? *Jornal Estado de Minas Gerais - Belo Horizonte*. 13 ago. 2012. Direito e Justiça.

JÚNIOR, Célio César Sauer; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Do cabimento de indenização pecuniária no rompimento dos esponsais. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Celio%20Cesar%20Sauer%20Junior.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2013.

LARRATEÁ, Roberta Vieira. O dano moral e a dissolução da promessa de casamento. *Revista Jurídica Direito e Justiça*. Disponível em: <<http://revistasaletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8214>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Ciência e conhecimento científico, métodos científicos e fatos, leis e teorias*. In: Metodologia científica. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15-43, 44-98, 99-135.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. *Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 01 mai. 2013.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Dano moral e a sua reparação civil*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 372.

SILVA, João Fernando Vieira da. *Indenização por rompimento de noivado*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8854-8853-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 mai. 2013.

SOBRAL, Cristiano. *Complexo de ensino Renato Saraiva: responsabilidade civil*. Disponível em: <<http://www.professorcristianosobral.com.br/matdiv/ResponsabilidadeCivil.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2013.

SOUZA, Sanny Motta Soares de. *Responsabilidade civil por rompimento de noivado*. 2008. 56 f. (Monografia em Direito Civil) - Faculdades Integradas de Jacarepaguá, Vitória, 2008. Disponível em: <http://sigplanet.sytes.net/nova_plataforma/monografias./4444.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2013.

VADE MECUM COMPACTO SARAIVA. *Código Civil*. 8º ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VADE MECUM COMPACTO SARAIVA. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 8º ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4ª ed. 4º v. São Paulo: Atlas, 2004, p. 295.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5 v. São Paulo: Atlas, 2001, p. 386.

NOTAS DE FIM

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

2 A expressão “esponsais” decorre da palavra latina sponsio, derivação do verbo spondeo, cujo significado é promessa solene.

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

4 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

5 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

6 Art. 5º (...). X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS DO MAIOR DE SETENTA ANOS

Alaine Soares Martins Vieira¹

RESUMO: Em 2010, a Lei nº 12.344 alterou a disposição legal que estabelecia a obrigatoriedade do regime de separação de bens daqueles que se casassem com mais de sessenta anos. Passou-se a estabelecer, no Código Civil, a imposição do regime, entretanto apenas aos maiores de setenta anos. A modificação era ansiosamente esperada em âmbito acadêmico, jurídico e social, contudo não foi nos moldes que se apresentou. Esperava-se uma modificação que findasse com esta obrigatoriedade por ofender princípios constitucionais como o princípio da liberdade, igualdade e dignidade humana. Entretanto apenas aumentou a idade fazendo com que permanecesse uma restrição a liberdade de escolha do regime de bens. Isto mantém aberta a discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo legal, hoje presente no artigo 1641 do Código Civil, o que motiva o presente debate.

PALAVRAS-CHAVE: regime de bens; separação obrigatória; inconstitucionalidade; princípio da igualdade.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002, objetivando proteger o patrimônio do septuagenário e evitar a realização do enlace matrimonial exclusivamente por interesses econômicos, impõe que o casamento dos maiores de setenta anos de idade deve ser celebrado sob o regime de separação de bens.

A referida imposição legal é objeto de severas críticas por parte dos juristas em face de sua incompatibilidade com os preceitos da Constituição Federal, notadamente com o princípio da igualdade.

Há que se destacar que o atual enfoque jurídico do Direito de Família envolve uma compreensão da unidade familiar em consonância com as necessidades de seu tempo, rompendo com paradigmas anteriormente consagrados.

Note-se, por exemplo, que o estatuto vigente, em obediência aos preceitos da Constituição Federal de 1988, estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres para o exercício de direitos e cumprimento de deveres no âmbito da relação conjugal, bem como reconheceu a união sem casamento.

Vê-se, pois, que o progresso humano exigiu alterações legislativas e judiciais para se adequar às constantes mutações do organismo familiar.

Todavia, no tocante à imposição do regime de separação de bens para os maiores de setenta anos, vislumbra-se que a legislação não acompanhou a evolução social.

Diante disso, justifica-se o presente exame, a fim de se explicitar a inconveniência da intervenção do Estado, bem assim a flagrante inconstitucionalidade do dispositivo legal em análise.

2 A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS DISCIPLINADA PELO ART. 1641 DO CÓDIGO CIVIL

A união pelo casamento traz reflexos patrimoniais, notadamente após sua dissolução, o que se traduz através do regime de bens. Em sendo assim, "o regime de bens constitui uma das consequências jurídicas do casamento" (VENOSA, 2006, p. 175), regulando os interesses pecuniários daqueles que pretendem desconstituir o vínculo matrimonial.

No direito pátrio, prevalece o princípio da liberdade de escolha pelos nubentes do regime de bens que lhes aprouver. Assim, podem estipular, através de pacto antenupcial, o regime a ser adotado ou optar por não estabelecê-lo, oportunidade em que prevalecerá o regime de comunhão parcial.

O Código Civil de 2002 prevê quatro regimes de bens: comunhão universal, comunhão parcial, separação e participação final nos aquestos.

A comunhão universal consiste na comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, incluindo-se aqueles existentes antes e os adquiridos depois do matrimônio.

Na comunhão parcial, são excluídos da comunhão "os bens que os cônjuges já possuíam ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento." (RODRIGUES, 2004, p. 178).

A participação final nos aquestos constitui um regime misto, "no qual se aplicam regras da separação de bens e da comunhão de aquestos." (VENOSA, 2006, p. 198). Dessa forma, nos termos do art. 1672 do Código Civil, cada cônjuge possui patrimônio próprio, cabendo-lhes, à época da dissolução da sociedade conjugal,

direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Por fim, o regime de separação de bens é aquele em que há completa independência patrimonial em que cada cônjuge é responsável pela posse, administração e disponibilidade de seus bens presentes e futuros. (RODRIGUES, 2004).

Como bem descreve Maria Helena Diniz (2004, p. 166), no regime de separação de bens “existem dois patrimônios perfeitamente separados e distintos: o do marido e o da mulher.”

Esse regime poderá ser convencional, quando os cônjuges assim estabelecem no pacto antenupcial, ou obrigatório, quando há exigência legal.

Em razão do art. 1641 do Código Civil, será obrigatório o regime de separação de bens para o casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas de sua celebração; de todos os que dependerem de suprimento judicial para casar e da pessoa maior de setenta anos.

Portanto, pode-se afirmar que existem exceções à autonomia da vontade dos cônjuges. São situações nas quais os nubentes perdem a liberdade de escolha, sendo obrigatória a adoção do regime de separação de bens, seja por questões de ordem pública ou como sanção. (DINIZ, 2004).

3 A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS DO MAIOR DE SETENTA ANOS

A imposição do regime matrimonial baseada no critério etário constitui uma das hipóteses de restrição à liberdade de escolha, pelos nubentes, do regime de bens. É interessante notar que o Código Civil de 1916 dava como obrigação a separação de bens no casamento do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos (VENOSA, 2006).

Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 323) assim contempla tal aspecto:

O legislador compreendeu que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado.

A redação original do Código Civil de 2002, mantendo a mesma diretriz, estabeleceu a idade de sessenta anos para ambos os sexos, em observância à igualdade entre homens e mulheres estabelecida pela Carta Magna.

Considerando-a uma afronta à liberdade individual, Sílvio Rodrigues (*apud* DINIZ, 2004, p. 174) assim interpretou a aludida norma:

É verdade que a proibição não se circunscreve apenas ao casamento do mancebo com sexagenária, ou ao casamento de sexagenária com mulher jovem, casamentos esses em que, mais frequentemente, a busca de vantagem material se manifesta, porém, abrange o casamento da mulher e do homem com mais de 60 anos. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casam pelo regime da comunhão, se assim lhes aprover.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2004, p. 174):

Não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal 'capitis diminutio' imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos da vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado 'golpe do baú'.

Atualmente, face a elevação da expectativa de vida da população brasileira, a Lei nº 12.344/10 alterou o inciso II do art. 1641 do Código Civil, estabelecendo a obrigatoriedade do regime de separação de bens para o casamento das pessoas maiores de setenta anos de idade.

Ainda assim, manteve-se uma determinação legal atentatória aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e, principalmente, da igualdade.

Determinar que o casamento dos maiores de setenta anos não pode ser realizado senão sob o regime de separação de bens consiste em patente ofensa à dignidade da pessoa humana na medida em que há maior valorização do patrimônio em detrimento da pessoa.

Tal postura é veementemente repreendida pela ordem constitucional vigente, posto que o estado democrático de direito brasileiro fundamenta-se no respeito e valorização da pessoa, como corolário da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República de 1988, ao tratar, em seu Título I, dos Princípios Fundamentais, inseriu, no art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República

Federativa do Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana “é valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.” (SILVA, 2003, p. 105).

Alexandre de Moraes (2003, p. 50) assim interpreta o aludido princípio:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A conceituação da dignidade está diretamente associada à capacidade da pessoa regular-se de acordo com seu livre arbítrio, baseando-se em decisões conscientes para plena realização da personalidade humana por seu próprio intento.

Como destaca Kildare Gonçalves Carvalho (2007, p. 546), “a dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita.”

A previsão legal em exame retira da pessoa o direito de uma decisão que deve originar-se por sua própria consciência, implicando em verdadeiro constrangimento autoritário, ilegal e abusivo e configurando, inclusive, afronta ao princípio constitucional da liberdade.

Relativamente ao princípio da liberdade, o renomado constitucionalista José Afonso da Silva (2003, p. 232) definiu-o como “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade.”

Partindo-se de um conceito geral, a liberdade pode ser entendida como a ausência de controle, restrições e imposições de outrem, opondo-se, completamente, ao autoritarismo.

Dessa forma, “a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima.” (SILVA, 2003, p. 255).

Na visão de Kildare Gonçalves Carvalho (2007, p. 849), liberdade “é a ausência de oposição ou impedimentos externos, que muitas vezes tiram o poder de cada um de fazer o que quer.”

O septuagenário tem sua liberdade de decidir acerca do regime de bens que considerar adequado para sua união tolhida por uma

disposição legal que revela franca violação à autonomia da vontade.

A patente inconstitucionalidade da imposição legal em exame ainda é revelada pela violação ao princípio constitucional da igualdade, expressamente previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República.

No mundo, o surgimento do direito à igualdade é associado à Revolução Francesa. Pretendia-se abolir benefícios e privilégios de determinada classe social e impedir discriminações e perseguições em razão da ascendência. (BASTOS, 1999).

Assim, a primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, afirmou que os homens nasciam e permaneciam livres e iguais em direitos. (BONAVIDES, 2009).

Nessa época, a institucionalização da igualdade era compreendida como um valor “que o Direito elegeu para implantá-lo na sociedade, sob a inspiração dos anseios de justiça e segurança social.” (BONAVIDES, 2009, p. 218).

Na dinâmica brasileira, o princípio da isonomia esteve presente em todas as Constituições. A primeira delas, outorgada em 1824, apresentava o princípio simultaneamente à legitimação do trabalho escravo. Ademais, envolvida pela doutrina do Estado liberal, permitiam-se distinções entre os membros da sociedade, através de critérios individuais diferenciadores. (MACIEL, 2010).

A Constituição de 1891, visando uma organização política pautada na liberdade e na democracia sob o regime federativo de Estado e governo republicano, extinguiu todos os privilégios das classes superiores. (MACIEL, 2010).

A segunda Constituição republicana, promulgada em 1934, com caráter eminentemente social, manteve a igualdade perante a lei e inovou ao vedar os privilégios e distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas, fatores esses causadores de desigualdade e discriminação. (MACIEL, 2010).

Seguidamente, a Carta de 1937 conservou o direito à igualdade, mas retirou o elemento tido como inovador na Constituição anterior. (MACIEL, 2010).

Com o advento da Constituição de 1946, fundada na garantia dos direitos fundamentais do homem e no interesse público, proibiu-se a propaganda de preconceitos de raça ou classe. (MACIEL, 2010).

Posteriormente, a Carta de 1967 conservou a igualdade entre todos e estabeleceu a punição do preconceito de raça. (MACIEL, 2010)

Finalmente, a Constituição de 1988, vigente na atualidade, inaugura o capítulo destinado aos direitos fundamentais com o princípio da igualdade, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, não se admitindo qualquer tipo de distinção entre as pessoas.

A conceituação desse instituto, muitas vezes, é associada ao pensamento de Aristóteles que, vinculando a igualdade à ideia de

justiça, apregoa o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. (SILVA, 2003).

Aludindo à importância do princípio da igualdade, Paulo Bonavides (2004, p. 376) pontuou:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

Considerando-o direito-chave, direito-guardião do Estado social, o referido constitucionalista indica a incontrastável superioridade do princípio da igualdade e destaca que sua força vincula o legislador. (BONAVIDES, 2004).

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 9) ensina que "o alcance do princípio não se limita à mera igualação dos cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia."

Em sendo assim, pode-se afirmar que o princípio da igualdade constitui um caráter limitador da atuação do legislador, já que a própria edição das leis deve atentar para o tratamento equânime entre as pessoas.

Note-se, entretanto, que seguindo a máxima aristotélica, seria legitimamente possível distinguir pessoas e situações para tutela jurídica diferenciada, haja vista a existência de diferenças óbvias entre os homens e situações qualificadas que exigem o estabelecimento de obrigações e direitos em disparidade.

Tais discriminações objetivam concretizar o princípio da igualdade, revestindo-se, para tanto, da proteção àqueles que merecem tratamento diverso. Nesse diapasão, a dificuldade reside em determinar se o aspecto discriminador está ou não em harmonia com o princípio da isonomia.

Indagando acerca das discriminações juridicamente intoleráveis, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000) apresenta três critérios cuja análise primordial permite verificar o respeito ou desrespeito ao princípio da isonomia.

Para o autor, é necessário investigar o elemento adotado como fator discriminatório; a correlação lógica entre o critério discriminatório e o tratamento jurídico diversificado em razão da desigualdade anunciada; e a conformidade concreta com os valores prestigiados pelo ordenamento constitucional.

Em síntese, para se aferir a legitimidade de uma regra discriminatória em face do princípio isonômico, faz-se mister a existência de uma justificativa racional para a atribuição do tratamento jurídico diversificado.

Ademais, a desequiparação deve ser totalmente compatível com os interesses e valores prestigiados pelo sistema constitucional, sob pena de ofensa ao preceito isonômico.

Nesse contexto, não faz sentido algum estabelecer a idade como critério distintivo para fins de imposição do regime de separação de bens no casamento do septuagenário.

De igual forma, não se vislumbra motivo racionalmente justificável para a referida determinação legal. Não há, pois, pertinência lógica entre o fator diferencial adotado e o gravame imposto.

O septuagenário é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, todavia, a norma imposta presume sua incapacidade, configurando uma discriminação ilegítima perante a igualdade constitucional.

E mais. O idoso já possui maturidade e experiência suficientes para deliberar acerca do regime de casamento que considerar adequado para regular sua união.

Desse modo, não merece prosperar a alegação de que o objetivo da restrição legal consiste na proteção do patrimônio do idoso, evitando-se, assim, o casamento por interesses pecuniários.

Se o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece que o avançar da idade constitui impedimento para que a pessoa possa comprar, vender e doar seus bens, não há motivo hábil para justificar a imposição do regime de bens com fins de proteção ao patrimônio do idoso.

Em outras palavras, se a idade não constitui critério discriminatório para fins de se determinar tratamento jurídico diversificado no que tange à disposição do próprio patrimônio, de igual forma, não pode configurar elemento de desigualação para restrição à escolha do regime de bens.

Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 39), "a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita." É imprescindível que o tratamento diferenciado seja construído de forma racionalmente adequada à diferenciação em que foi baseada.

Dessa feita, a lei discriminatória que impõe a separação de bens aos maiores de setenta anos afronta o princípio da isonomia, tendo em vista que não há pertinência lógica entre o avançar da idade e a impossibilidade de escolha do regime de bens.

Nesse sentido, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 39):

A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

A intervenção do Estado leva a crer que todo e qualquer enlace matrimonial que envolva pessoa maior de setenta anos é realizado exclusivamente com fins patrimoniais, excluindo do septuagenário a opção de decidir com quem compartilhar e de que forma usufruir dos bens que adquiriu ao longo da vida.

Compelir a utilização do regime de separação de bens em razão da idade avançada do cônjuge caracteriza sério preconceito por parte do legislador e não pode ser suportado pelo prisma da igualdade.

A exigência legal carrega uma mentalidade arcaica que vê o idoso como pessoa frágil, vulnerável, dependente, marginalizado e carente, o que não condiz com o contexto social atual.

Hodiernamente, o idoso possui grande participação na sociedade, estando presente nas esferas políticas, sociais e educacionais. Sua sabedoria e vivência devem servir de ensinamento aos mais jovens.

Não se pode associar o idoso nem mesmo aos sinais físicos clássicos dessa etapa da vida, tais como cabelos brancos, pele enrugada e patologias típicas, posto que os novos recursos científicos e tecnológicos disponíveis vêm superando muitas dessas manifestações decorrentes do avanço da idade.

Nesse caminho, como observam Almeida e Lourenço (2007) diversas personalidades, intelectuais, políticos e artistas com mais de setenta anos são presença constante nos veículos e meios de comunicação. Por demonstrarem inteligência, perspicácia, versatilidade, boa forma, audácia e várias outras características, acabam contradizendo obsoletos paradigmas.

Acompanhando a reflexão dos autores supracitados, a velhice não mais pode ser vista como sinônimo de carências afetivas e doenças que sinalizam o fim iminente.

E, inclusive, em razão da experiência acumulada ao longo da vida, não se justificaria retirar do septuagenário o direito de decidir qual regime de bens deva adotar.

A proteção à família constituiu dever constitucional do Estado que também deve amparar os interesses dos cônjuges e de seus herdeiros. Entretanto, esse dever não pode ultrapassar os limites da esfera privada do cidadão e muito menos contrariar os princípios norteadores de sua atuação, essencialmente o princípio da igualdade.

A política nacional do idoso (Lei nº 8.842/94) objetiva promover a autonomia, integração e participação efetiva do idoso na sociedade e veda qualquer tipo de discriminação. Essa disposição legal não condiz com o preconceito estabelecido no Código Civil que indica verdadeira exclusão social do septuagenário.

Ademais, a Lei nº 8.842/94 ainda assegura ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, benefícios e pensões, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada.

Com efeito, se a política nacional do idoso reforça o entendimento de que o patrimônio do idoso constitui direito disponível, não se pode aceitar que o septuagenário seja coagido a adotar o regime de separação de bens.

Como se percebe, é inadmissível aceitar a idade como critério deflagrador de efeitos jurídicos diferenciados. Não faz sentido algum restringir dos idosos a liberdade de escolha do regime de bens, pois não há nexos plausíveis entre o fator de discriminação e a diferenciação que dele resulta.

Alcançar a idade de setenta anos, por si só, não presume a incapacidade civil e não tem o condão de determinar tratamento diferenciado, retirando do septuagenário a liberdade de dispor dos seus bens ou partilhá-los da forma que lhe for conveniente.

Contudo, é importante mencionar que seria tolerável o tratamento diferenciado para os idosos que se encontrem em condições de vulnerabilidade, que impeçam ou limitem sua capacidade de regular-se de acordo com seu próprio entendimento, seja por acidente, doença degenerativa ou problema de sanidade.

Portanto, desde que evidenciada a incapacidade do idoso para fazer suas próprias escolhas de forma consciente, seria admissível a tutela jurídica específica que, por óbvio, não deveria abranger somente o septuagenário, mas toda e qualquer pessoa que se encontrar em situação semelhante.

Aqui, o critério diferenciador estaria absolutamente afinado com a isonomia e não implicaria qualquer inconstitucionalidade, posto que, nesse caso, a desigualdade está evidente, necessitando, pois, de tutela diferenciada.

Cumprir mencionar que a política nacional do idoso impõe a nomeação de curador especial em juízo nos casos de comprovada incapacidade do idoso para gerir seus bens.

Dá para concluir-se que o instrumento jurídico específico para o idoso que não consegue conduzir seus atos com autonomia e independência ou não mantém suas faculdades mentais intactas é a interdição.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A simples condição de atingir determinada idade não pode constituir critério diferenciador para imposição do regime de separação de bens. O elemento distintivo não guarda qualquer correlação lógica com o tratamento jurídico estabelecido.

O Estado pressupõe a incapacidade do septuagenário e faz crer que todo enlace matrimonial em que um dos cônjuges seja maior de setenta anos é realizado buscando auferir vantagens econômicas.

A norma imposta utiliza uma vestimenta de proteção ao cônjuge e seus herdeiros, mas, em essência, é totalmente preconcei-

tua, estabelecendo uma desigualdade constrangedora e limitadora de direito patrimonial disponível.

Embora o preceito isonômico permita que a lei estabeleça discriminações, exige-se uma atuação absolutamente vinculada a fins sociais e baseada nos princípios norteadores do sistema jurídico constitucional.

Tal condição não está satisfeita quando se impõe determinado regime de bens baseando-se unicamente no critério etário. Deve-se permitir a toda e qualquer pessoa a livre administração do patrimônio familiar em busca da felicidade pessoal.

A flagrante inconstitucionalidade está evidenciada pela violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e, principalmente, da igualdade.

Restou evidenciado que a exigência do regime de separação de bens para o casamento dos maiores de setenta anos configura patente contrariedade à igualdade constitucional.

Nenhum cidadão pode ser desigualado pela lei sem que haja harmonia com os critérios acolhidos ou não vedados pelo ordenamento constitucional.

Em outras palavras, o Estado não pode atuar contrariando um dos pilares estruturantes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, qual seja, o princípio da igualdade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Thiago de; LOURENÇO, Maria Luiza. Envelhecimento, amor e sexualidade: utopia ou realidade. *Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2007. Disponível em <http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-98232007000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 06 jun. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O princípio da igualdade como limitação à atuação do estado. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, Erechim, v. 2, n. 3, p. 217-229, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000083>>. Acesso em: 29 mai. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 mai. 2013.

_____. Lei nº 12.344, de 09 de dezembro de 2010. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 10 dez. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm>. Acesso em: 20 mai. 2013.

_____. Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm>. Acesso em: 29 mai. 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Alvaro dos Santos. A evolução histórica do princípio da igualdade jurídica e o desenvolvimento nas constituições brasileiras. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XIII, n. 80, set. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8343>. Acesso em: 30 mai. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOTA DE FIM

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Estagiária. E-mail: alaine29@gmail.com.

A ADOÇÃO INTERNACIONAL COMO OPÇÃO PRIMÁRIA PARA OS MENORES BRASILEIROS QUE AGUARDAM UMA FAMÍLIA

Roannitta Gimenez¹

RESUMO: A partir de uma abordagem qualitativa e da utilização dos métodos descritivos e bibliográficos, o presente estudo tem por finalidade a adoção como primeira opção, por estrangeiros, residentes fora do Brasil, com base no direito à filiação. Sendo assim, este estudo busca traçar os limites e requisitos para que a adoção internacional seja adotada como primeira opção às crianças consideradas inadotáveis, através de um caminho mais viável e harmonioso levando em consideração unicamente em fornecer um lar aquela criança que esperaria por anos até ser adotada por uma família brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção – internacional – família - legislação.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Internacional e Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

O estudo da temática em comento apresenta-se de extrema relevância em razão de sua importância para o Direito de Família, posto que o instituto da adoção propicia para infelizes crianças e adolescentes abandonados à possibilidade de integrar uma unidade familiar.

A adoção tornou-se forma efetiva na constituição da família, quando por dificuldades através de variados motivos, casais não conseguem constituir-la.

Uma análise mais profunda sobre o assunto, tendo em mente a situação atual das crianças desamparadas, é capaz de fazer-se refletir sobre a necessidade de incentivar a adoção, buscando a aplicação do que preceitua a Declaração Universal de Direitos Humanos quando assevera que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais, o que é incoerente com a circunstância de haver infantes relegados em instituições de caridade.

Além disso, a questão emocional acerca da destituição do poder familiar, que deve ser observada no momento do deferimento da adoção, quando não houver consentimento dos pais biológicos do adotado.

Através de métodos descritivos e bibliográficos, será demonstrado o procedimento adotado pela legislação brasileira e internacional, bem como de forma profunda os requisitos elencados pela Convenção de Haia e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando as práticas necessárias para a homologação e concessão do pedido de adoção formulado.

Assim, o intuito deste presente artigo é versar sobre a adoção internacional como primeira opção às crianças brasileiras, no entanto, se faz necessário compreender tal instituto em sua amplitude, analisando-o no que diz respeito à modalidade de

adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes no Brasil.

Defendendo por fim, a importância da adoção internacional como primeira opção e uma excelente alternativa para inserção da criança no seio familiar.

2 A ADOÇÃO NO BRASIL E LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Uma definição genérica segundo o autor do livro *Adoção*, de Arnaldo Marmitt: Adoção é o ato jurídico que cria o parentesco civil, gera laços de paternidade e filiação, independentemente de fato natural de procriação. (MARMITT,1993, Pág. 6).

O Código Civil de 1916, pela Lei n° 3071 regulamentou o instituto da adoção em poucos artigos no Título V das Relações de Parentesco, Cap. V, artigos 368 a 378.

Assim, surgiu-se então, a Lei n° 3133 de 08 de maio de 1957, que modificou os artigos 368, 369, 372, 374 e 377 do Código Civil Brasileiro, atualizando o instituto da adoção com as seguintes modificações:

Art. 1º Os artigos 368, 369, 372, 374 e 377 do Capítulo V - Da Adoção - do Código Civil, passarão a ter a seguinte redação:

Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar.

Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.

Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotado.

Art. 372. Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção:
I. Quando as duas partes convierem.

II. Nos casos em que é admitida a deserdação.

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

Art. 2º No ato da adoção serão declarados quais os apelidos da família que passará a usar o adotado.

Parágrafo único. O adotado poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou, ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue.

Art. 3º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Ainda, o instituto da adoção recebeu profundas modificações no Artigo 227 § 6º da Constituição Federal da República Brasileira de 1988: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

E pelo Artigo 1629 do Código Civil Brasileiro de 2002: A adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei. (Vide Lei nº 12.010 de 2009) Vigência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, regido pela Lei nº 8.069 de 1990, prima pelo respeito à criança e ao adolescente, dispondo tal legislação sobre a proteção integral a eles, considerando-os como pessoas em desenvolvimento.

Entre esta proteção integral, está a adoção internacional, que é medida extrema, só podendo ser deferida depois de esgotados todos os meios de permanência do menor no seio familiar, ou fora dele, dentro do território nacional.

3 A ADOÇÃO INTERNACIONAL

De maneira genérica, temos o conceito de adoção internacional ao fato de quando se concede às crianças ou adolescentes considerados abandonados, a possibilidade de viver em um novo lar, em um novo país, assegurando seu bem-estar e educação, desde que obedecidas às normas do país adotado e do adotante.

A adoção internacional visa providenciar um berço familiar fora do território nacional às crianças e adolescentes que após muito tempo sem encontrar uma família brasileira que as adotassem encon-

tram na família internacional um lar, ao qual será amada como um filho, e terá direito à saúde, alimentação, educação, etc.

Após as duas grandes guerras mundiais, o número de crianças órfãs, ilegítimas, abandonadas e disseminadas pelo mundo cresceu de forma gritante, ganhando novo objetivo para adoção: conseguir uma família para a criança fora de seu território nacional, surgindo-se então a chamada a adoção internacional.

Assim, após a 2ª Guerra Mundial, muitas crianças órfãs da Itália, Alemanha, Japão, China entre outros países atingidos pelos conflitos decorrentes da guerra, começaram a ser adotados por famílias europeias e americanas que tinham dificuldades em gerar filhos biológicos.

A partir de 1953, começou-se uma grande procura por crianças para a adoção internacional, e devido a isso, as Nações Unidas começaram a relatar o problema em suas reuniões, mas foi somente em 1962, durante a Conferência Internacional de Haia, que O Serviço Social Internacional apresentou pela primeira vez o tema de adoção entre os países.

Em setembro de 1971, evidenciando as preocupações da comunidade internacional com o fenômeno recente da mundialização da adoção de crianças estrangeiras, realizou-se em Milão, na Itália, a Conferência Mundial sobre a adoção e colocação familiar, patrocinada pelo Comitê Internacional das Associações de Famílias Adotivas e pelo Centro de Estudos Sangemini. (MARMIT, 1993, Pág. 24).

Contudo, com a finalidade de obtenção de crianças para a adoção no exterior, representantes de várias agências estabeleceram-se no Brasil, surgindo-se assim o marco da adoção de crianças órfãs brasileiras em países estrangeiros.

A adoção internacional é prevista no Artigo 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil e regulamentada pela Convenção de Haia de 29 de maio de 1993, relativa à proteção de crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, ao qual foi aprovada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 01 de 14 de janeiro de 1999, e promulgada em 21 de junho de 1999 através do Decreto nº 3.087.

Conforme Artigo 51 § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, a adoção internacional ocorre de forma excepcional, ou seja, somente após, esgotados todos os meios para colocação em família brasileira, sendo preferível o adotante brasileiro mesmo que residente no exterior, fazendo com que se prorrogue mais tempo a criança sem base familiar, carinho e atenção necessária para seu crescimento e desenvolvimento, como preceitua o art. 51, § 1 da Lei 8069 de 1990.

Assim, devido ao fato de a adoção internacional não ser colocada em prática no primeiro momento em que aparecer, as crianças tornam-se adolescentes e futuros adultos que pela oportunidade perdida deixam de obter como direito um berço familiar.

4 REQUISITOS PARA A ADOÇÃO INTERNACIONAL, ESTIPULADOS PELA CONVENÇÃO DE HAIA E PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DO BRASIL

Conforme artigo 4º da Convenção de Haia, para que as adoções internacionais possam ocorrer são necessários os seguintes requisitos:

As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem:

a) tiverem determinado que a criança é adotável;
b) tiverem verificado, depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança;

c) tiverem-se assegurado de:

1) que as pessoas, instituições e autoridades cujo consentimento se requeira para a adoção hajam sido convenientemente orientadas e devidamente informadas das conseqüências de seu consentimento, em particular em relação à manutenção ou à ruptura, em virtude da adoção, dos vínculos jurídicos entre a criança e sua família de origem;

2) que estas pessoas, instituições e autoridades tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento se tenha manifestado ou constatado por escrito;

3) que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados, e
4) que o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e

d) tiverem-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de:

1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as conseqüências de seu consentimento à adoção, quando este for exigido;

2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança;

3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito;

4) que o consentimento não tenha sido induzido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie".

Os artigos 51 e 52, respectivamente da Lei 8.069 de 1990, estabelecem como requisitos para a adoção internacional: 1) a apresentação da documentação pertinente, presente diante do juízo; 2) estudo psicossocial realizado por agências especializadas e credenciadas no país de origem.

Não obstante, também é possível que os adotantes habilitem-se diretamente junto ao órgão oficial no Brasil e em seu país de origem, sendo necessário que os estrangeiros procedam primeiramente à habilitação em seu país de origem, para obter homologação em seu pedido no Brasil.

O objetivo de tais demandas é a proteção do infante, evitando-se que este venha a sofrer transtornos no país de origem dos candidatos a pais, considerando-se que existem países que vedam a adoção de estrangeiros por seus cidadãos, devendo a adoção ser precedida de estudo, com o objetivo de apurar se o casal adotante possui reais condições de receber um filho com diferentes características físicas, culturais, sociais e de si próprios.

Ainda há casos de crianças com situação jurídica já definida, ou seja, que já possuam sentença transitada em julgado decretando a perda do poder familiar, ou que por falecimento dos pais a crianças esteja sob proteção unicamente do Estado.

5 A AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

A criança ou adolescente para serem adotados precisam estar desprovidos de qualquer vínculo familiar, sendo necessário que se inicie uma ação de destituição do poder familiar.

Conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, em seu artigo 45, é necessária a autorização dos pais do adotante para que a adoção ocorra, ou ainda a destituição do poder familiar.

O artigo 1.635 do Código Civil Brasileiro apresenta as hipóteses de extinção do poder familiar: Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Vindo o artigo 1638 do Código Civil Brasileiro, determinar as

causas de perda do poder familiar por sentença:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que. I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Nestes casos, o magistrado precisa analisar cuidadosamente a cada situação, atuando de maneira a conceder o que é melhor para a criança, mesmo que isso importe em abrir mão da sua nacionalidade por outra.

Após verificação da destituição do poder familiar, procede-se ao pedido de habilitação para a adoção, encaminhando a documentação pertinente, ao qual, preenchidos os requisitos do artigo 51 da Lei 8069 de 1990 e ouvido o Ministério Público, será deferida a habilitação.

Assim, conforme artigo 463, I e II do Código de Processo Civil Brasileiro, uma vez publicada a sentença, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la a fim de corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou por meio de embargos de declaração.

Portanto, conforme previsto no § 4º do artigo 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, da intimação da sentença, do representante do Ministério Público e dos requerentes, começa a contar o prazo para o trânsito em julgado, ao qual, antes de consumada a adoção não será permitida a saída do adotando do território nacional.

6 DA EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA

O problema atual encontrado provém de que O Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, além de reconhecer o interesse do menor como o principal objetivo da adoção (artigo 43), consagrou também o princípio da excepcionalidade da adoção internacional (artigo 31) e ensinou a possibilidade de criação das Comissões Estaduais Judiciárias de adoção (artigo 52), que, de certa forma, vêm desempenhando o papel de Autoridades Centrais.

É certo que o legislador prefere os adotantes nacionais aos estrangeiros, considerando prioritária a colocação do adotando em família substituta brasileira e a adoção estrangeira como medida excepcional, conforme artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, ao que de certo modo, essa postura se baseia na proteção da identidade cultural do adotando, preservando assim sua nacionalidade e características.

Diante disto, como afirma Tarcísio José Martins Costa:

O "princípio da prioridade da própria família" ou "princípio da excepcionalidade da adoção internacional"

não pode ser considerado absoluto e, em seu nome, não se pode impedir ou dificultar as adoções, impondo-lhes exigências rigorosas, tanto de fundo como de forma [...] não se pode admitir que uma criança permaneça no núcleo familiar de origem em situação de abandono psicológico ou desamparo físico e material. Não reunindo os pais condições pessoais mínimas de cumprir, satisfatoriamente, as funções que lhes são exigidas, ou seja, os deveres e obrigações de sustento, guarda e educação, e uma vez exauridas as possibilidades de manutenção dos vínculos com a família natural, o caminho da colocação em família substituta. Deve ser aberto, sem restrições. Somente depois de buscada, infrutiferamente, a reinserção em família substituta nacional é que se considera a possibilidade da adoção internacional. (COSTA, 1998. Pág. 28).

Portanto, não sendo possível para a criança a inserção familiar em sua própria família ou noutra dentro de seu próprio país, não seria justo privá-la de encontrar o bem-estar e felicidade junto à família estrangeira.

Neste livro, o autor ainda expõe suas ideias a respeito do tema da adoção internacional, sua fundamentação, seus problemas hoje encontrados, do processo de adoção internacional no Brasil e seus benefícios visando quebrar preconceitos e equívocos entre o Brasil e outros países, no qual segundo o autor:

Sem uma família, pouco ou nada adianta a criança saber que, como cidadã, têm ela o direito à cultura e ao lazer, à instrução obrigatória, ao acesso à assistência e à seguridade sociais a não ser abusada, violentada ou explorada, a ser profissionalizada. O ente coletivo a que se denomina "família" é a base natural em cujo seio asila a pessoa humana desde tenra idade, para ter acesso aos demais direitos reservados aos cidadãos. A família é enfim, o referencial da pessoa humana, no mundo. (COSTA, 1998, Pág. 34).

O que deve ser levado em consideração é o fato de crianças e adolescentes que não possuem oportunidade de terem vivido junto a seus genitores, serem encaminhados para instituições, ao qual passam a serem vítimas da situação em que se encontram, posto que em grande parte dos abrigos existentes não se constata empenho no sentido de resguardar os vínculos familiares dos infantes ou de tentar uma volta desses às famílias de origem, nos

casos em que tal fato seria possível, além de ser difícil a existência de condições dignas no que diz respeito à permanência dos internos nos abrigos. Além disso, demais é fato que em nossa sociedade não há o preparo necessário para proporcionar uma família substituta para os menores que não podem mais conviver com sua família biológica, especialmente em razão do grande preconceito existente com relação ao núcleo familiar adotivo, situação essa que urge ser modificada.

Deve-se ter em mente que para lidar com os dramáticos problemas das crianças, existem inúmeras frentes de ação, as quais devem sempre ser interdisciplinares e com parcerias, no entanto, não se deve culpar um ou outro segmento social, mesmo porque nenhuma ação isolada surte efeitos, mas sempre interligada com outras obras e eventos.

Nessa esteira, consoante o escólio do professor José Sebastião de Oliveira em sua obra Fundamentos Constitucionais do Direito de Família: Uma pessoa, por opção própria, pode perfeitamente adotar uma criança ou adolescente como seu filho, constituindo a chamada família monoparental. (OLIVEIRA, 2008, Pág. 233).

Assim, independente do estado civil do adotante, eis que é possível que esse proporcione um lar equilibrado e digno àquela criança que jamais teve segurança no seio familiar.

Contudo, o fato de existir inúmeros casais estrangeiros que desejam ter um filho, sendo, desta feita, é essencial que as burocracias sejam minimizadas, permitindo, em maior escala, a adoção internacional. Não se trata de abrir mão das prescrições acautelatórias em favor da criança a ser adotada por pais estrangeiros, mas sim, de mitigar entraves existentes nessa seara.

Nesse diapasão, pontifica Maria Helena Diniz em sua obra Curso de Direito Civil Brasileiro:

"seria mais conveniente [...] que se estabelecessem medidas eficazes para punir corruptos e traficantes, em vez de criar exigências para sua efetivação, visto que o estrangeiro está mais preparado psicológica e economicamente para assumir uma adoção, não fazendo discriminações atinentes à raça, ao sexo, à idade ou até mesmo à doença ou defeito físico que o menor possa ter, ao passo que o brasileiro é mais seletivo, pois, em regra, procura, para adotar, recém-nascido branco e sadio, surgindo, assim, em nosso país, problemas de rejeição social." (DINIZ, 2007, Pág. 503).

Nada mais fica claro de que a eminente doutrinadora traz a baila à circunstância de que as adoções mal-intencionadas não devem afastar as feitas com o real fim de amparar a criança. Con-

clui indagando se não seria melhor prover às crianças o bem-estar material, moral, afetivo, dando-lhes um teto acolhedor, ainda que no exterior, do que deixá-las vegetando nas ruas ou encerrá-las em locais de estabelecimento educacional.

Portanto, não se deve perquirir a conveniência, ou não, de serem os infantes brasileiros adotados por estrangeiros residentes no exterior, mas sim permitir seu ingresso em uma família substituta, sem fazer quaisquer considerações à nacionalidade dos adotantes, buscando suporte legal no direito pátrio e no direito internacional, pois não é justo serem as crianças prejudicadas, perdendo a chance de integrarem um lar digno e profícuo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a pesquisa efetuada, em apertada síntese, pode-se concluir que a família é a pedra angular de toda e qualquer sociedade. Sua existência, datada desde os primórdios da humanidade, tem-se mantido por todos os séculos, adequando-se, tal instituto, às transformações decorrentes da sociedade hodierna.

É comum encontrarmos em abrigos e casas de passagem, crianças deixadas pelos pais, que passam anos sem vê-las, não obstante, estes não abrem mão do poder familiar, o que impossibilita a adoção, salvo ser for decretada judicialmente a perda desta, e razão do abandono.

Assim, para estas crianças a melhor medida cabível é a adoção e por sim, se houver de imediato interesse e desejo de famílias estrangeiras: uma adoção internacional.

No entanto, deve-se considerar-se no país do adotante que a adoção produzirá os efeitos completos da constituição do novo vínculo filial. Não se pode admitir que, no solo pátrio, a criança ou adolescente tenha todas as garantias, sobretudo as constitucionais, e no país do adotante que não se verifiquem aqueles direitos.

Deve sempre ser levado em consideração o interesse da criança ou adolescente que deve se sobrepor a todo e qualquer interesse diverso que possa estar presente na efetivação de uma adoção internacional, visto que o objetivo desse instituto é o de proporcionar ao menor uma vida familiar e um futuro melhor.

Independentemente da situação jurídica da criança, seja ela adotada ou tutelada, verbi gratia, a família substituta passa a desempenhar as funções da família original, devendo representar para o infante a melhor medida para a sua proteção e desenvolvimento.

Em sua obra Direito de Família e o Novo Código Civil, a doutrinadora Tânia da Silva afirma:

O papel desempenhado pela família substituta é o mesmo que a da natural. Ad hunc modum, consoante disciplina o artigo 227 de nossa Lex maior, cabe a ela, juntamente com a sociedade e

o Estado, assegurar, à criança e ao adolescente, o exercício de seus direitos fundamentais (PEREIRA, 1996, Pág. 58).

Dessa forma, a conclusão a que se chega, é que muito embora a adoção internacional seja medida excepcional, pois nega o direito a nacionalidade brasileira ao adotado, integrando-o a um novo país, ela nada mais é do que muitas vezes a única hipótese para algumas crianças crescerem dentro de um ambiente familiar com amor, carinho, respeito, atenção, educação, saúde, bem-estar, mesmo em país estrangeiro, que na verdade abrange nada mais do que apenas uma divisa territorial, visto que o berço familiar será o mesmo dado que por uma família brasileira ou até mais.

Portanto, é recomendável, de acordo com as circunstâncias a serem apuradas no caso concreto, que a partir de quando surgir à oportunidade para a adoção internacional, ao invés de se esgotarem todos os recursos de adoção por meio de famílias brasileiras, uma vez sendo apreciada e aprovada conforme regulamentação, seja tomada como primeira solução às crianças ou adolescentes que precisem de um berço familiar; não permitindo assim como na maioria dos casos atuais, a perda desta oportunidade, resultando para a criança ou o adolescente a espera de um lar que muitas vezes não aparece e atingindo a maioridade civil, perdendo assim a chance de poderem ter tido uma vida familiar e um futuro melhor.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6022: informação e documentação - artigo em publicação periódica impressa - apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

Brasil, Constituição Federal de 1988.

Brasil, Lei 8069 de 1980, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Brasil, Código Civil de 1916.

Brasil, Código Civil de 2002.

Brasil, Código de Processo Civil.

COSTA, Tarcísio José Martins. Adoção Transnacional Um Estudo sócio-jurídico e comparativo da Legislação atual. Editora Del Rey. 1998.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.5.

MARMITT, Arnaldo. Adoção. Editora Aide. 1993.

OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família. Editora Forense. 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito de Família e o Novo Código Civil. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NOTAS DE FIM

1 Graduada do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

Marina Veiga Santos Vitor¹

RESUMO: A adoção por casais homoafetivos no Brasil é um assunto extremamente polêmico, desta forma o presente artigo tem como objetivo explicitar as controvérsias existentes acerca deste tema.

PALAVRAS-CHAVES: Adoção; Homossexuais; Melhor interesse da criança; Repercussão Jurídica; Proibição.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

Segundo Maria Helena Diniz (2002, p.448):

A adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

O Código Civil brasileiro tomou como base os princípios do Direito Romano e o Estatuto da Criança e do Adolescente para assegurar o instituto da adoção, tendo como objetivo principal que o adotado se integre à família do adotante, preenchendo todos os requisitos legais para tanto.

A Constituição de 1988 em seu artigo 3º, inciso IV consagrou a existência de um Estado Democrático de Direito, tendo sido assegurados os objetivos fundamentais de Direito, quais sejam: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Eunice Ferreira R. Granato (2004, p. 142) afirma:

Homossexual é a junção de duas palavras: homo, que significa "igual a", e a palavra sexual, proveniente do latim sexuelle, que significa algo que "pertence ou relativo ao sexo". Assim, homossexual é o termo utilizado para pessoas que praticam relações sexuais e mantém outras relações afetivas com pessoas do mesmo sexo.

A adoção no Brasil é um tema bastante polêmico e com muitas controvérsias, pois a sociedade ainda possui uma consciência cultural e jurídica bastante preconceituosa, na qual a ideia de que a criança deve ser adotada por uma pessoa sozinha ou por um casal heterossexual prevalece.

Recentemente, o STF (Supremo Tribunal Federal) reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo e com esta decisão os casais homossexuais devem se beneficiar no instituto da adoção, pois a justificativa para tal ato não ocorrer era que a criança deveria ser adotada por um casal heterossexual ou por uma pessoa só, mas com esta decisão, ambos os tipos de casais se equiparam e a busca para adoção se torna mais fácil.

A Constituição Federal de 1988 em seu preâmbulo diz:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar; o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988, p.1).

A adoção tem como finalidade fazer com que os menores que se encontram em orfanatos, e desamparados, tenham uma nova família. Este tema, porém, gera muitas discussões quando se trata dos casais homossexuais, apesar da Constituição de 1988 deixar claro em seu artigo 1º que a sociedade deve abraçar valores supremos dentre os quais se estabelece a ausência de preconceitos.

Para os casais homossexuais, a adoção ainda é vista com muita discriminação, ainda existem muitos mitos e tabus em relação à sexualidade, mesmo com a evolução dos costumes e com as informações, para grande parte da sociedade os chamados "desvios sexuais" são uma afronta a moral.

Em princípio, não há uma lei que proíba diretamente a ado-

ção homoafetiva, será discutido se existem limitações a tal prática, se este novo tipo de adoção pode prejudicar a criança, ou seja, se há uma preocupação da lei, visando interesse e benefício para o adotado, bem como será analisado se a decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) em relação à união estável entre casais homoafetivos poderá influenciar no instituto da adoção.

2 ADOÇÃO

O Instituto da adoção é regulamentado por dois diplomas distintos, quais sejam, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 39 a 52 e no Código Civil nos artigos 1618 a 1629.

Para Pontes de Miranda (2000, p.91) a adoção é "ato solemne pelo qual se cria pelo adotante e o adotado, relação fictícia de paternidade e filiação". A partir dessa definição mister se faz evidenciar que para a legislação brasileira a família é uma entidade formada por meio do casamento, seja ele civil ou religioso, da união estável entre pessoas de sexos diferentes ou ainda por meio da comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes conforme é estabelecido pelo artigo 226 da Constituição Federal.

Atualmente a adoção é vista como uma garantia de inserção no âmbito familiar, tanto para o adotante como para o adotado, resguardando para essa nova entidade alguns direitos previstos na Constituição.

No que tange o Estatuto da Criança e do adolescente, importante ressaltar que o artigo 23 determina que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou suspensão do pátrio poder familiar. Sendo assim, não há que considerar a situação financeira como elemento caracterizador para a concessão ou não da adoção.

De acordo com Rolf Madaleno (2008, p.116):

A adoção é sem qualquer dúvida o exemplo mais pungente da filiação socioafetiva, psicológica e espiritual, por que sustentada, eminentemente, nos vínculos estreitos e únicos de um profundo sentimento de afeição, justificando a Arnaldo Marmitt deva a adoção ser vista sobre o ângulo da solidariedade, fundamento social impregnado de singular conteúdo humano, de altruísmo, carinho e apoio.

Para que alguém possa adotar é necessário que, antes de qualquer coisa, direcione-se a uma seção de adoção na Vara da Infância e Juventude e cadastrar-se, devendo os interessados preencher todos os requisitos, quais sejam: serem maiores de 18 anos, independente de seu estado civil, com exceção dos avós ou irmãos do adotando; terem a capacidade de oferecer ao adotado

um ambiente familiar adequado ao seu pleno desenvolvimento; e possuírem idade que contemple a diferença de pelo menos 16 anos em relação à idade do adotando.

Dentre os requisitos elencados acima e todos os outros estabelecidos na legislação pertinente ao caso, não se encontra nenhum dispositivo legal que negue a adoção por questões referentes à etnia, credo, condições físicas, inserção social ou mesmo a orientação sexual do adotante.

Não se menciona no Estatuto da Criança e do Adolescente que o casal homossexual pode adotar ou não uma criança. O estatuto impõe que ela deverá ser feita por maiores de 21 anos (vinte um anos) e não especifica o perfil do adotante. Todos devem ser tratados com igualdade e sem preconceitos, o estatuto tem como objetivo principal proteger a criança e o adolescente, fazendo com que essas crianças desamparadas encontrem um lar seguro, com afeto, logo entende-se que a opção sexual dos pais não seja relevante.

A Constituição brasileira assevera como princípio fundamental que "todos são iguais perante a lei, sem extinção de qualquer natureza" (artigo 5º CR/88). Logo, todos, desde que preenchidos os requisitos são possíveis adotantes, não podendo ser discriminados em virtude de uma mera opção sexual. A faculdade de adotar é outorgada tanto a mulheres quanto a homens, bem como a ambos. Dessa forma, a orientação sexual de um indivíduo em nada interfere em sua capacidade de ser pai, pois seja ele hétero, bi ou homossexual, o que importa é o melhor interesse da criança.

3 ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Atualmente as relações sociais são marcadas pela heterossexualidade, causando uma certa resistência da sociedade a aceitar que casais do mesmo sexo possam participar do instituto da adoção. Estes acreditam equivocadamente que este modelo de adoção gera comportamentos que poderão acarretar sequelas psicológicas ao adotado, decorrentes de perturbações por seus pares. Além disso, muito se questiona sobre a possibilidade de incerteza do adotado em relação a sua identidade sexual, fazendo com que seu relacionamento social se torne mais difícil.

Entretanto, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente há autorização da adoção por uma única pessoa, e em momento algum se menciona sobre a orientação sexual de quem pretende adotar. Nesse interim, o artigo 43 do ECA, assim determina: "A adoção poderá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos"

Assim, o que se deve levar em consideração para a adoção é o melhor interesse da criança, importando somente a convivência em um ambiente saudável, tranquilo e duradouro. Ou seja, impositivas limitações em face da orientação sexual dos pais acarreta injustificável prejuízo e afronta à própria finalidade protetiva

à qual a Constituição outorga especial atenção, posto que em seu artigo 3º, §4º, proíbe e não admite qualquer forma de discriminação, seja ela de qualquer natureza.

Não há nenhuma Lei em nosso ordenamento jurídico que promova a devida proteção aos casos de adoção por casais homoafetivos, logo é necessária uma maior atenção por parte do judiciário ao analisar o caso em concreto, sempre visando o melhor interesse da criança.

A solução de casos como este, não poderá ser baseada em preconceitos e posicionamentos particulares dos julgadores, ou seja, quando existir em lacunas na lei, deverão ser utilizados os costumes, a analogia e os princípios gerais do Direito, como consta na Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 4º.

Cumprido ressaltar, que alguns tribunais vem entendendo por bem aceitar a adoção por casais do mesmo sexo, conforme nos mostram os julgados a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA") (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)

Outro exemplo é:

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante.

Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotado, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de impedimento à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido" 1998.001.14332 APELACAO DES. JORGE MAGALHAES - Julgamento: 23/03/1999 - NONA CAMARA CIVEL.

Por fim, temos que o nosso ordenamento jurídico, bem como o meio social ao qual estamos inseridos não poderá ser mais alienado em relação a tal fato que está cada vez mais presente.

4 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS A ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Ante a complexidade do tema abordado, várias são as alegações daqueles que são a favor e dos que são contra a adoção de crianças por casais homossexuais. Segundo Arnaldo Marmitt (1993, p. 112-113):

Se de um lado não há impedimento contra o impotente, não vale o mesmo, quanto aos travestis, aos homossexuais, as lésbicas, as sádicas, etc; Sem condições morais suficientes. A inconveniência e a proibição condizem mais com o aspecto moral, natural e educativo.

Nesse sentido, Wilson Liberati (2004, p. 144) tem uma posição contrária em relação à adoção homoafetiva, onde defendendo seu impedimento com base no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente que exige que o adotante tenha um lar que

proporcione a criança uma convivência harmônica e uma família constituída. No entanto, no que diz respeito à família, esta deve proporcionar interesses assegurados ao adotando, tais como dignidade, respeito, liberdade, inviolabilidade da integridade da sua autonomia, dos seus ideais e crenças, bem como dos seus valores. Sustenta ainda (2004, p. 144): "Outro impedimento absoluto e insanável é aquele que proíbe a outorga da adoção a duas pessoas, em conjunto, do mesmo sexo. Não é possível, pelo menos nos dias de hoje, aceitar como família dois homossexuais".

Por outro lado, grande parte da doutrina defende a possibilidade de adoção por casais homossexuais, sob o argumento de que tal condição poderá trazer benefícios ao adotado, bem como oferecer um ambiente familiar adequado.

Nessa esteira, o posicionamento de Ana Paula A. Barion Peres (PERES. Op.Cit. p. 111):

Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma forma nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Por esse motivo, assevera: Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e quaisquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.

E também o de Eduardo de Oliveira Leite citando John Bruer (2005, p. 103-104):

Para que um argumento seja verdadeiramente válido (cientificamente falando) é fundamental" que ele traga provas fáticas que ultrapassem nossas presunções (ou nossas opiniões pré-concebidas) e nossas preferências ideológicas sobre qual seria a política desejável. A ciência deve poder determinar quais são as melhores estratégias para atingir os objetivos fixados pelas políticas públicas. Ela é suscetível de contribuir aos debates públicos, esclarecendo as causas, os mecanismos e os efeitos dos meios de ação que se podem explorar com maior eficácia. Se o discurso mantido pela ciência é equivocado, dissimulado, ou mal interpretado, nossa política de ação passa a ser dirigida por meios inadequados, ineficazes ou inexistentes. Perdemos nosso tempo e nosso potencial tentando modificar a situação, apoiando-nos sobre causas, mecanismos ou efeitos que não existem

Logo, o que se observa nos dias atuais é que a jurisprudência brasileira vem paulatinamente acolhendo a adoção por casais homossexuais e não se pode afirmar que a adoção por tais pessoas, principalmente no que tange ao argumento de não serem um bom exemplo para os adotados, constituiria, a princípio, um obstáculo ao direito de adoção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por escopo expor a divergência que existe acerca da adoção por casais homossexuais, elencando os principais argumentos contrários e favoráveis, bem como trazendo uma ideia acerca de tal instituto.

A sociedade possui uma visão restrita em relação ao tema, vez que não possui condições e perspectivas no avanço da evolução humana, no que se refere a tudo que envolve relação à sexualidade.

O respeito à sexualidade é importante para o indivíduo, sendo este um direito fundamental inerente a ele. Por este motivo, o direito passou a buscar princípios que tutelassem a livre opção e manifestação sexual. Sua proteção destaca-se na Carta Magna em vários aspectos, mas apesar de tal proteção, se a homossexualidade, bissexualidade e transexualidade tornassem motivos de preconceitos ou discriminação, restaria insignificante toda a garantia advinda do texto constitucional.

Tem-se ainda, que a omissão do Constituinte ao tratar da família no artigo 226, bem como de seus desdobramentos, fez com que houvesse proibição às relações homoafetivas, nem muito menos significa dizer que a entidade familiar homoafetiva está ausente de tutela jurídica.

O que se observa é que a instituição familiar desde sua concepção até os dias atuais vem passando por inúmeras modificações, principalmente no que se refere a sua forma de organização. As famílias constituídas por adoção possuem a mesma proteção e direitos que as constituídas biologicamente. Sendo assim, uma vez que restou estabelecido que a união por tais casais, considera-se como família, não resta dúvida que o direito à adoção também é garantido.

O Direito Brasileiro deve sempre acompanhar os anseios da sociedade, de forma a acolher a possibilidade da adoção por casais homossexuais, vez que há uma omissão legislativa a esse respeito, razão pela qual deverá ser aplicado analogicamente o Direito Consuetudinário, além de garantir a aplicação dos princípios gerais de direito, sempre atentando aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o fim social que se busca é acima de tudo, resguardar e proteger a dignidade da criança e do adolescente.

Pode-se afirmar de acordo com os estudos realizados que qualquer indivíduo desde que preencha todos os requisitos pré-estabelecidos para a adoção, poderá adotar independente de sua opção sexual. Deve-se levar em consideração em qualquer caso, o melhor interesse da criança, qual seja: viver sob um ambiente familiar agradável, ter afeto, condições básicas de sobrevivência, educação e saúde.

Cumprido ressaltar, que existe sim a possibilidade de uma pessoa de orientação sexual diferente adotar isoladamente. Tal direito não lhe pode ser negado, mas o que infelizmente se vê na prática é que a orientação sexual dos adotantes interfere no que diz respeito à adoção. Entretanto não se pode levar isso em consideração ao determinar o deferimento do pedido de adoção, caracterizando discriminação quando assim não ocorrer.

Sendo assim, pode-se concluir que, o convívio afetivo gera a ideia de família e de acordo com a garantia constitucional estabelecida é possível que casais homossexuais tenham o direito de adotar, vez que deve-se levar em consideração sempre o bem-estar do adotado, assim como seu melhor interesse. Para a criança é muito mais vantajoso sua inserção em um convívio familiar do que permanecer em orfanatos ou no abandono das ruas, submetendo-se a violência e a toda sorte de degradação pessoal.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Civil: direito de família*. Campinas: Red Livros 2004.

BRUER, John. Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. *Adoção por casais homossexuais e o interesse da criança. Grandes temas da atualidade: Adoção, aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1983.

CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. 18ª edição, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União Homossexuais. Efeitos jurídicos*. 1ª ed. São Paulo: Método, 2004.

GRANATO, Eunice Ferreira R. *Adoção: doutrina e prática*. 1ª. Edição. Curitiba: Juruá, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: Adoção, aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Apud GRANATO, Eunice Ferreira R. *Adoção: doutrina e prática*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

NÚCLEO de Bibliotecas, Centro Universitário Newton Paiva. *Manual para Elaboração e Apresentação dos Trabalhos Acadêmicos: Padrão Newton Paiva*. Atualização setembro 2011. Belo Horizonte, 2012. Disponível em < http://www.newtonpaiva.br/NP_conteudo/file/Manual_aluno/Manual_Normalizacao_Newton_2011.pdf>. Acesso em 27 de maio de 2012.

PERES, Ana Paula A. Barion. *Adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38.

SANTOS, Izequias Estevam dos. *Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica*. 7ª ed. rev. atual. ampl. Niterói, RJ: Impetrus, 2010.

NOTA DE FIM

1 Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

APLICAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO ESPECIAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 209/2012

Sérgio Henrique Fortes de Castro¹

RESUMO: O presente artigo busca explicar os efeitos da PEC 209/2012 no ordenamento jurídico brasileiro que almeja um processo seguro, justo, célere e sempre amparado pela Constituição da República.

PALAVRAS-CHAVE: PEC 209/2012, efetividade e celeridade, função do Superior Tribunal de Justiça, repercussão geral.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Processual

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios atuais do Poder Judiciário brasileiro é, indubitavelmente, aperfeiçoar o seu trabalho com o escopo de dar maior celeridade ao processo e, conseqüentemente, dar maior eficiência aos provimentos jurisdicionais dele emanados.

Este desafio vem obtendo atenção especial do legislador pátrio, especialmente devido ao exorbitante número de ações que tramitam perante o Poder Judiciário brasileiro, que engessa o sistema e, por consequência, tolhe do jurisdicionado a obtenção de uma razoável duração do processo, conforme garantido no art. 5º, inciso LXXVIII (SARAIVA, 2013, p. 11) da Constituição Federal de 1988.

Por isso, é constante, por parte dos nossos legisladores, a busca de novas técnicas que são elaboradas e introduzidas em nosso ordenamento jurídico com o escopo de garantir aos jurisdicionados um processo que seja justo e, principalmente, célere.

Dentre as inúmeras alterações já realizadas, destaca-se, por ser objeto de estudo neste trabalho científico, o instituto da *repercussão geral*, hoje vigente como requisito de admissibilidade para o Recurso Extraordinário (art. 102, §3º, da Constituição Federal) e que se pretende, através da PEC n. 209/2012, estender a aplicação do instituto para o Recurso Especial.

Sabe-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça foi criado, com o advento da Constituição Federal de 1988, visando desafogar o Supremo Tribunal Federal, que já estava extremamente sobrecarregado pelo sistema de competências originária e recursal atribuídas pela Constituição abrogada (MOREIRA, 2011, p. 291-297).

Com base nessas premissas, passaremos ao estudo da PEC 209/2012, procurando refletir sobre a extensão do instituto processual da *repercussão geral* ao Recurso Especial e as conseqüências daí advindas, especialmente no que tange às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988.

2 TEMPO E PROCESSO: A ETERNA LUTA ENTRE EFETIVIDADE E CELERIDADE

A Constituição Federal prevê, dentre outras garantias fundamentais, o devido processo legal, a razoável duração do processo e a celeridade processual. Dessa maneira, cumpre à legislação processual atender, da maneira mais eficiente possível, ao pleito daquele que exerceu o seu direito de obter uma prestação jurisdicional, bem como daquele que resistiu à pretensão apresentando defesa. (TUCCI, 2000, p. 235).

O art. 8º, inciso I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que introduziu as garantias processuais ao sistema brasileiro, preconiza:

"Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza" [...]

Após a assinatura e ratificação do tratado internacional (Pacto de San José da Costa Rica) pelo Brasil, adveio a Emenda Constitucional n. 45/2004, denominada *Reforma do Judiciário*, que, além de outras substanciais alterações, acrescentou ao art. 5º, da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, que dispõe: "LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (SARAIVA, 2013, p. 11).

Assim, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, o ordenamento jurídico brasileiro passou a ter o de-

ver de criar mecanismos com o escopo de garantir a razoável duração do processo aos jurisdicionados.

É importante ressaltar que alguns estudiosos entendem que a razão da morosidade do Poder Judiciário brasileiro se dá em razão do formalismo excessivo presente no Código de Processo Civil, e não o excesso de recursos (TAKOI, 2007, p. 57).

Neste ponto, é de bom alvitre citar trecho do voto do Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, em que ele foi vencido parcialmente, proferido por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp n. 449.486-PR, em que o referido Ministro faz uma interessante reflexão sobre o excesso de formalismo no Poder Judiciário brasileiro:

Sr. Presidente, tenho medo de tirania, e tenho impressão de que a pior das tiranias, é a tirania do juiz. Os magistrados brasileiros começam a sofrer de algo que eu chamaria de "síndrome do açougueiro". Veja-se porque: o criador vê em uma rês a manifestação de vida e força. Já o açougueiro enxerga naquela rês a morte e os pedaços que renderá para seu açougue.

O excesso de trabalho e o cientificismo processual fazem o juiz examinar processo em busca de uma falha que justifique o não conhecimento. O juiz brasileiro, hoje, alegra-se quando consegue não conhecer do recurso. Faz assim, não por maldade, mas por excesso de trabalho (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 449.486-PR. Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Embargado: João Vicente Alves. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 02 de junho de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=454826&sReg=200300500293&sData=20040906&formato=PDF> Acesso em 10 de junho de 2013).

Tais posicionamentos advêm, certamente, da dificuldade encontrada não só pela doutrina brasileira, mas, também pela jurisprudência, no que tange à compatibilização de uma razoável duração do processo com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 09-46).

Entretanto, reformas processuais como a trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, tem sido uma tendência não só no Direito brasileiro, como também em vários outros países do mundo, justificado pelo fato de que a razoável duração do processo está inserida dentro dos direitos do homem acobertados pela maioria dos povos civilizados, contemporaneamente (THEODORO

JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 09-46).

A partir dessa reflexão acerca do que deve prevalecer – se um processo célere ou se um processo que respeite inequivocamente o contraditório e a ampla defesa – nasce uma eterna luta entre a efetividade e a celeridade processual, ainda sem um denominador comum.

Mas, se o Pacto de San José da Costa Rica foi assinado e ratificado pela República Federativa do Brasil, o nosso ordenamento jurídico absorveu, como garantia constitucional, a razoável duração do processo, o que possibilitou a criação de mecanismos processuais semelhantes ao da Repercussão Geral e outros “filtros” de recursos.

Não é por motivo diferente que, atualmente, através da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, o inciso LXXVIII foi introduzido ao art. 5º, da Constituição Federal de 1988, inserindo a razoável duração do processo como um Direito fundamental do jurisdicionado.

Mas, a necessidade de se adequar o Direito fundamental a uma razoável duração do processo com outras garantias constitucionais advém do próprio texto constitucional, especificamente no art. 5º, §2º, que dispõe:

§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (SARAIVA, 2013, p. 11).

A briga eterna entre efetividade e celeridade existe para que o Direito não se volte contra sua própria natureza e se faça engessar por medidas meramente temporárias e que não proporcionarão o resultado prático desejado (ARRUDA, 2006, p. 375).

3 REPERCUSSÃO GERAL: CONCEITO, APLICAÇÃO E ABRANGÊNCIA

Conforme já dito, a Emenda Constitucional n. 45/04 introduziu no ordenamento jurídico pátrio a garantia constitucional do jurisdicionado em obter uma prestação jurisdicional em tempo razoável e, também, instituiu o regime da *repercussão geral* como um dos requisitos para o cabimento de Recurso Extraordinário.

A Emenda Constitucional n. 45/04 acrescentou ao art. 102, da Constituição Federal, o §3º, que dispõe:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (SARAIVA, 2013, p. 42).

O Supremo Tribunal Federal descreve o instituto da repercussão geral:

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a "Reforma do Judiciário". O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria (BRASIL Supremo Tribunal Federal. Glossário Jurídico. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em 10 de junho de 2013).

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ensina sobre a conceituação legal de decisão que oferece repercussão geral:

Para justificar o recurso extraordinário, não basta ter havido discussão constitucional no julgado recorrido. O STF não conhecerá do recurso "quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral" (art. 543-A, caput). Por repercussão geral, a lei entende aquela que se origina de questões que "ultrapassam os interesses

subjetivos da causa", por envolver controvérsias que vão além do direito individual ou pessoal das partes. É preciso que, objetivamente, as questões repercutam fora do processo e se mostrem "relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico" (art. 543-A, §1º). (JUNIOR, 2010. p. 651)

FREDIE DIDIER JÚNIOR e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA (2009, p. 331) também ensinam sobre o instituto da repercussão geral:

A EC n. 45/2004 acrescentou o §3º ao art. 102 da CF/88, inovando em matéria de cabimento do recurso extraordinário. Prescreve o dispositivo o ônus do recorrente de demonstrar a "repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso", a fim de que o "tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos seus membros". Embora seja da competência das turmas do STF o julgamento do recurso extraordinário, a análise dessa questão preliminar deve ser feita pelo Pleno, a quem devem ser remetidos os autos.

Nessa nova sistemática processual, portanto, é ônus do recorrente, além de fundamentar o seu recurso extraordinário em uma das hipóteses de cabimento previstas no art. 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988, demonstrar que a matéria que ele pretende levar à apreciação do Supremo Tribunal Federal possui repercussão geral.

E para cumprimento deste requisito de cabimento do recurso extraordinário, nos termos do art. 543-A, §2º, do Código de Processo Civil, cabe ao recorrente, em preliminar, elaborar tópico específico em seu recurso extraordinário demonstrando que a questão que ele pretende levar à apreciação do Supremo Tribunal Federal detém relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico (DIDIER JR, 2009. p. 332).

A Constituição estabeleceu, ainda, que a repercussão geral somente será reconhecida por meio do voto da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, os quais deverão analisar a relevância do caso concreto apresentado, sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico (NUNES, et al, 2011. p. 347)

O quórum qualificado de maioria absoluta tem justificativa nas consequências advindas da decisão que julgar uma causa em que se tenha reconhecido a repercussão geral da matéria constitucional (DANTAS, 2010. p. 211).

DIERLE NUNES, ALEXANDRE BAHIA, BERNARDO RIBEIRO CA-

MARA e CARLOS HENRIQUE SOARES (2011, p. 348) comentam, em termos gerais, as consequências do julgamento de uma questão constitucional em que se reconheceu a repercussão geral:

Dessa forma, tribunais e turmas de recursos de juizados especiais têm parâmetros para não enviar RE e agravos sobre matérias que já tiveram a questão "definida". Se não há repercussão, os casos são arquivados. Havendo repercussão e julgado o mérito de um tema com repercussão geral, aqueles juízos aplicarão esse entendimento aos recursos sobrestados.

Nota-se, portanto, que introdução do regime da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro teve por escopo atingir as causas repetitivas e que transcendem os interesses subjetivos das partes litigantes, conforme bem ponderado por HUMBERTO THEODORO JUNIOR (2010, p.653):

Como se vê, a repercussão geral, disciplinada pela Lei nº 11.418/2006, editada com o fito de reduzir o excessivo e intolerável volume de recursos a cargo do STF, não teve como objeto principal e imediato os extraordinários manejados de maneira isolada por um ou outro litigante. O que se ataca, de maneira frontal, são as causas seriadas ou a constante repetição das mesmas questões em sucessivos processos, que levam à Suprema Corte milhares de recursos substancialmente iguais, o que é muito frequente, v.g., em temas de direito público, como os pertinentes aos sistemas tributário e previdenciário, e ao funcionalismo público. A exigência de repercussão geral em processos isolados, e não repetidos em causas similares, na verdade, não reduz o número de processos no STF, porque, de uma forma ou de outra, teria aquela Corte de enfrentar todos os recursos para decidir sobre a ausência do novo requisito de conhecimento do extraordinário.

E nesse contexto, a Lei n. 11.418/2006, introduziu ao Código de Processo Civil os artigos 543-A e 543-B. O primeiro regulamenta a demonstração de repercussão geral no recurso extraordinário, enquanto o segundo trata dos casos em que houver multiplicidade de recursos com idêntico fundamento.

No caso do art. 543-B, do Código de Processo Civil, a análise da repercussão geral será processada conforme o disposto

no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, observado as regras gerais dispostas no referido dispositivo legal.

É na hipótese do art. 543-B que HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2010, p. 653) vislumbra o melhor resultado prático para o escopo da criação do instituto da repercussão geral:

O grande feito redutor dar-se-á pelos mecanismos de represamento dos recursos iguais nas instâncias de origem, os quais, à luz do julgado paradigma do STF, se extinguirão sem subir à sua apreciação (art. 543-B, §2º); e ainda pela extensão do julgado negativo do STF de um recurso a todos os demais em tramitação sobre a mesma orientação (art. 543-A, §5º).

Todo esse esforço legislativo tem por escopo consolidar a finalidade " eminentemente política " do Recurso Extraordinário, sendo que tal finalidade não o exclui do rol de institutos processuais que visam impugnar as decisões judiciais, com o escopo de reformá-las (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 656).

4 A FUNÇÃO DO STJ E A IMPORTÂNCIA DO RECURSO ESPECIAL COMO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO FEDERAL

O Superior Tribunal de Justiça tem como função primordial a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, e o recurso especial, por consequência, não tem por escopo principal a correção de injustiças da decisão recorrida. (DIDIER JÚNIOR, p. 316).

MISAEEL MONTENEGRO FILHO (2009, p. 170) ensina sobre as particularidades que diferenciam os recursos extremos dos outros recursos previstos em nosso ordenamento jurídico:

Como premissa necessária à compreensão das espécies em exame, devemos fixar a ratio da existência dos recursos especial e extraordinário, que se afastam em termos de requisitos e de finalidades, de todos os demais recursos previstos de forma taxativa na Lei Processual Civil.

O tema sobre o qual nos debruçamos neste instante passa pela análise da constatação de que o STF e o STJ não se apresentam como terceira instância, aberta após o esgotamento da denominada instância ordinária (1º e 2º Graus de Jurisdição). A finalidade dos dois tribunais não é a de rever erros in judicando dos magistrados do 1º Grau de Jurisdição e dos tribunais, ou seja, não se prestam à análise dos elementos de fato dos processos judiciais que lhes são confiados.

Nesse ínterim, a competência atribuída pela Constituição Federal de 1988 ao Superior Tribunal de Justiça tem por objetivo a proteção do direito objetivo, no caso do recurso especial, da uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, evitando que a variedade de interpretação possa desvirtuar o seu sentido (FILHO, 2009, p. 171).

Essa diferenciação de tratamento dado aos recursos extremos possui fincas no fato de que a Constituição Federal de 1988, ainda que de forma implícita (FILHO, 2009, p. 19), garante aos cidadãos apenas o Direito ao duplo grau de jurisdição.

Assim, o recurso especial é um importante instrumento processual para a efetivação da função primordial do Superior Tribunal de Justiça, que é a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional.

Se a proposta de emenda a constituição supramencionada for aprovada irá obstar que Superior Tribunal de Justiça atue como mera duplicação da segunda instância, porque o seu papel, conforme foi demonstrado, será, exclusivamente, o de analisar causas de relevância federal (SOARES, 2005).

5 A PEC N. 209/2012

A partir do modelo adotado para o recurso extraordinário, começou a tramitar no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição n. 209/2012, que visa estender a aplicação da sistemática da repercussão geral, também, ao recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

Na justificativa da PEC n. 209/2012, a deputada que elaborou o projeto citou números obtidos pelo Supremo Tribunal Federal depois da regulamentação do instituto da repercussão geral, demonstrando a efetividade do instituto para a diminuição do número de recursos que chegam ao Supremo:

No entanto, ao exercício dessa competência, soerguem-se problemas de congestionamento similares aos que suscitaram estabelecer, no âmbito dos recursos extraordinários (competência do Supremo Tribunal Federal), a introdução do requisito da repercussão geral à sua admissibilidade. Conforme se pôde depreender numericamente no caso da Excelsa Corte, quanto à distribuição processual, de 159.522 (cento e cinquenta e nove mil, quinhentos e vinte e dois) processos em 2007 (ano em que a Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, entrou em vigor, regulamentando infraconstitucionalmente o § 3º do art. 102, da Constituição Federal), reduziu-se para 38.109 (trinta e oito mil, cento e nove) proces-

sos em 2011. (Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=3AFECB25E4E7B0372C6A3F4EF1A36A85.node1?codteor=1020915&filename=Tramitacao-PEC+209/2012> Acesso em 10/06/2013)

Sendo assim, a PEC n. 209/2012 tem o escopo de aproximar o jurisdicionado das inovações introduzidas pelas recentes reformas que tiveram por fito dar efetividade ao Direito fundamental do cidadão a uma duração razoável do processo, conforme também exposto na justificativa da PEC:

Resta por necessária a adoção do mesmo requisito no tocante ao recurso especial, recurso esse de competência do STJ. A atribuição de requisito de admissibilidade ao recurso especial suscitará a apreciação de relevância da questão federal a ser decidida, ou seja, devendo-se demonstrar a repercussão geral, considerar-se-á a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Atualmente, vigora um modelo de livre acesso, desde que atendidos os requisitos já explicitados como constantes do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal. De tal sorte, acotovelam-se no STJ diversas questões de índole corriqueira, como multas por infração de trânsito, cortes no fornecimento de energia elétrica, de água, de telefone. Ademais, questões, inclusive já deveras e repetidamente enfrentadas pelo STJ, como correção monetária de contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) que, nos primeiros 16 (dezesseis) anos de funcionamento do STJ, respondeu por cerca de 21,06% do total de processos distribuídos, um quantitativo de vultosos 330.083 (trezentos e trinta mil e oitenta e três) processos.

Portanto, é de bom alvitre estender ao recurso especial a sistemática da repercussão geral, uma vez que permitirá o bom funcionamento do Superior Tribunal de Justiça na sua função primordial de uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional e, via de consequência, permitirá uma resposta jurisdicional mais célere e efetiva.

6 O CIVIL LAW E O COMMON LAW NO DIREITO BRASILEIRO: OVERRULING E O DISTINGUISHING

Para a efetivação desta sistemática no recurso especial, é ne-

cessário a utilização de alguns mecanismos originários do civil law e do common law, com o escopo de não engessar o sistema de interpretação da norma infraconstitucional e, assim, permitir que o Direito evolua de acordo com os anseios sociais.

Nessa busca de um sistema que permita a coexistência de um filtro recursal e de um sistema de revisão pontual desses entendimentos firmados, é que o Direito brasileiro sofre, cada vez mais, influências do common law em suas decisões.

Sobre essa influência, manifestou-se o Ministro LUIZ FUX, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 795.809 / RS:

O Sistema processual adotado pelo código de processo civil, conferindo força à jurisprudência do E. STF no sentido de submeter as cortes inferiores ao seu entendimento nos casos de repercussão geral, aproxima-se do regime vigorante na common law, que, em essência, prestigia a isonomia e a segurança jurídica, cláusulas pétreas inafastáveis de todo e qualquer julgamento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 795.809 / RS. Agravante: União. Agravado: Carlos Pereira Goulart. Relator Min. LUIZ FUX. Brasília, 18 de dezembro 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docD=3418651>> Acesso em 09/06/2013.

E a partir dessa influência do common law no nosso ordenamento jurídico (que segue majoritariamente os princípios do civil law) poderão surgir vários mecanismos efetivos advindos dessa união dos dois sistemas fazendo com que a análise de um dispositivo de lei e a utilização dos costumes construídos pela jurisprudência, sejam utilizados concomitantemente no momento da solução definitiva de um litígio pelo Poder Judiciário (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 9-52)

Essa evolução do Direito brasileiro tem por princípio a utilização da hermenêutica jurídica² para solução efetiva dos litígios, que permite ao operador do direito que, utilizando-se concomitantemente dos dispositivos legais (civil law) e dos costumes (common law), possa buscar a melhor solução para o litígio.

Com isso, deixa-se de lado a ideia de que o magistrado sempre será a “boca da lei”³, e passa-se a um sistema que pondera tanto a vontade do legislador, quanto as reiteradas decisões dos Tribunais sobre a questão.

No caso da utilização da repercussão geral no recurso especial, se aprovada a PEC n. 209/2012, a utilização desse sistema misto (common law e civil law), contribuiria para que as decisões

proferidas nesta sistemática tivessem maior celeridade e um alcance efetivo na sociedade com um todo.

A ideia de decidir os litígios inspirando em decisões sumuladas em jurisprudências pátrias pode gerar certa insegurança jurídica. Esta ideia, todavia, pode ser afastada pela existência de duas técnicas para o impedimento da consolidação (engessamento) das decisões que são o overruling e o distinguishing (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 9-52).

Sobre o tema, doutrinam DIERLE NUNES e HUMBERTO THEODORO JUNIOR que o overruling refere-se a possibilidade dos demandantes postularem perante a Corte que emitiu o precedente (ou esta fazê-lo de ofício) a releitura do antigo precedente mostrando as alterações nas hipóteses fáticas/jurídicas que lhes deram origem (2010, p. 42).

Já o distinguishing é uma forma de se fugir ao rigor dos precedentes; pode-se mostrar que o caso possui particularidades que o diferenciam, ou seja, para além das similaridades, advoga-se para que o Tribunal julgue o caso em razão de novas questões jurídicas (ou de particularidades fáticas) não pensadas ou discutidas nos precedentes (2010, p. 42)

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é sabido, o Superior Tribunal de Justiça encontra-se diante de muitos Recursos Especiais para serem apreciados. Semelhante situação vivenciou o Supremo Tribunal Federal, quando precisava analisar os Recursos Extraordinários.

Assim, houve a possibilidade de implementar a repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos que eram destinados ao Supremo Tribunal Federal.

Diga-se de passagem, a necessidade de demonstrar a repercussão geral como requisito para a admissibilidade dos Recursos Extraordinários provou grande redução no número de recursos destinados ao colendo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Câmara dos Deputados, Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1036629&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+209/2012. Acessado em 02 de junho de 2013).

A proposta de emenda à Constituição (PEC 209/2012) tem como objetivo acrescentar o §1º no artigo 105 da CR/88, para que exija no Recurso Especial a demonstração de relevância, social econômica, jurídica ou política (aplicação do instituto da repercussão geral).

O presente filtro processual é observado com bons olhos por muitos operadores do direito; pois possibilitará que o Estado por meio do judiciário exerça o seu poder de jurisdição de maneira mais efetiva e célere.

Ademais, a proposta de emenda à constituição em análise demonstra uma relação harmônica com a Constituição da República de 1988, pois, preconiza em seu teor a razoável duração do processo.

Além disso, à presente PEC nos revela um amparo de muita valia para o judiciário brasileiro; pois, possibilitará ao Superior Tribunal de Justiça o descongestionamento processual.

Aliado ao descongestionamento processual teremos como resultado o afastamento da insegurança injurídica em todo o ordenamento jurídico; pois caberão as turmas do colendo Superior Tribunal de Justiça analisar cada caso com maior preciosismo, projetando assim jurisprudências cristalinas e que por ventura poderão se transformar em súmulas que servirão de parâmetro para todo o judiciário brasileiro.

Assim, os juízes de primeiro e segundo grau serão amparados com melhores jurisprudências, possibilitando assim julgamentos com mais qualidade, com menos índices de erros.

Com isso, resta demonstrado os benefícios inerente da PEC 209/2012, a qual apresentará todo o ordenamento jurídico, que poderá preferir sentenças com maior celeridade e eficiência.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 449.486-PR. Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Embargado: João Vicente Alves. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 02 de junho de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=454826&sReg=200300500293&sData=20040906&formato=PDF>. Acesso em 10 de junho de 2013.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Glossário Jurídico. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/porta/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em 10 de junho de 2013.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 795.809 / RS. Agravante: União. Agravado: Carlos Pereira Goulart. Relator Min. LUIZ FUX. Brasília, 18 de dezembro 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/pagadorpub/pagador.jsp?docTP=TP&docID=3418651>> Acesso em 09/06/2013.

Dantas, Bruno. Repercussão Geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JUNIOR., Fredie Didier e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JUNIOR., Fredie Didier e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 10ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FILHO, Misael Monteiro. Curso de Direito Processual Civil. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Rose. Proposta de emenda à Constituição 209/2012. Câmara dos Deputados, Brasília, 23 agosto 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947>>. Acesso em 5 de novembro de 2012.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, Fernando Mil Homens; NOVAIS, Fabrício Murad. Reflexões sobre o cabimento do recurso extraordinário e do papel do recurso especial na ordem constitucional brasileira: premissas para uma discussão séria. Revista de Processo. Ano 36. n. 198. Fev-2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, Fernando Mil Homens; NOVAIS, Fabrício Murad. Reflexões sobre o cabimento do recurso extraordinário e do papel do recurso especial na ordem constitucional brasileira: premissas para uma discussão séria. Revista de Processo. Ano 36. n. 198. Fev-2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CAMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual Civil Fundamentação e Aplicação. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARAIVA. Vademecum Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Soares, Ribamar. Recurso Especial - Repercussão Geral. Biblioteca Digital Câmara, Brasília, dezembro. 2005. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1449/recurso_especial_soares.pdf?sequence=1>. Acesso em 11 de maio de 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. Revista de Processo. Ano 34. n. 177. Novembro de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 51ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Revista de Processo. N. 189. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TAKOI, Sérgio Massaru. O Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo (art. 5º LXXVIII da CF/88) e sua aplicação no Direito Processual Civil. São Paulo: FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO - FADISP, 2007. Disponível em http://www.fadisp.edu.br/download/sergio_takoi.pdf. Acesso em 10 de junho de 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias Constitucionais do Processo Civil. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TAKOI, Sérgio Massaru. O Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo (art. 5º LXXVIII da CF/88) e sua aplicação no Direito Processual Civil. São Paulo: FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO - FADISP, 2007. Disponível em http://www.fadisp.edu.br/download/sergio_takoi.pdf. Acesso em 10 de junho de 2013.

NOTAS DE FIM

1 Graduando em direito pelo Centro Universitário Newton Paiva

2 Entende-se como hermenêutica jurídica toda análise realizada em determinado caso concreto. Porém, trata-se de uma análise que se utiliza de um fenômeno jurídico, pelo qual, o operador do direito busca interpretar os dispositivos legais com a exclusão do pré-conceito já elaborado, construindo assim a resposta correta à luz do caso concreto bem como sob a égide de uma comunidade de princípios. (DWORKIN, império do direito).

3 Expressão utilizada após a Revolução Francesa, que preconizava que os juízes deveriam aplicar, de forma mecânica, as leis elaboradas pelo poder legislativo. (MARQUES, Luiz Guilherme. Boca da Lei. Revista Jus Vigilantibus, 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/23218>.> Acesso em 10 de junho de 2013.

APLICAÇÃO DA TEORIA DO *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO BRASILEIRO

Mariana Baudson Godoi de Queiroz²

RESUMO: O instituto do *punitive damages*, de origem norte americana está sendo habitualmente empregado pelo Poder Judiciário brasileiro, tendo em vista a necessidade de expandir a função de reparação da responsabilidade civil para compreender também as funções de prevenção e punição. Contudo, deve ser realizado um estudo científico, jurídico, político e sociológico para não distorcer o caráter punitivo da indenização por danos morais e acarretar em erros jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; dano moral; indenização punitiva.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, apesar de ser um instituto sedimentado na doutrina e jurisprudência brasileira, está em constante evolução, e seu atual cenário passa por transformações, tendo em vista que seu modelo tradicional de reparação da compensação de danos não se mostra suficiente para solucionar a complexidade das relações sociais atuais.

Desta maneira, com a maior aplicabilidade das normas constitucionais e anseio por meios mais eficazes para prevenção do ato ilícito, analisa-se a aplicação de novas funções da responsabilidade civil, através das funções de punição e prevenção do ato ilícito, trazidas por meio do instituto do *punitive damages* de origem anglo saxônica.

Neste sentido, este artigo tem o escopo de demonstrar a possível aplicação do instituto *punitive damages*, mais adequadamente interpretado como "indenização punitiva", ao Direito brasileiro.

Primeiramente serão introduzidas noções gerais de responsabilidade civil e dano moral, conceituando e classificando os diferentes tipos de responsabilidade civil e apresentando seus elementos. Ademais, será diferenciada a responsabilidade civil patrimonial da responsabilidade civil extrapatrimonial, demonstrando a base constitucional da reparação por danos morais, bem como seus imbrólios.

Apresentados os parâmetros iniciais, passa-se a análise do instituto do *punitive damages*, estabelecendo sua definição, diferenciando o sistema do *common law* que deu origem a tal instituto, do sistema do *civil law*, e, ainda, analisando o seu contexto histórico, bem como os casos concretos em que é aplicado nos países de origem.

Por fim, será analisado o caráter punitivo da indenização por danos morais no direito civil brasileiro, demonstrando o enten-

dimento doutrinário e jurisprudencial, e, após, abordar a possibilidade de aplicação do *punitive damages* no direito brasileiro.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL

2.1 Conceito de responsabilidade civil

Inicialmente, para melhor compreensão do tema abordado, deve-se tecer o conceito de responsabilidade civil, que está relacionado a um encargo, um dever de reparação de um prejuízo decorrente da violação de normas preexistentes.

Pressupõe uma conduta positiva ou negativa, decorrente de um ato ilícito, que viola dever jurídico legal ou contratual, surgindo, portanto, a obrigação de reparação do dano causado.

Contudo, a definição de responsabilidade civil, não constitui tarefa simples, vez que juristas e doutrinadores constroem sua própria definição e conceito para tal instituto.

Para Maria Helena Diniz (2009, p. 34), a responsabilidade civil é definida como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 09), lecionam que:

A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando,

assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

Segundo as palavras de Rui Stoco (2007, p. 114):

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim respondere, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Diante destes conceitos, conclui-se que a responsabilidade civil é aquela que deriva de todo ato praticado por pessoa física ou jurídica, conseqüente de uma ilicitude, que infringe norma jurídica legal ou contratual, ficando o agente obrigado a reparar o dano, tendo em vista o direito da vítima de ser indenizada na intensidade do dano sofrido.

A doutrina majoritária fragmenta a responsabilidade civil em razão da culpa e pela natureza da norma jurídica violada, podendo ser classificada basicamente como: subjetiva e objetiva, e contratual e extracontratual.

A responsabilidade civil subjetiva é aquela em que será apurada a culpa do agente causador do dano, em virtude de um ato doloso ou culposo, decorrente de uma negligência ou imprudência, ficando obrigado à reparação, cabendo à vítima, provar a culpa do agente.

Sobre a responsabilidade subjetiva, Silvio Rodrigues (2002, p. 11) leciona que:

Se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que de acordo com entendimento clássico a "concepção tradicional a responsabilidade do agente do dano só se configura se agiu culposamente ou dolosamente". De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. "A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

No ordenamento jurídico pátrio, a cláusula geral da respon-

sabilidade civil subjetiva está prevista nos artigos 186 c/c 927 do Código Civil de 2002.

Contudo, a responsabilidade subjetiva é insuficiente para solucionar os danos suportados pela sociedade atual, marcada pela complexidade das relações comerciais e sociais, surgindo, assim, a responsabilidade civil objetiva.

Esta segunda modalidade, qualifica-se como aquela em que se dispensa a aferição de culpa do agente, sendo o dolo ou a culpa, insignificantes para a sua caracterização, observando somente o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, para que nasça a obrigação de indenizar.

O fundamento principal para a caracterização da responsabilidade civil objetiva surgiu da Teoria do Risco, pautada na ideia que a atividade desenvolvida pelo agente causador do dano, por sua natureza, gera um risco aos direitos de terceiros, legitimada pelo artigo 927 do Código Civil Brasileiro de 2002.

A responsabilidade objetiva veio ratificada em cláusulas específicas na legislação brasileira, que preveem a sua aplicação, como por exemplo, o abuso de direito (art. 187 CC/02), o exercício de atividade de risco ou perigosa (art. 927, parágrafo único, CC/02), os danos causados por produtos (art. 931 CC/02), a responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932 e art. 933 do CC/02), a responsabilidade pelo fato da coisa ou do animal (art. 936, 937 e 939 do CC/02), a responsabilidade dos incapazes (art. 928 CC/02), dentre outras constantes em outras legislações.

A doutrina também classifica a responsabilidade civil em contratual e extracontratual que decorre da natureza jurídica do preceito violado pelo agente motivador do dano.

A responsabilidade civil contratual é aquela em que presume a existência de um contrato anteriormente ajustado, que vincula as partes, sendo que o dano, neste caso, decorre da violação de uma obrigação contratual contraída pelo agente, quando da assinatura do negócio jurídico.

Já na responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana, a conduta do agente é oriunda de uma violação de um dever jurídico imposto pela lei.

A responsabilidade civil contratual está presente no Código Civil de 2002, nos artigos 389 a 395, sendo que a extracontratual ou aquiliana, encontra sua base legal nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes.

Assim, constata-se que a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2002, é a teoria dualista ou clássica, que divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual (aquiliana), sendo que em ambas ocorrem à violação de dever jurídico antecedente, mas a distinção entre as classificações é concebida quando da origem do dever de indenizar, se deriva de um inadimplemento contratual ou de uma violação da ordem legal.

Existem alguns pressupostos que qualificam os elementos gerais da responsabilidade civil, que estão presentes no art. 186 do Código Civil Brasileiro: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Tais elementos podem ser denominados como: ato ilícito, nexo causal, dano e culpa, sendo as bases fundamentais para caracterização da responsabilidade civil.

O primeiro elemento que deve ser analisado, em apertada síntese, é o ato ilícito que deriva de uma conduta humana por meio de uma ação ou omissão voluntária, que está em desconformidade com as normas previstas.

Sobre este elemento preleciona Sílvia de Salvo Venosa (2003, p. 22):

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever.

A ação ou omissão do agente podem ser caracterizadas, respectivamente, como uma conduta ativa e como um comportamento negativo, ou seja, um agir ou não agir.

O elemento denominado como dano, é imprescindível para o instituto da responsabilidade civil, vez que "sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade." (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 35).

O dano é um prejuízo causado a outrem, podendo ser patrimonial (econômico) ou extrapatrimonial (moral), ocasionado pelo ato ilícito do agente.

Destarte, somente a conduta ilícita do agente e o dano propriamente dito não são suficientes para a caracterização da responsabilidade civil, tendo em vista a necessidade que este dano seja causado e motivado pelo ato ilícito praticado pelo agente, surgindo assim, o nexo causal. (CAVALIERI FILHO, 2007).

Tal elemento é averiguado mediante a verificação se há relação de causa e efeito entre o ato ilícito e o dano, podendo dizer que é o liame entre o comportamento do agente e o resultado provocado.

Por fim, o último pressuposto a ser analisado, a culpa, é elemento essencial da responsabilidade civil subjetiva, não sendo aferida na responsabilidade civil objetiva.

Nas palavras de Sílvia de Salvo Venosa, "culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar." (VENOSA, 2003, p. 23).

A doutrina majoritária versa que a culpa em sentido amplo abrange não somente a conduta voluntária ilícita do agente, como também se manifesta nos atos de negligência, imprudência e imperícia, sendo estes em sentido estrito.

A negligência pode ser denominada como o descuido ou a falta de atenção do dever de cuidado; a imprudência é a inadvertência, o ato que contraria a prudência violando as regras de cuidado. Já a imperícia trata-se da falta de habilidade e experiência para realização de determinado ato.

Logo, passado a análise do conceito de responsabilidade civil, suas classificações e espécies, conclui-se que tal conceito é amplo, mas que sua análise é fundamental para uma melhor compreensão do tema proposto.

2.2 Responsabilidade civil por dano patrimonial e extrapatrimonial

É pacífico na doutrina e jurisprudência, a distinção dos danos entre patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo o primeiro o prejuízo econômico efetivamente sofrido, e o segundo, o abalo psíquico ou moral sofrido, ou seja, o dano que não possui efeito econômico.

Os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, e o direito a sua reparação, encontram-se previstos em diversos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil, como na Constituição da República de 1988, o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor, e o Código Comercial, dentre outros dispositivos legais.

Aqueles danos que atingem diretamente o patrimônio econômico das pessoas físicas ou jurídicas são denominados danos patrimoniais, ou, materiais, configurados através de uma ação ou omissão, através do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo material suportado.

Existe, ainda, a possibilidade de configurar o dano material pelo valor econômico que se deixou de lucrar em razão do dano, denominados lucros cessantes, e, ainda, ao efetivo prejuízo sofrido, denominado pela doutrina de danos emergentes.

Para configuração do dano material, deve-se averiguar se a ação ou omissão praticada pelo agente foi ou não culposa, com a demonstração específica da extensão do dano material e do *quantum* indenizatório pretendido, para que se possa cumprir com a finalidade que se busca nas ações judiciais de reparação do dano, o restabelecimento da situação material (econômica), que se tinha antes da ocorrência do dano.

Neste sentido, ensina Sílvia de Salvo Venosa (2003, p. 198):

Reparar o dano, qualquer que seja sua natureza, significa indenizar, tornar indene o prejuízo. Indene é o que se mostra íntegro, perfeito, incólume. O ideal de justiça é que a reparação de dano seja

feita de molde que a situação anterior seja reconstituída: quem derrubou o muro do vizinho deve refazê-lo; quem abalroou veículo de outrem por culpa deve repará-lo; dono de gado que invadiu terreno vizinho, danificando pomar, deve replantá-lo e assim por diante.

Os danos extrapatrimoniais, também chamados de danos morais, são aqueles que atentam contra a honra, dignidade, boa fama e à boa fé subjetiva de pessoas físicas ou jurídicas, causando sofrimentos e abalos morais, sem produzir qualquer prejuízo material.

Nas palavras de Yussef Said Cahali (1999, p. 20):

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

Portanto, constata-se que o dano extrapatrimonial configura uma lesão sofrida pelo sujeito, no seu conjunto de bens ideais, ou seja, aqueles que não possuem valor econômico, resultando do nexo de causalidade entre o ato que gerou o dano e os efeitos lesivos ao patrimônio moral do ofendido.

Para a efetiva demonstração da ocorrência do dano, faz-se mister demonstrar as circunstâncias em que aconteceram as ofensas morais, contra a honra, reputação, boa fé ou dignidade do indivíduo ofendido, bem como o corolário para sua vida pessoal, comprovando o efeito do dano e os demais abalos criados por este.

A reparabilidade do dano moral foi positivada como direito constitucional pela Constituição da República de 1988, através do art. 5º, incisos V e X, certificando o direito de reparação dos danos morais que a vítima fortuitamente venha a sofrer.

Contudo, existem alegações desfavoráveis a reparabilidade do dano moral, que sustentam a dificuldade de valoração deste dano, porém, nas palavras de Ronaldo Alves de Andrade "tal argu-

mento não traz em seu bojo qualquer rigorismo científico, até porque representa nítida afronta ao disposto no art. 159 do Código Civil." (ANDRADE, 2000, p. 14).

Ocorre que a valoração do dano moral é consubstancialmente difícil, tendo em vista que a indenização não reconstituirá a situação anterior ao evento danoso, conforme acontece nos danos patrimoniais, em que ocorre a reparação integral do dano.

Porém, a busca da sua reparação através de condenação *in pecúnia*, apesar de não substituir a dor e o abalo sofrido, reduz o sofrimento e traz uma resposta a vítima de que o direito violado e o prejuízo sofrido, ainda que moral teve algum ressarcimento.

Alguns juristas e doutrinadores e algumas decisões judiciais, apontam parâmetros para a fixação do *quantum* indenizatório, entretanto, o critério para fixação da importância devida a título de indenização por danos morais é subjetivo, apesar de ser um tema de grande controvérsia.

Desta maneira, é considerável ressaltar que fixação de indenização por danos morais possui o caráter de recomposição do sofrimento e abalo sofrido, além de desestimular o agente a cometer reiteradamente a conduta danosa.

Neste sentido, surgiu a teoria do desestímulo que tem como fundamento principal, o fato de que cada ofensor deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais para que não volte a praticar o ato ilícito ensejador do dano.

Tal teoria defende que a condenação deve observar a aptidão financeira do ofensor, bem como o princípio da razoabilidade no arbitramento do *quantum* sem que lhe afete excessivamente, mas que implique a imediata e eficaz correção da prática de atitudes condenáveis como a que ocasionou o dano.

Assim, preceitua Humberto Theodoro Júnior (2001):

Os danos morais se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado. (...) Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões na esfera interna e valorativa do ser com entidade individualizada.

Diante do exposto, tem-se que o dano extrapatrimonial ou moral se baseia em ato danoso ao direito de outrem, que por consequência lesiona a esfera privada, no que concerne à honra, imagem, moral, boa fé e intimidade, não possuindo conteúdo pecuniário, redutíveis comercialmente a dinheiro.

3 O INSTITUTO DO PUNITIVE DAMAGES

3.1 Definição

O instituto do *punitive damages*, advém do sistema jurídico do *commom law* e pode ser entendido como o acréscimo monetário fixado na ação de indenização que visa à reparação do dano, destinado ao autor da demanda, com o objetivo de punir o agente causador do ato danoso e prevenir que danos futuros sejam cometidos, observando a capacidade econômica do agente.

Neste sentido, Salomão Resedá (2009, p. 225) conceitua brilhantemente o *punitive damages*:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil.

O *punitive damages* possui diversas terminologias, podendo ser chamado também de *exemplar damages*, *speculative damages*, *smart money*, *penal damages*, *vindictive damages*, *punitory damages*, *retributory damages*, dentre outros (ANDRADE, 2009, p.186).

Tal instituto possui a função preventiva e punitiva, que são em síntese, o montante expressivamente superior ao dano sofrido oferecido à vítima de forma monetária, não tendo somente a função de compensação do dano, mas também o de prevenção de futuros ilícitos e de punir o agente causador do dano.

Contudo, existe uma grande diferença entre a função compensatória do dano e a função punitiva, sendo que a primeira tem como finalidade a compensação do dano, e a segunda pretende a prevenção contra o ato ilícito praticado, visando à punição da conduta do agente.

Por fim, preceitua Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 432) sobre o conceito dos *punitives damages*:

O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com o sentido de sancionar condutas específicas reprováveis. Como o próprio nos indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos.

Desta maneira, conclui-se que o conceito do *punitive damages* traz uma amplificação ao conceito de responsabilidade civil, atribuindo

do a esta funções de prevenção e punição, através de um acréscimo monetário na indenização concedida a vítima do dano, em decorrência da gravidade do ato ilícito e da sua prática frequente.

3.2 Os sistemas do *commom law* e *civil law*

Como dito no tópico anterior, o instituto do *punitive damages* tem sua origem no sistema jurídico do *Common Law*, que é proveniente do sistema anglo saxônico, tendo como base os julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, através da análise do caso concreto, consoante outras ações semelhantes, e não no texto legal.

Este sistema é originário da Inglaterra do século XII, que possuía os costumes do reino reconhecidos pelos juízes como fonte principal do direito. Atualmente o *Common Law* é o sistema jurídico seguido por diversos países como Estados Unidos, Inglaterra e Canadá.

Nos Estados Unidos, o preceito do *stare decisis* é suscetível a mudanças, não sendo os precedentes proferidos analisados como um axioma, vez que neste país o direito é fragmentado pelo *Commom Law* e o *Statue Law*, que são as leis codificadas. Contudo, existem situações em que os juízes são coibidos a seguirem os julgados pronunciados por tribunais superiores, devendo os tribunais inferiores respeitarem tais precedentes.

Já o sistema do *Civil Law* é formalmente adotado no sistema jurídico brasileiro, inferindo das bases teóricas e legais, que consolidam conceitos e princípios a serem aplicados, tendo como fonte predominante do Direito a Lei.

Desta feita, tem-se que o direito brasileiro que adota o *civil law* é dedutivo, tendo como fundamento as concepções teóricas que introduzem os princípios a serem empregados, composto por elemento variável. Já os sistemas que adotam o *commom law*, são pragmáticos, e utilizam de casos concretos para dirimir conflitos futuros.

Ressalta-se ainda, que o *commom law* é contrário ao *civil law*, por ter natureza jurisprudencial, e o direito brasileiro tem como fundamento leis que, imprescindivelmente, necessitam de processo legislativo anterior para serem válidas e adequadas.

Portanto, conclui-se que o sistema do *Common Law* pode ser visto como direito costumeiro, através de decisões judiciais que elaboram o direito, sendo que o *Civil Law*, tem como alicerce o direito já positivado nas legislações e códigos, mas não deixa de utilizar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Tal diferenciação é essencial para a compreensão do tema proposto, tendo em vista a necessidade de distinção das consequências jurídicas que a aplicação do instituto do *punitive damages* acarreta nos países que adotam o *commom law*, e no direito brasileiro, que adota o *civil law*.

3.3 Contexto histórico

O *punitive damages* é considerado um dos mais importantes institutos no sistema jurídico do *common law* e teve sua origem nos países anglo-saxônicos, no século XII, através do *Statute of Coucester*, em 1278, na Inglaterra.

Explorando o cenário da época, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, p. 18) observam que:

No modelo então construído, o autor do dano era castigado pela imposição de reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima que tinha, ao seu dispor, a previsão de ação civil justamente com tal finalidade. [...] Aí está a raiz de uma tradição que veio a ser especialmente desenvolvida no séc. XVIII, quando se criou a doutrina dos exemplary damages como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais.

Judith Martins leciona em sua obra, que a tradição dos *punitive damages* “veio a ser desenvolvida no século XVIII, quando se criou a doutrina dos *exemplary damages* como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais”. (MARTINS COSTA, 2005, p. 15).

Já no século XIX o instituto do *punitive damages* foi substituído pelo *actual damages*, restando para o primeiro apenas as funções de punir e prevenir, passando a ser analisada a conduta do ofensor e não só o dano propriamente dito.

Este instituto possui mais de 200 anos de aplicação e aperfeiçoamento, utilizado em vários países, sendo os principais Inglaterra, Canadá e Estados Unidos.

O crescimento do *punitive damages* neste último país foi de tal importância, que é considerado o mais influente e típico deste local, sendo utilizado em mais de 50 estados, demonstrando a sua enorme aplicabilidade.

A aplicação do *punitive damages* nos países que o adotam, ainda é controversa, não sendo pacífico o entendimento jurisprudencial para fixação da indenização, vez que os critérios para aplicação são limitados a cada país que o utiliza, criando conflitos a respeito de quando caberia à aplicação de tal instituto, quais os métodos deveriam ser aplicados para se chegar a um *quantum indenizatório*, a orientação dos jurados para sua fixação, e, ainda, o modo de revisão utilizado pelos tribunais superiores.

As críticas referentes a este instituto são inúmeras, e decorrem de alegações como a falta de equilíbrio das condenações das indenizações pelo júri, bem como a dúvida legal que sua prática

demasiada reproduz, conforme traz o contexto de Ryan (2009).

Diante desta polêmica, torna-se imprescindível a discussão acerca da sua aplicação, sendo essencial analisar as circunstâncias e critérios que devem ser utilizados na aplicação do *punitive damages*, nos diversos países que adotam tal instituto, tendo em vista a consequência que pode causar no direito e na economia, por se tratarem de casos que envolvem direitos difusos.

3.4 A aplicação do *punitive damages* nos casos concretos no sistema *common law*

Como os *punitive damages* se originaram na Inglaterra, um país que adota o sistema da *common law*, em que há uma maior delimitação para sua incidência, bem como maior rigidez a cerca dos critérios e limites para sua utilização no caso concreto, explica John Y. Gotanda (2003) em seu artigo:

*Após o acontecimento do primeiro caso envolvendo aplicação dos *punitive damages* – Wilkes VS Wood -, já anteriormente mencionado, houve uma crescente aplicação do instituto até os primórdios dos anos de 1964, que nesta época Câmara dos Lordes, no caso em que envolveu Rookes VS Barnard, limitou a três categorias a aplicação dos *punitive damages*, sendo elas: a) casos que envolvam condutas opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais de membros do governo e da administração pública; b) fraudes que envolvam casos de supostos enriquecimento sem causa; c) as condutas em que a aplicação do instituto deverá ser previsto em lei.*

Ainda adotando o pensamento de John Y. Gotanda (2003), o direito inglês adota, além das três restrições citadas, mais seis delimitações para a aplicação do *punitive damages*.

A primeira dessas seis limitações é considerada o teste do “se, mas apenas se”, que se baseia na concessão da indenizatória, apenas quando esta for insuficiente para desaprovar o ofensor; a segunda traz a ideia de que quem demanda tal indenização deve ser o ofensor; a terceira diz respeito se o ofensor já foi punido pelo ato praticado; a quarta restringe o polo ativo da ação, podendo fazer-se inexecutável a aplicação do instituto; na quinta restrição o autor aplica o instituto nos casos em que o agente causador do dano, teria agido de boa fé; já a sexta e última se dá nos casos em que a vítima contribuiu ou gerou o pressuposto dano, no qual seria utilizado o instituto do *punitive damages*.

No que tange a crítica feita em relação a revisão dos *punitive damages*, a Inglaterra consolidou no Ato de Serviços Legal e de

Corte de 1990, uma superior competência à Corte de Apelação para reexaminar e modificar os importes concedidos pelo júri, devido aos crescentes casos que discutiam os valores excessivos e desproporcionais aplicados.

Como dito anteriormente, é nos Estados Unidos da América, que o instituto do *punitive damages* possui maior proporção e evolução na sua aplicação. Não obstante de terem sua origem limitada ao dano moral, o instituto do *punitive damages* atualmente neste país, também é utilizado nos danos materiais possuindo função de exemplaridade social.

Neste país, o instituto do *punitive damages* só pode ser deferido pelo Júri, e não é aplicado nos casos de responsabilidade contratual e responsabilidade objetiva, uma vez que só é concedido quando restar demonstrado o dolo do agente, e, excepcionalmente, quando os atos culposos são considerados reprováveis. Ainda assim, é utilizado nas mais diversas matérias, sendo aplicada nas questões relativas a emprego, família, propriedade, e até pelo direito internacional e marítimo.

Cássio Cunha de Almeida (2010) traz alguns casos que se demonstram imprescindíveis para demonstrar a matéria exposta:

1 – Nosso primeiro caso emblemático de uma indenização punitiva ocorreu na década de 80, nos Estados Unidos da América, notável pela vultosa soma em dinheiro a título de indenização: 7,53 bilhões de dólares. Trata-se de um caso em que a Pennzoil negociava com os principais acionistas da Getty Oil sobre um Memorando de Entendimentos regulador de um conjunto de ações em que a Pennzoil e o Sarah C. Getty Trust passariam a ser os únicos acionistas da Getty Oil, em que a Pennzoil pagaria \$110,00 (cento e dez dólares) por ação. Logo que soube a Texaco, principal concorrente da Pennzoil, iniciou uma negociação com os acionistas da Getty Oil um plano de compra da Getty, acordando um valor de \$128,00 (cento e vinte e oito dólares) por ação. Logo após a publicidade dos fatos, a Pennzoil entrou com uma ação em desfavor da Texaco, baseando-se na responsabilização pela indução à quebra de contrato (torto f induction into breach of contract). A ação foi provida e a Pennzoil ganhou uma indenização bilionária pelos danos sofridos com a interferência ilícita da Texaco em negociações alheias.

2 – Em 1981 ocorreu um acidente no qual um veículo de fabricação da montadora Ford explodiu, causando a morte dos três ocupantes da condu-

ção. Posteriormente, constatou-se que a explosão ocorreu devido à localização do tanque/reservatório do carburador, o qual se encontrava na parte traseira do automóvel. Comprovou-se, também, que a referida mudança na localização do tanque/reservatório do carburador permitia à empresa uma economia de \$ 15,00 (quinze dólares) por veículo.

No caso sub judice o júri não poupou a empresa, considerando o comportamento descrito acima altamente reprovável, pois pela economia de meros \$ 15,00 (quinze dólares) por veículo, o tanque foi colocado num lugar impróprio e arriscado em caso de uma colisão. Assim em caso de acidente, a Ford ganharia mais indenizando a vítima do que colocando o tanque no lugar correto, uma solução que leva em conta somente a relação custo/benefício. O júri aplicou uma alta soma em dinheiro a título de punitive damages.

3 – A empresa Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. temendo a concorrência de outra sociedade, a Kelco, fez o possível para excluí-la do mercado de consumo. Diante de tal comportamento a Kelco ingressou em juízo. O Tribunal norte americano acatou o pedido de responsabilização civil pela conduta desleal da empresa concorrente, uma vez que corresponderia a um ilícito, posto que a Browning-Ferris atuara somente com o objetivo de tirar a competidora do mercado. No caso foi concedida uma indenização de \$ 6.000.000,00 (seis milhões de dólares) a Kelco referentes aos punitive damages.

O Código Civil da Califórnia traz em seu texto legal, as possibilidades de aplicação do *punitive damages*, “como a violação de uma obrigação extracontratual em que se demonstre, por prova clara que o réu foi responsável por opressão, fraude ou malícia”. (SCHREIBER, 2007, p. 204). Além do estado da Califórnia outros estados dos Estados Unidos passaram a adotar limitações em suas legislações à aplicação do instituto e, ainda, a própria Suprema Corte delimitou os casos em que devem ser utilizados a indenização punitiva.

Conforme o exposto, tem-se que apesar do instituto do *punitive damages* ser tradicionalmente aplicado nos países que adotam o *common law*, sua aplicação ainda é controversa por parte da doutrina e jurisprudência, que vem estabelecendo limites a sua aplicação, através dos casos concretos analisados, para tentar estabelecer um entendimento pacífico.

4 O CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E O DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O *punitive damages*, ou indenização punitiva, como é chamado no Brasil, encontra sua base legal no direito brasileiro no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, que concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como nos direitos personalíssimos, conforme preceitua André Gustavo Córrea de Andrade (2009, p. 237):

É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira.

Diferentemente dos Estados Unidos, no Brasil, a aplicação do *punitive damages* restringe-se à indenização por danos extrapatrimoniais, tendo em vista que o dano moral não pode ser medido pela sua efetiva extensão, e o artigo 944 do CC/02 versa que a indenização por danos patrimoniais mede-se pela extensão do dano.

A indenização extrapatrimonial possui caráter compensatório e punitivo, que não se confundem por serem distintos, vez que o primeiro tem como base o dano e o abalo moral sofrido pela vítima, e o segundo é aplicado como uma penalidade ao ofensor e para prevenir que este cometa novo ato ilícito, e servir de exemplo para outros casos semelhantes.

O instituto do *punitive damages* ganhou importância no Brasil, a partir do momento em que o caráter compensatório da indenização por danos morais se demonstrou insuficiente para a resolução dos conflitos existentes.

Tal fato ocorreu nos casos em que se tornaram recorrentes a insuficiência do *quantum* indenizatório arbitrado para prevenir o cometimento do ato ilícito, vez que, para o agente causador do dano, o pagamento da indenização se torna mais benéfico e acessível do que a prevenção do ilícito, ou quando este auferiu benefício econômico pelo cometimento da conduta ilícita.

MARTINS-COSTA e PARGENDLER (2005) sustentam que a indenização punitiva toma lugar no cenário nacional, por ser um mecanismo capaz a reprimir danos causados por empresas que obtém lucro, comercializando um extenso número de objetos danosos, ainda com o valor da indenização paga às vítimas que demandam em juízo procurando serem ressarcidas pelos danos sofridos.

Desta maneira, o instituto do *punitive damages* no Brasil institui um meio de dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e as normas constitucionais que preveem a indenização por danos morais e aos direitos personalíssimos, consolidando as funções de punição e prevenção de danos contra esses direitos.

4.1 O entendimento doutrinário e jurisprudencial

A doutrina e jurisprudência se divergem no que tange a possibilidade de aplicação do *punitive damages* no direito brasileiro.

O fundamento da doutrina que é contra a aplicação de instituto no sistema jurídico brasileiro, se baseia no fato de que tal instituto não possui expressa previsão legal, ferindo o princípio da legalidade.

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moares (2003, p. 13) afirma que a indenização punitiva fere o princípio da legalidade, tendo em vista que *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sendo que os critérios para fixação deste instituto devem ser firmados pelo legislador.

A autora defende ainda que para a concessão de tal indenização deve haver expressa previsão legal e em hipóteses excepcionais, como quando se tratar de conduta ilícita que insulta e fere a consciência coletiva, ou quando há prática de um ato ilícito reiterado que causa um dano a um grande número de pessoas, devendo ser o valor da indenização revertido em favor de um número maior de indivíduos, e não em favor do autor da ação.

Outro argumento utilizado é do risco que as indenizações exorbitantes trazem para o ordenamento jurídico, gerando uma insegurança jurídica, conforme se posiciona Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 575):

[...] é sabido que o quantum indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante. A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das punitive damages do direito norteamericano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias [...].

Os doutrinadores que são contra a utilização de tal instituto, versam ainda que o *punitive damages* daria margem ao enriquecimento sem causa do ofendido, vez que se a vítima já foi ressarcida com um determinado valor, o que receber a mais configurará um enriquecimento ilícito, o que não se coaduna com nosso ordenamento. (GONÇALVES, 2003, p. 575).

Já a doutrina favorável à aplicação do instituto do *punitive damages* no direito brasileiro argumenta que a indenização punitiva

encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, não havendo que se falar em indenização exorbitante, tendo em vista os princípios da razoabilidade e proporcionalidade utilizados na fixação das indenizações.

Neste sentido Salomão Resedá (2009, p. 282):

Quando se fala em aplicação da Teoria do Desestímulo no Brasil, liminarmente deve-se afastar a ideia de indenização graduada a partir da decisão popular. Não cabe ao povo opinar no caso de responsabilidade civil, quanto mais quando se refere ao dano moral. A competência restrita ao magistrado, que reduz, em muito, as arbitrariedades cometidas, e fulmina, por completo, um dos argumentos de competência da doutrina americana. Portanto, a preocupação com a liberdade conferida ao magistrado na busca pelo valor a título de punitive damage sufraga em seus próprios fundamentos. Não há pessoa mais qualificada a determinar a aplicação do ideal de justiça do que o julgador. Ademais, diante do duplo grau de jurisdição é possível consertar qualquer decisão que seja considerada abusiva.

Em combate ao argumento de que a indenização punitiva gera o enriquecimento sem causa da vítima, os doutrinadores favoráveis sustentam que a lesão sofrida pela vítima justifica a majoração da indenização, e, ainda, que a função de tal indenização é impossibilitar que o agente obtenha lucro em decorrência do ato ilícito.

Uma solução para tal crítica seria o posicionamento que defende a autora Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 15) de que a indenização punitiva se destine a determinados fundos como prevê o art. 13 da Lei 7.347/85, que dispõe sobre danos causados ao meio ambiente, consumidor e a bens específicos, *in verbis*:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho federal ou por Conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados.

As decisões pátrias tem habitualmente recepcionado o instituto do *punitive damages*, apesar de ainda existirem divergências entre os tribunais. Entretanto, na maioria das vezes em que o instituto é aplicado, os magistrados não observam os critérios e os

fundamentos para sua aplicação, distorcendo, portanto, a indenização punitiva.

Sobre tal assunto, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 261) versa que:

[...] de nada adianta clamar por moderação e equilíbrio na fixação do quantum indenizatório quando o sistema que se veio delineando aceita a coexistência de duas regras, antagônicas por princípio, no âmbito da reparação de danos morais: a punição, de um lado, e o arbítrio do juiz, de outro. Nesses casos, em geral a função punitiva "corre solta", não tendo qualquer significação no que tange a um suposto caráter pedagógico ou preventivo.

Tal fato decorre da aplicação da teoria mista do dano moral, que versa sobre a dupla função da indenização por danos morais, baseando na satisfação do ofendido e na punição do agente. (ANDRADE, 2009).

Apesar da dificuldade de aplicação do instituto, alguns julgados já vêm aplicando com maestria as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, como por exemplo, o acórdão proferido na apelação cível nº 0336530-44.2008.8.19.0001 do TJ-RJ, em que o Desembargador Nagib Slaibi é relator, conforme se verifica da decisão a seguir:

Direito Civil. Indenizatória. Segurado indenizado que passa a receber notificações de débitos de IPVA do veículo entregue à Seguradora. Sentença de procedência do pedido. Recurso a que se nega provimento. Se a propriedade foi transferida com a sub-rogação do salvado pela seguradora em 2000, esta deve responder pelos encargos e despesas oriundos do bem desde aquele momento. A transferência posterior a terceiro não afasta a sua responsabilidade, pois o autor, que não celebrou qualquer negócio jurídico com o terceiro adquirente do automóvel, não pode ser penalizado por negligência da ré.

"No Brasil, a doutrina já vem reconhecendo que a indenização por dano moral, em muitos casos, deve assumir caráter punitivo. A indenização com função punitiva já é, de há muito, reconhecida no sistema do Common Law, que consagra a doutrina dos exemplary damages ou punitive damages, que constituem uma indenização outorgada em adição à indenização compensatória (actual damages ou compensatory damages) quando o ofensor agiu

com culpa consciente, malícia ou dolo (cf. *Blacks Law Dictionary*).” (André Gustavo C. de Andrade, in *Dano Moral e Indenização Punitiva*, editora Forense, 1ª edição, 2006.)
Desprovemento do recurso.

Neste mesmo sentido foi a decisão do recurso especial nº 389.879 – MG:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. DUPLICATA MERCANTIL. PROTESTO INDEVIDO. ENDOSSOMANDATO. RESPONSABILIDADE DO ENDOSSANTE. PRECEDENTE. ART. 1.313 DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO DE REGRESSO. RESSALVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. RECURSO PROVIDO.
I - Na linha da orientação deste Tribunal, no endosso-mandato, por não haver transferência da propriedade do título, o mandante é responsável pelos atos praticados por sua ordem pelo banco endossatário.
II - Não há negar, ademais, a responsabilidade da endossante também por não ter sido eficiente em impedir que o banco encarregado da cobrança efetivasse o protesto da cártula, consoante os fatos registrados em sentença.
III - A indenização pelo protesto indevido de título cambiariforme deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida.
IV - Fica ressalvado, no entanto, o direito de regresso do endossante contra o endossatário, nos termos do art. 1.313 do Código Civil.
V - O protesto indevido de duplicata enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo.
(REsp 389.879 – MG. Rel. Min. Silvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Tuma. Data do Julgamento 16/04/2002).

Sendo assim, constata-se que a jurisprudência pátria adota certos parâmetros quando da aplicação do *punitive damages*, como o grau de culpa do agressor, a condição econômica do agente e o enriquecimento obtido com a prática do ato ilícito.

4.2 A possibilidade de aplicação do instituto do *punitive damages* no direito brasileiro

Apesar da controvérsia da matéria, deve-se examinar a efeti-

va possibilidade da aplicação do instituto do *punitive damages* no direito brasileiro. Ambas as doutrinas e entendimentos expostos são pertinentes e apresentam considerações relevantes sobre o tema, porém devemos nos conter ao ordenamento jurídico brasileiro, que possui tradição de *civil law*, apesar todo o destaque que o sistema da *common law* apresenta.

No que pese as alegações dos juristas que vão contra a aplicação do instituto, verifica-se que a ausência de previsão legal do *punitive damages*, não pode ser um óbice para sua aplicação, por ser um instituto capaz de dar efetividade a norma constitucional e aos direitos personalíssimos, através da punição e da prevenção, evitando, assim, lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Diante das considerações realizadas sobre o tema, é cediço ressaltar as hipóteses e critérios que devem ser utilizados para a aplicação do instituto do *punitive damages*.

Primeiramente, destaca-se que tal indenização deve ser utilizada somente em caráter excepcional, não podendo ser aplicada a todo e indeterminado ato ilícito ensejador de responsabilidade civil. De outro modo, o *punitive damages* deverá incidir exclusivamente nos casos em que a ação do agente for reprovável, com grau de culpa elevado, bem como quando houver reiteração do ato ilícito, e, ainda, observado a condição econômica do agente.

Não obstante as classificações dos graus de culpa do agente não terem efeito prático na responsabilidade civil, no instituto do *punitive damages*, tal classificação deve ser respeitada, tendo em vista que a indenização punitiva só deve ser aplicada, quando restar demonstrado à culpa grave, ou o dolo do agente, quando sua atuação se mostra reprovável diante da sociedade.

Neste sentido, faz-se mister ressaltar que o ato doloso é aquele em que o agente possui a consciência das consequências jurídicas lesivas que sua conduta irá gerar, atuando de maneira intencional, com o intuito de provocar o resultado danoso. A culpa grave consiste na falta de cautela do ato praticado, violando o dever de cautela que possui o homem médio.

Já a classificação do grau de culpa como leve e levíssima, consiste que na primeira o ato praticado pode ser evitado com a atenção habitual, e a segunda a inobservância do empenho máximo. Tais graus de culpa devem ser considerados somente naqueles casos em que há a reiterada conduta ilícita do agente, sendo este excessivamente reprovável, como no já citado casos, em que as empresas adotam o ato ilícito como uma conduta reiterada, por ser mais vantajosa economicamente do que a reparação do dano propriamente dito.

Nesse diapasão, tais condutas ilícitas requerem um comportamento mais rígido do Estado, por meio da aplicação do instituto do *punitive damages*, com o objetivo de punir o agente e mostrar para terceiros, que a prática reiterada de condutas idênticas,

motivará a atuação repressiva do Poder Judiciário, efetivando as finalidades propostas pelo *punitive damages*, quais sejam, a prevenção e punição.

Assim, a indenização punitiva surge no ordenamento jurídico brasileiro como um mecanismo para impedir que as condutas praticadas gerem lucro com o ilícito, neste sentido:

[...] Com efeito, esta espécie de indenização é aplicável em outras situações, nas quais não se configura essa situação fática. Não há dúvida, no entanto, de que, uma vez presente um ganho ilegítimo como consequência do ato ilícito, a indenização punitiva é cabível independentemente da gravidade da culpa do agente. [...] Não é razoável que o agente possa manter essa vantagem ilícitamente obtida à custa da lesão a bem integrante da esfera não patrimonial de outrem. Aqui, embora ausente o requisito da culpa grave, a indenização punitiva deve ser aplicada para restabelecer o imperativo ético que permeia a ordem jurídica. [...] (ANDRADE, 2009, p. 269).

Em contrapartida, o instituto do *punitive damages* não se coaduna no contexto da responsabilidade civil objetiva, vez que nesta a constatação da culpa se mostra irrelevante. Deste modo, como a aferição da gravidade do ato se mostra indispensável para a aplicação do *punitive damages*, vislumbra-se que não pode ser utilizado nos casos de responsabilidade objetiva.

Entretanto, tal entendimento admite exceções, como nos casos em que mesmo diante de uma responsabilidade objetiva, será possível fixar a indenização punitiva, desde que reste demonstrada a reprovabilidade da conduta praticada.

Diante do exposto, conclui-se que o instituto do *punitive damages* não pode ser demasiadamente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, devendo incidir tão somente em situações excepcionais, quando observada à condição econômica do agente, restar caracterizada a gravidade e a reiterada conduta ilícita, que seja extremamente reprovável aos olhos do homem médio, provocando danos à sociedade como um todo e não somente a vítima. Tais parâmetros são imprescindíveis e devem orientar o Magistrado no momento de determinar a aplicação do instituto do *punitive damages*, para garantir a efetividade das suas funções, sem incorrer em erros jurídicos, servindo como um meio de controle social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se o quanto são discutidos e nunca finalizados os debates que conduzem a matéria relativa ao instituto do *punitive damages*, tão controverso nos países anglo saxônicos de sistema

common law, em virtude da dificuldade de se chegar a um parâmetro para fixação do *quantum* indenizatório e dos critérios para aplicação do instituto. Nota-se que mais polêmico ainda, é o debate que ocorre quando culturas que utilizam sistema diverso, como o da *civil law*, importam o instituto para seu ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro, não seria diferente. A utilização do *punitive damages* não se reputa pacífica, divergindo a doutrina e jurisprudência sobre os critérios para sua aplicação. Restrita é a sua adoção no ordenamento pátrio, mas já vem sendo admitida por juristas e estudiosos do assunto, como o desembargador André Gustavo Corrêa Andrade, do TJRJ; o professor Antônio Junqueira de Azevedo, de São Paulo; e Nelson Rosendal, Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais, entre outros.

Desta maneira os obstáculos impostos pelos aplicadores do direito para a inserção do *punitive damages* no direito brasileiro, podem e devem ser superados com a devida adaptação do instituto para o ordenamento jurídico brasileiro.

Em regra, este instituto introduzido pela *common law* e utilizado no Brasil, país de tradição jurídica romanista, deve ser aplicado nos casos especialíssimos em que restar configurada a gravidade da conduta do agente e sua reiteração, com o intuito de efetivar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os direitos personalíssimos, devendo observar a capacidade econômica do agente e revertendo o valor pago na indenização para instituições que atuem em prol da coletividade, visando alcançar os objetivos e vantagens sociais advindas do instituto do *punitive damages*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cássio Cunha de. "Punitive Damages" – Indenização de Caráter Punitivo: Contornos e possibilidades no ordenamento pátrio. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/7028/Punitive_Damages_-_Indenizacao_de_Carater_Punitivo_Contornos_e_Possibilidades_no_Ordenamento_Patrio>. Acesso em: 08 mai. de 2013.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano Moral à pessoa e sua valoração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 389.879 - MG*, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02/09/2009.

Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 mai. 2013.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível Nº 0336530-44.2008.8.19.0001*, Sexta Câmara Cível, Relator Desembargador Nagib Slaibi Filho, DJ 28/10/2009. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest>>. Acesso em 11 mai. 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. Pró-reitoria de Graduação. Núcleo de Bibliotecas. *Manual para elaboração e apresentação dos trabalhos acadêmicos*: padrão Newton Paiva. Coordenadora: Elma Aparecida de Oliveira: Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte: 2011. Disponível em <http://www.newtonpaiva.br/NP_conteudo/file/Manual_aluno/Manual_Normalizacao_Newton_2011.pdf> Acesso em 25 abr. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.2.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.7.

FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006. v.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOTANDA, John Y., "Punitive Damages": A Comparative Analysis (August 2003). *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília., nº 28, p 15-32, jan./mar. 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RESEDÁ, Salomão. *A Função Social do Dano Moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RYAN, Patrick S. *Revisiting the United States Application of Punitive Dam-*

ages: Separating Myth from Reality. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 10, n. 1, p 69. 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. x, 369p.

VENOSA, Silvio de Sávio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOTA DE FIM

1 Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

A REVISTA DE PERTENCES COMO FORMA DE CONTROLE: VIOLAÇÃO À INTIMIDADE DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Fernanda Rodrigues Tavares¹

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar que o procedimento de revista realizado nos pertences do empregado, não caracteriza, a princípio, afronta aos seus direitos de intimidade ou privacidade, configurando direito característico ao poder fiscalizatório do empregador.

PALAVRAS-CHAVE: poder de controle, intimidade, privacidade, violação, boa-fé, revista, pertences, empregado.

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

Conforme se verifica nos dias atuais, diversas empresas passaram a adotar de forma recorrente o procedimento de revista de pertences de seus empregados, com o intuito de fiscalizar e proteger seu patrimônio contra quaisquer tentativas de dilapidação.

Com efeito, a prática desregrada de tal procedimento excede os limites do poder diretivo do empregador, chegando a violar a intimidade do empregado, submetendo-o a condições vexatórias.

Neste cenário de colisão entre o direito de propriedade do empregador e o direito à intimidade do obreiro, a jurisprudência tem se manifestado de forma a conciliar o legítimo interesse das partes em litígio, não constituindo ato ilícito a revista pessoal de pertences dos empregados realizada de modo pessoal e indiscriminado.

Dessa forma, o presente estudo tem por objetivo analisar o poder de controle conferido ao empregador, bem como, a incidência dos direitos de personalidade (intimidade e privacidade) na seara trabalhista. Serão abordados ao longo do artigo os preceitos da boa-fé na relação de emprego e os aspectos da revista de pertences do empregado. Busca-se demonstrar que o poder de controle confere ao empregador a possibilidade de inspecionar os pertences de seus funcionários, desde que os outros mecanismos à sua disposição se revelem ineficientes na preservação do patrimônio empresarial.

2 O PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR

Em que pese ser do empregador o risco do empreendimento, é através do poder empregatício que este irá se pautar para o efetivo exercício da relação de emprego, ou seja, é por meio de tal prerrogativa que será assegurado ao empreendedor o controle sobre as suas atividades empresariais.

Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 658) define o poder empregatício como:

[...] conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.

Deste modo, verifica-se que o poder conferido ao empregador no âmbito da relação de emprego consiste em atribuições que permitam ao mesmo a organização empresarial, o exercício das suas funções administrativas, e a respectiva inspeção, com o intuito de manter a harmonia no ambiente de trabalho.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 226-228), o poder empregatício apresenta-se em três dimensões, quais sejam:

- I. Poder de organização, que atribui ao empregador a organização da sua atividade;*
- II. Poder de controle, que assegura o direito de o empregador de fiscalizar as atividades profissionais dos seus empregados;*
- III. Poder disciplinar, se traduz no direito do empregador de impor sanções disciplinares aos seus empregados.*

Assim, é na modalidade de poder de controle também denominada de poder fiscalizatório, que irá se concentrar o presente artigo. Modalidade esta que se caracteriza pela efetiva vigilância do empregado ao longo do espaço interno da empresa, a fim de se proteger o patrimônio empresarial.

Delgado (2012, p. 662) designa o poder fiscalizatório da seguinte forma:

Poder fiscalizatório (ou poder de controle) seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam manifestação do poder de controle.

Posto isto, pode-se concluir então que nas situações como o controle de portaria, as revistas propriamente ditas, entre outras, encontram amparo no poder de controle do empregador, vez que garantem ao empreendedor o acompanhamento da prestação de serviços e a inspeção no ambiente laborativo.

Todavia, tal poder é limitado pelos direitos e garantias inerentes a dignidade do ser humano, devendo o empregador se pautar nos critérios de razoabilidade de modo a não ofender a intimidade e a privacidade do obreiro.

3 DIREITOS À INTIMIDADE E PRIVACIDADE

A Constituição Federal de 1988 em artigo 5º, X, assegura: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 2013).

A expressão direito à intimidade e privacidade está relacionada à tutela dos relacionamentos da vida particular da pessoa. Trata-se da máxima de proteger os direitos de personalidade inerentes ao indivíduo.

Alexandre de Moraes (2009, p. 53) conceitua o direito a intimidade e a privacidade como:

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de

trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.

Sobre o tema, José Otávio de Almeida Barros Júnior (2012, p. 618) ainda assevera:

Neste sentido, a intimidade consiste na proteção dos segredos mais íntimos da pessoa, do respeito ao "eu", ou seja, relaciona-se a questões internas da pessoa que não são de conhecimento sequer de seu grupo familiar mais íntimo. Já a vida privada consiste na proteção dos relacionamentos particulares do indivíduo, seu convívio familiar e social restrito, como local de trabalho, lazer, etc.

Com efeito, há que se dizer que a proteção aos direitos de personalidade, alcança também a seara trabalhista, sendo oponíveis frente a terceiros. Tais direitos devem ser respeitados pelo empregador de modo a se preservar a dignidade da pessoa humana.

Barros (apud SENA, 2012, p. 1) por sua vez destaca:

[...] tanto o direito à intimidade como o direito à inviolabilidade da vida privada tem características comuns, entre elas sua oponibilidade erga omnes. Assim, embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e a privacidade, por constituírem espécie 'direitos da personalidade' consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial. É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis.

Dessa maneira, não há como negar a presença aos direitos à intimidade e à privacidade em uma relação de emprego, por constituírem direitos da personalidade previstos no texto constitucional. Assim, não se pode dissociar o direito à intimidade e privacidade do indivíduo, mesmo sob a presença do poder fiscalizatório, devendo este se sujeitar a incidência de tais garantias.

Neste contexto, Sandra Lia Simón (2003, p. 57) esclarece que:

Logo, numa relação de emprego, ainda que o poder de direção do empregador seja incontestável, encontrando fundamento em outro direito humano fundamental, qual seja, o direito de propriedade, não há como negar a sua ampla incidência no que diz respeito aos trabalhadores. Mesmo que se encontrem em patamar hierarquicamente inferior em relação aos empresários, o poder de mando encontrará limites no exercício dos direitos humanos fundamentais.

Vê-se que o poder fiscalizatório conferido ao empregador encontra limites na esfera da vida privada. Tais limites por sua vez, devem ser observados pelo empreendedor ao proceder à revista de bolsas, sacolas e demais pertences dos trabalhadores, sob a consequência de constituir uma afronta às garantias constitucionais.

4 A BOA-FÉ NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O código civil em seu artigo 113 estabelece que "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração" (BRASIL, 2013). Por sua vez, o artigo 422 do mesmo diploma legal reitera que "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé" (BRASIL, 2013).

Tal como nas relações civis, o contrato de emprego deve-se pautar nos preceitos de confiança e boa fé, devendo haver o respeito mútuo das obrigações por ambas às partes, de modo que a não observância de tais condições confira abuso de direito, restando rompidos os elementos basilares do vínculo contratual.

Orlando Gomes (2008, p. 45) afirma que: "O princípio da boa-fé é aplicável a toda e qualquer relação contratual independentemente da existência de debilidade ou hipossuficiência por parte de um dos contratantes ou do desequilíbrio entre os polos da relação".

Nesse diapasão, Américo Plá Rodríguez (2000, p. 425) distingue a boa-fé, conceituando-a da seguinte maneira:

A boa-fé-crença é a posição de quem ignora determinados fatos e pensa, portanto, que sua conduta é perfeitamente legítima e não causa prejuízos a ninguém. É o sentido que se empresta quando se fala do possuidor de boa-fé (que ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído) ou do cônjuge que contrai um matrimônio putativo (pois ignora o impedimento ou o erro essencial, e em consequência, os efeitos jurídicos se produzem como se o ato fosse válido).

A boa-fé-lealdade se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever. Pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos, nem desvirtuamentos.

De acordo com o autor supracitado (2000, p. 426), a boa-fé que deve vigorar como princípio do Direito do Trabalho é a boa-fé-lealdade, ou seja, que se refere a um comportamento e não a uma simples convicção.

Assim, as relações de trabalho devem estar embasadas em modelos éticos de conduta e lealdade, de modo a não prejudicar ou causar danos às partes envolvidas.

Neste sentido, há que se dizer que o procedimento de revista deve obedecer aos critérios de razoabilidade e ponderação de modo a não violar a boa-fé da relação empregatícia. Busca-se respeitar a dignidade do trabalhador, não configurando ato lesivo à sua intimidade, ou mesmo uma afronta à sua presunção de inocência.

5 A REVISTA DE PERTENCES

Tornou-se comum no meio empresarial o monitoramento dos empregados, buscando-se evitar eventuais subtrações dos estabelecimentos. Neste contexto, a prática das revistas efetuadas nos pertences dos empregados ganhou lugar ao fim jornada de trabalho, como forma de proteção ao patrimônio físico.

Simón (apud REIS e BEZERRA, 2011, p. 2) assevera que:

O procedimento da revista também estará caracterizado quando realizado em bolsas, carteiras, sacolas, armários individuais, marmitas ou qualquer outro meio que atinja a intimidade do empregado. A jurisprudência e a doutrina brasileiras têm reconhecido, além da pessoa do empregado e seus objetos, a revista em armários, mesas, gavetas, arquivos, escrivaninhas e até mesmo veículo do mesmo como ofensivas à sua intimidade.

Deste modo, a vistoria em sacolas, mochilas e demais pertences que atinjam a intimidade do empregado caracterizam o procedimento da revista, sendo reconhecida também como tal prática o monitoramento de lugares particulares, como armários, mesas, veículos, dentre outros. Já que a vistoria destes locais também constitui, ofensa à dignidade da pessoa humana.

5.1 Delineações Legais e Jurisprudenciais

No tocante à revista no ordenamento jurídico brasileiro, é evidente a carência de normatização específica e clara acerca de tal instituto. Diante dessa realidade, faz-se necessário a adoção de princípios constitucionais a fim de assegurar ao empregado à proteção de seus direitos de personalidade.

Maurício Godinho Delgado (2012, p. 663-664) preconiza que:

Nesse quadro, é inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agredam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador. Tais condutas chocam-se, frontalmente, com o universo normativo e de princípios abraçado pela Constituição vigente. É que a Constituição pretendeu instituir um "Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social..." (Preâmbulo da CF/88; grifos acrescentados). A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), que tem por alguns de seus objetivos fundamentais "construir uma sociedade justa e solidária", além de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, I e IV, CF/88).

O referido doutrinador (2012, p. 664) conclui ainda:

Todas essas regras e princípios gerais, portanto, criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias e de controle no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham agredir ou cercear a liberdade e dignidade da pessoa que trabalha empregaticamente no país.

Desta forma, em meio à ausência de dispositivos normativos que regulem especificamente o procedimento da revista, a seara trabalhista utiliza-se dos princípios constitucionais como diretrizes basilares a fim de impedir transgressões frente à dignidade do obreiro.

Na CLT o dispositivo que versa hodiernamente sobre tal assunto é o artigo 373-A, VI que veda expressamente revista íntima, vejamos:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

[...]

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Criado à luz da lei 9799/99, o dispositivo proíbe a revista íntima nas empregadas, devendo ser interpretado extensivamente no que se refere aos empregados. Porém percebe-se, que a norma supracitada não faz menção em seu texto às demais formas de fiscalização.

Assim, tratando-se de direitos fundamentais, não pode o empregador se valer da expressão comumente utilizada no direito brasileiro "aquilo que não é proibido, é permitido". Tal pensamento não se justifica em razão da omissão do legislador acerca dos procedimentos de revista, mais especificamente da revista de pertences.

Neste panorama, há que se pautar nos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, que já se manifestaram acerca da matéria. Os entendimentos do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região:

EMENTA: DANOS MORAIS.REVISTA PESSOAL. CONTRANGIMENTO CONFIGURADO. A revista pessoal, ainda que seja realizada em todos os empregados indistintamente, revela-se abusiva, desrespeitosa e invasiva, quando o próprio superior hierárquico promove ao manuseio dos pertences existentes na bolsa do empregado revistado, além de o procedimento ser feito na frente de terceiros (clientes), ou mesmo de algum transeunte que passe na porta da loja, onde se fazem a revistas. Procedimento absolutamente ilícito e hediondo, pois afastado dos limites de razoabilidade no exercício do poder diretivo e fiscalizador do empregador e em ofensa flagrante à dignidade humana, malferindo o valor social do trabalho, ambos erigidos a fundamentos do Estado Democrático de Direito, como dispõe os incisos II e III, art. 1º, da CR/88 (Recurso Ordinário 00236-2012-002-03-00-4.Relator: Convocada Rosemary de O. Pires; Revisor: Sebastião Geraldo de Oliveira).

O egrégio tribunal se manifestou no sentido de que a revista ainda que executada de forma indiscriminada se não observados os direitos inerentes à dignidade do empregado configura-se abusiva. No caso em tela, verifica-se que a inspeção

foi desrespeitosa já que a mesma foi realizada frente a clientes do empreendimento, violando a dignidade do obreiro, além disso o procedimento realizado pelo superior hierárquico não era meramente visual, havendo o manuseio dos pertences da bolsa do empregado.

O Tribunal Superior do Trabalho também se manifesta acerca da matéria:

EMENTA: I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISTAS ABUSIVAS EM PERTENCES DE EMPREGADOS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Agravo de instrumento a que se dá provimento, em face de potencial ofensa ao art. 5º, X, da Constituição Federal. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. REVISTAS PESSOAIS EM TRABALHADORES. REVISTAS ÍNTIMAS. REVISTAS ABUSIVAS EM PERTENCES DE EMPREGADOS. ABUSO NO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, INCISOS V e X. Os princípios e garantias constitucionais atuam, na contemporaneidade, em defesa do trabalhador, enquanto e em contrapartida, estabelecem freios para a conduta patronal. A ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988, quando dá destaque à dignidade da pessoa humana e tutela intimidade, privacidade e honra, vedando tratamentos degradantes, revela visível avanço em relação à situação pregressa: ergue a nível matricial a proteção que a classe trabalhadora reclama desde a Revolução Industrial. Fazendo concreto o ideal do Estado Democrático de Direito, este conjunto de princípios deita-se sobre a legislação ordinária, relendo os limites da atuação patronal no exercício do poder diretivo - de base restritamente contratual -, sobretudo naquilo que represente desnecessária exposição e ofensa aos seus subordinados. Somente como exceção e sob escasso olhar, o art. 373-A da CLT admite revistas, regra igualmente limitada para as mulheres e, por influência do princípio isonômico, para os homens: ao empregador incumbe adotar os meios que a tecnologia lhe oferece para defesa de seu patrimônio, sendo-lhe vedado, mesmo com tal aparato, violentar a esfera privada daqueles trabalhadores que contrata. Sendo a última de suas possibilidades, o empregador poderá recorrer às revistas pessoais, desde que o faça sob condições, mas sem jamais macular a privacidade

de e a intimidade dos empregados. O excesso a tais parâmetros desperta a sanção constitucional e obriga à indenização do dano moral, providência que empresta coerção e concretude ao pilar da dignidade da pessoa humana e delega expressão máxima ao vetor eleito pela Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (Recurso de Revista 843-56.2012.5.08.0014. Data de Julgamento: 22/05/2013. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma).

De acordo com o TST os princípios e garantias previstos na Constituição Federal atuam como freios do poder de controle do empregador, de forma a não admitir tratamentos degradantes à dignidade da pessoa humana. Assim, a inspeção dos pertences do trabalhador somente é permitida em situações excepcionais, devendo o empreendedor recorrer sempre que possível aos meios tecnológicos à sua disposição.

5.2 Do procedimento

Conforme já mencionado, a vistoria de pertences do empregado deve-se pautar em critérios objetivos trazidos pela doutrina e jurisprudência, de modo a não ofender à intimidade do empregado, já em muitas situações a adoção de tal medida se mostra abusiva deixando o trabalhador exposto.

Entende-se que prática da revista como meio lícito se justifica tão somente no ambiente laborativo não facultando ao empregador interferir na intimidade do obreiro fora do estabelecimento empresarial.

Alice Monteiro de Barros (2008, p. 583-584) leciona que:

A revista deverá ser realizada no âmbito da empresa, assim entendido o local de trabalho, a entrada e a saída deste. O exercício do poder diretivo conferido ao empregador, no caso, não se estende para fora do estabelecimento da empresa, ainda que haja fundadas suspeitas contra o obreiro. Nessa circunstância deverá o empregador recorrer às autoridades competentes.

Assim em que pese o empreendedor possuir desconfianças quanto ao empregado, não poderá interferir na vida privada deste, vez que o poder de controle se encontra limitado ao local de trabalho.

Por sua vez, o poder fiscalizatório encontra ainda limites ainda mais específicos, a fim de coibir procedimentos realizados sem qualquer fundamento, de forma abusiva, desigual e atentatória à dignidade do trabalhador.

Quanto aos requisitos a serem observados pelo empregador ao se proceder a inspeção Barros sustenta (2008, p. 583) que:

Quando utilizada, a revista deve ser em caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, por meio de critério objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se ao máximo, os direitos da personalidade (intimidade honra, entre outros).

Nessa mesma linha, Alessandro Medeiro de Lemos afirma:

[...] A prática, se adotada pela empresa, deve ser estendida a todas suas unidades, sem a observância de regionalismos, salvo se as características de umas ensejarem o procedimento, enquanto que as peculiaridades de outras não o exijam, o que, de todo modo, deve ser plenamente fundamentado [...].

[...] A revista, preferencialmente, deve consistir em procedimento geral e impessoal, por critério objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), respeitando-se ao máximo, os direitos da personalidade e se coibindo qualquer prática discriminatória na sujeição a tal procedimento [...].

Deste modo, a adoção pelo empreendedor da revista deve ser realizada de forma impessoal e indiscriminada. Não se justificando no local de trabalho procedimentos vexatórios que desrespeitem os direitos fundamentais do obreiro.

Em suma, o poder de controle do empregador é limitado pelos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem direitos de personalidade inerentes ao indivíduo. De modo que quaisquer violações aos mesmos constituem afronta a dignidade da pessoa humana, sendo passível de reparação.

5.3 Outras formas de fiscalização

Em que pese a jurisprudência majoritária permitir o procedimento de revista em pertences dos empregados, alguns doutrinadores ainda o consideram invasivo.

Dessa forma, é recomendável que este ocorra tão somente quando não houver possibilidade de adoção de outros meios de controle no ambiente de trabalho, de forma a garantir a inviolabilidade dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Alice Monteiro de Barros (2008, p. 583) afirma que:

Não basta a tutela genérica da propriedade, deverão existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista. Mister, que haja, na empresa, no estabelecimento ou no setor bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial e para a segurança das pessoas. Ademais, a tecnologia também poderá ser utilizada para evitar ou reduzir os efeitos da revista na intimidade dos empregados. A título de exemplo a colocação de etiquetas magnéticas em livros e roupas torna desnecessária a inspeção em bolsas e sacolas, nos estabelecimentos comerciais.

Neste sentido Alessandro Medeiros de Lemos (2009, p. 55) também se manifesta:

[...] Para que se compreenda a revista em sacolas, bolsas e pertences de empregados como medida adequada e lícita, é prudente que a mesma seja feita através de comprovação de que outras vias de controle não são suficientes para banir a possibilidade de dilapidação do patrimônio do empregador ou para garantir medidas de segurança, cuja responsabilidade recaia sobre a empresa, ou ainda, que por outros meios não se conseguiria resguardar o sigilo industrial [...].

Deste modo, há que se dizer que em meio aos diversos avanços tecnológicos, o empregador tem à sua disposição outros mecanismos menos invasivos que a própria revista para assegurar a proteção ao seu patrimônio, tais como: câmeras de vídeo, aparelhos de raios-X, entre outros, possibilitando uma fiscalização mais abrangente e menos ofensiva à privacidade e à intimidade do trabalhador.

Alice Monteiro de Barros (2008, p. 592-593) aponta também que:

A legislação brasileira não proíbe que o poder de direção conferido ao empregador se verifique por meio de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços, o que, aliás, é uma decorrência do avanço da tecnologia e poderá consistir em instrumento probatório valioso na avaliação da

conduta do empregado. Inadmissível é entender que o conjunto de locais do estabelecimento esteja sob o total controle do empregador e autorizar a introdução de aparelhos audiovisuais indistintamente. Ora, há certos locais que são privados por natureza ou se destinam ao descanso do empregado, logo, não se pode permitir a instalação de um sistema de vídeo, por exemplo, em um banheiro, ou em uma cantina.

A autora supracitada (2008, p. 593) aduz ainda que: "a vigilância eletrônica poderá ter um futuro promissor, desde que utilizada de forma humana, combatendo-se os abusos na sua utilização e permitindo-se o acesso do obreiro às informações que lhe digam respeito".

Nestes termos, é indispensável o uso de tecnologias a fim de preservar o patrimônio empresarial, contudo tais medidas preventivas devem estar em consonância com as garantias constitucionais, cabendo ao empregador recorrer às práticas menos agressivas antes de utilizar-se das inspeções em bolsas, sacolas e demais pertences do obreiro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder de controle constitui prerrogativa inerente ao empregador, e como tal, é nela que o empreendedor irá se pautar para o efetivo exercício da relação de emprego. O poder a ele conferido não se confunde com o poder de polícia, não sendo, portanto, aceitável a realização de vistorias abusivas e vexatórias com o intuito de assegurar a proteção ao seu direito de propriedade contra ataques de terceiros.

Assim, não há dúvida de que a vigilância do empregado no ambiente de trabalho não pode ferir os direitos e garantias constitucionais de forma a produzir resultados lesivos à privacidade e intimidade do obreiro, vez que o amparo aos direitos de personalidade alcança também a esfera trabalhista.

Tais direitos se encontram intrinsecamente ligados ao indivíduo, sendo oponíveis a terceiros, no caso, ao empregador. Além disso, devem ser observados pelo empresário a fim de não ofender a dignidade da pessoa humana, causando resultados lesivos a intimidade e à privacidade do funcionário.

Neste diapasão, há que se dizer que a relação de emprego deve estar pautada nos preceitos da confiança e boa-fé de forma a não prejudicar ou causar danos às partes envolvidas.

A revista realizada pelo empregador deve então observar os critérios de razoabilidade e ponderação, sendo medida pessoal e indiscriminada com o intuito de não atingir os direitos de personalidade do empregado.

Ademais, tal medida somente é justificável nas hipóteses em que outros meios de controle se mostrem ineficazes ou de difícil

adoção, já que na atualidade o empregador tem à sua disposição outros mecanismos menos invasivos que a própria revista para assegurar a proteção ao seu patrimônio.

Por fim, pode-se concluir que a proibição da revista à qualquer título já não encontra lugar em meio ao cenário globalizado vez que atua em desfavor do patrimônio do empregador, patrimônio este que é a base da atividade empresarial e consequentemente o fator responsável pela oferta de empregos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS JUNIOR, José Otávio de Almeida. *A revista pessoal e a violação ao direito à intimidade do trabalhador*. Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 75, n. 5, 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. *Dano Moral - Revista Pessoal / Revista Íntima*. Recurso Ordinário 00236-2012-002-03-00-4. Relator: Convocada Rosemary de O. Pires, 21 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Dano Moral - Revista Pessoal / Revista Íntima*. Recurso de Revista 843-56.2012.5.08.0014. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 de maio de 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LEMOS, Alessandro Medeiros de. *Revista de pertences de empregados: delimitações doutrinárias e jurisprudenciais*. Ciência Jurídica do Trabalho. Belo Horizonte, v. 12, n. 74, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2000.

REIS, Sérgio Cabral dos; BEZERRA, Marília Guiomar Neves Pedrosa. *Tutela da intimidade e vida privada do empregado e a revista efetuada nos seus pertences após a jornada diária de trabalho*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>

site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10889&revista_caderno=25 >. Acesso em: 22 de maio 2013.

SARAIVA, *Vade Mecum*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SENA, Newton Cunha de. *Faltas não Relacionadas ao Trabalho: Violação a Privacidade e Intimidade Do Empregado*. Revista do Curso de Direito da UNIFACS, n.149, nov.2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2373/1742>>. Acesso em: 22 maio. 2013.

SIMÓN, Sandra Lia. *Revistas pessoais: direito do empregador ou desrespeito aos direitos humanos fundamentais do empregado*. Revista TST, Brasília, vol.69, nº2, jul/dez 2003. Disponível em:<<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/>>. Acesso em: 22 de maio de 2013.

NOTAS DE FIM

1 Graduada do Curso de Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO FEDERALISMO COOPERATIVO

Alcione Rodrigues¹

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo analisar, segundo a Constituição Federal e a Lei 11.107/05 se os Consórcios Públicos são adequados para a efetivação do Federalismo cooperativo.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal; Consórcios públicos; Estado Federal; Entes federados; Federalismo Cooperativo.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Administrativo

1 INTRODUÇÃO

O Estado é uma organização política, com personalidade jurídica própria, formado de povo, que é o elemento constitutivo, território, que é o elemento físico e poder, que concede a ele – Estado – soberania.

As formas adotadas de Estado são, em regra, a Federação ou o Estado Unitário, sendo que se diferem conforme a distribuição do poder. No Brasil, o constituinte optou pela Federação, ao criar entes e conceder a eles autonomia e competências próprias.

A maneira que o povo se relaciona com aqueles que exercem o poder em nome do Estado é denominada regime político, que, numa divisão mais simplória, se classifica em democrático ou não democrático. O regime adotado no Brasil é o democrático semidireto, no qual ora a vontade do povo é representada através dos membros que ele elege, ora o povo participa diretamente, como por exemplo, em ação popular.

No Brasil a autonomia é muito importante e por isso expressa no texto constitucional, dado o período centralizado e ditatorial que antecedeu a democratização do país. Contudo, essa autonomia tem que se pautar também pela descentralização. Significa dizer que de nada adianta um ente federado ser autônomo se, sozinho, ele não consegue fornecer serviços públicos capazes de atender à coletividade. Surge daí a importância de se instituir o federalismo cooperativo.

Um dos meios para a efetivação do Federalismo previsto pela Magna Carta de 1988, no artigo, 241, foi o instituto dos consórcios públicos, sendo posteriormente tratado na lei 11.107/2005, e regulamentado pelo Decreto 6017/07.

Os consórcios públicos são negócios jurídicos plurilateral de cooperação mútua, vez que poderá haver vários pactuantes na relação jurídica, com interessantes não antagônicos, mas afins. São regidos, em regra, pelo Direito público e compostos pelos entes federados, quais sejam, nos termos do artigo 18 da Cons-

tituição Federal a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, sendo plenamente possível se consorciarem entre si ou com entidades privadas.

É criada assim, uma pessoa jurídica para prestar atividades de relevância para o interesse coletivo com mais eficiência, vez que os serviços públicos tornam-se cada vez mais onerosos “graças ao progresso da tecnologia que amplia cada vez mais as necessidades e exigências das populações.”, (BORGES, 2008) o que acaba por fazer surgir a necessidade de se estabelecer uma gestão associada das atividades públicas.

Considerando que a Magna Carta adotou a Federação como forma do Estado brasileiro e que no artigo 3º preconiza pelo desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais é importante encontrar meios que assegurem a autonomia dos entes federados sem deixa-los impedidos, por questões econômicas, por exemplo, de prestar os serviços públicos que visem garantir a igualdade social.

Dessa forma, a própria Constituição Federal, a fim de limitar a atuação dos entes, estabeleceu a cada um deles sua competência, porém, permitindo que eles se consorciem, por mera liberalidade, para prestar os serviços de natureza coletiva com maior eficiência, conforme redação do artigo 241, que prevê os consórcios públicos.

Cabe, no entanto o questionamento, que irá nortear a pesquisa do tema: É possível considerar os consórcios públicos como instrumento adequado para a concretização do Federalismo cooperativo?

O tema merece ser estudado devido a relevância social que agrega. Isso porque Brasil tem grande extensão territorial, o que faz com que existam municípios com infraestrutura precária, que não conseguem sozinhos fornecer serviços de qualidade à população. Daí surge a necessidade de se efetivar instrumentos que possam atender a coletividade e garantir o preceito constitucional da isono-

mia, reduzir as desigualdades sociais e gerar desenvolvimento para o país, sem retirar-lhes a autonomia ou descaracterizar a forma de Estado e o regime político adotado pelo constituinte.

O que se visa com o presente estudo é analisar se os Consórcios Públicos são adequados para a efetivação do Federalismo cooperativo.

Além disso, faz-se mister, analisar a forma de controle feita pelos Tribunais de Contas e verificar a idoneidade de tal instrumento, que deverá ser instituído apenas quando houver relevante interesse coletivo.

A hipótese que se levanta no estudo em questão é se os consórcios públicos são importantes para o fortalecimento do Estado Federado mais democrático que atenda de forma igualitária o maior número de pessoas possíveis, garantindo assim os objetivos constitucionais de redução da desigualdade e desenvolvimento nacional, desde que firmado quando haja interesse da coletividade e todos os entes federados participem de forma voluntária, sem deixar de observar os limites de suas autonomias e competências.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo de René Descartes, o qual Izequias Estevan dos Santos, ensina que "tem suas proposições enfocadas na situação geral para explicar as particularidades e chegar à conclusão afirmativa." (2010, p. 196)

A preferência por este método deu-se pelo fato de que será necessário analisar a situação geral, qual seja, a forma de Estado Federado e o regime político democrático para explicar uma situação específica; a eficácia dos consórcios públicos.

A técnica a ser utilizada para o desenvolvimento da pesquisa será de documentação indireta, através da busca bibliográfica, a fim de enriquecer o tema com fundamentos doutrinários, legais e jurisprudenciais.

A pesquisa será estruturada a partir do conceito de Federalismo, que Montesquieu, na clássica obra "O Espírito das Leis", descreve como uma convenção dos Estados-membros de se tornarem cidadãos de um Estado maior que será formado. (1996).

O Federalismo é uma forma de governo que consiste na descentralização do poder político, sendo que cada ente é autônomo, ou seja, é competente para elaborar suas próprias leis, no seu âmbito territorial, mas não é soberano. Isso porque a soberania compete apenas ao Estado brasileiro, que concede a eles status de igualdade perante os demais países, tendo, portanto, pleno poder para tomar decisões e firmar acordos internacionais.

Segundo os ensinamentos de Alexandre de Moraes, essa forma de governo está atrelada ao princípio da autonomia e da participação política, mas também da indissolubilidade do vínculo federativo, vez que a Constituição de 1988, preconiza no artigo 1º que a República Federativa do Brasil é formada pela União Indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal. (2010, p. 273, 275)

Tendo por base o Estado Federal é necessário estabelecer mecanismos que possibilitem não só exercício da autonomia dos Estados-membros, mas a eficiência na prestação de serviços públicos, que muitas vezes, não é possível apenas um ente federado realizar. Daí a importância dos consórcios públicos que permitem aos entes federados cooperarem entre si, sem ferir a autonomia concedida a eles, resguardando e fazendo valer, dessa forma o Federalismo.

2 EXPRESSÕES BÁSICAS

Primeiramente é de extrema importância pontuar conceitos basilares a fim de facilitar o entendimento do estudo em questão.

Para tanto, faz-se necessário definir os conceitos que norteiam todo o debate, quais sejam: Consórcios públicos, Gestão associada e Federalismo cooperativo. Isso porque a doutrina os trata de maneira diferente, apesar de estarem intimamente ligados.

Imprescindível também analisar os institutos existentes no ordenamento jurídico que se assemelham aos consórcios públicos com o afim de clarear os pontos semelhantes e distintos para que não haja confusões no decorrer do estudo.

Desse modo, nota-se a necessidade de estudar essas definições básicas, pois é a suporte para a estrutura das ideias discutidas.

2.1. Federalismo Cooperativo, Consórcio Público e Gestão associada.

O Legislador Constituinte, ao optar pelo Estado Federal, previsto no artigo 1º, caput, da Constituição da República, aderiu ao sistema de repartição de competências, uma vez que é intrínseco à forma de Estado adotada.

Como consequência dessa divisão de competência, os entes que compõem o Estado brasileiro, são dotados de autonomia para se organizarem, nos limites da Magna Carta, como leciona o professor Luciano Ferraz:

"... o atual desenho constitucional da Federação Brasileira é diferente, pois consagra Federalismo tripartite formado pela união indissolúvel de Estados, Distrito Federal e Municípios, reconhecendo-lhes, ao lado da União, autonomia político-administrativa (arts. 1º e 18) e outorgando-lhes, a cada um deles, competências legislativas e competências matérias próprias..." ²

Vale ressaltar, contudo, que o federalismo de que trata a atual Constituição Brasileira é cooperativo. Significa dizer que todos os entes tem objetivos comuns tratados no texto constitucional, quais sejam a construção de uma sociedade livre, justa e solidá-

ria; o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e promoção do bem estar de todos (art. 3º).

A priori, conforme ensina o I. Procurador-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Pernambuco (TCE-PE), Dr. Dircel Rodolfo de Melo Júnior, a doutrina pátria mais respeitável considerava os consórcios públicos como espécies de acordo firmado entre entes do mesmo nível administrativo, visando o mesmo objetivo. Eram semelhantes aos convênios administrativos e, portanto não possuíam personalidade jurídica própria, o que dificultaria então, ser aplicada a coercitividade que o Direito impõe nos contratos em geral.

Verifica-se desse modo, que os consórcios públicos eram imprestáveis para a concretização de um Estado federal cooperativo, aderindo um regime jurídico ultrapassado, incompatível com o Estado Democrático de Direito que se instituiu.

Assim, foi editada a Lei nº 11.107/05, que se incumbiu de compatibilizar os consórcios públicos com o federalismo cooperativo.

Com efeito, a doutrina passou a descrevê-los, nas palavras de Luciano Ferraz como arranjos jurídicos “aptos a levar a cabo a gestão associada de serviços públicos e outras atividades de interesse comum de duas ou mais esferas da Federação.”

A gestão associada é a ação conjunta dos entes federado para o alcance de interesses comuns que, em regra, são as competências constitucionais comuns, previstas no artigo 23 da Carta Política.

A gestão associativa dos serviços públicos – junto com a prestação direta, a prestação por meio de entidades da Administração indireta e a delegação de serviços (art. 175 CR) – representa uma das formas de prestação de serviços públicos, peculiar por consistir num modelo associativo ou compartilhado, com a peculiaridade de sempre ser realizado entre entidades federativas (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).³

Significa dizer que determinada prestação de serviço que seria inviável para uma pessoa jurídica de direito público, se torna mais palpável e eficiente com a parceria de outra pessoa da Administração Pública. (Di Pietro, 2010)

Desse modo, tem-se que os consórcios públicos são arranjos que permitem que o entes federados, que devem cooperativamente alcançar os objetivos constitucionais os desenvolva de forma conjunta.

2.2 Institutos semelhantes aos consórcios públicos.

Existem, no nosso ordenamento jurídico, possíveis formas de entes federados ou de pessoas jurídicas, integrantes da Adminis-

tração Pública Indireta ou exclusivamente privadas se consorciarem, diferentes dos consórcios públicos. Para estudarmos o tema, é de extrema importância conhecê-los e identificá-los no que se diferem para que não haja dúvida no decorrer do trabalho.

Uma figura jurídica importante prevista na lei 6.404/76, que trata das Sociedades Anônimas – S.A – é a associação entre pessoas jurídicas para realizar um serviço certo e determinado, o que o artigo 278 denominou de “consórcios”. Entretanto, esses consórcios não tem personalidade jurídica própria, sendo que a responsabilidade civil recai sobre as pessoas jurídicas associadas.

Antes da criação da lei 11.107/05, esse instituto tinha aplicação analógica à Administração Pública, sem nenhuma finalidade lucrativa, apenas com o intuito de cooperatividade. Contudo, a falta de fiscalização na aplicação desse sistema na Administração Pública dá ensejo a gestão inadequada dos recursos, tornando-o ineficaz e insuficiente.

Outra figura que merece consideração quando o assunto é formas de gestão associada são os convênios administrativos, previstos em legislação esparsa, geralmente Decretos e Instruções Normativas⁴. Essa forma de consórcio também não tem personalidade jurídica própria.

Existem ainda as associações de Municípios, cujo critério pode ser geográfico ou político, conforme a compatibilidade das ações que se desejam desenvolver. Esse instrumento tem natureza exclusivamente privada e pode ter abrangência nacional, como no caso da Confederação Nacional de Municípios.

Por fim, não com menor importância por isso, vale mencionar as regiões metropolitanas, que tem sustento constitucional para suas criações, previstas no artigo 25, § 3º. Trata-se de agrupamento de municípios limítrofes com o intuito de executar serviços públicos de interesse comum.

Atualmente, o que se tem nessa hipótese é um mero agrupamento de municípios em torno de um município-pólo, sem a criação de um novo ente dotado de personalidade jurídica, sendo cada um dos municípios participantes autônomos. (SILVA, 2009.)

3 O FEDERALISMO TRATADO PELAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

O Estado Federal, ou seja, com o poder político descentralizado, e a República como forma de governo, surgem com a Constituição de 1981. Até então, vigente a Constituição do Império, de 1824, o Estado era Unitário. Significa dizer que o poder era centralizado somente na fonte produtora das normas. (GUERRA, GONÇALVES-CHAVES, 2007.)

No que tange a estrutura do federalismo, pode-se dizer que o Brasil adotou o modelo norte-americano, no qual se concede soberania à União e autonomia aos Estados “na forma de um con-

domínio de poder, em que se reconheceram a integração de cada um e a unidade do conjunto, numa representação dual..." (BARBOSA e PIRES, 2008.)

A Constituição de 1891 então extingue o Estado unitário e concedeu elevada autonomia aos entes federados, em contraposição ao período de regime centralizado que antecedeu a criação dos Estados membros.

Sobre o assunto, relevante é o ensinamento de Maria Coeli dos Santos e Maria Elisa Braz Barbosa:

*A autonomia dos entes subnacionais no Brasil, em um primeiro momento, foi idealizada com base na lógica competitiva sugerida pelo liberalismo, a qual se frustrou em virtude das desigualdades dos entes federativos e da dependência financeira de muitos deles em relação à União. Disfunções dessa ordem ocorreram durante a República Velha, quando o poderio de São Paulo e de Minas Gerais levou à "quebra" das demais autonomias federativas que apenas se mantiveram reconhecidas nominalmente, eis que, na prática, revelaram-se neutralizadas pela prevalência daquelas potências.*⁵

A Constituição de 1934 surge no período em que o Estado está voltado para o "bem estar social", completamente intervencionista, o que fez com que o federalismo cooperativo ganhasse mais corpo.

Criada pós Revolução de 30, a Carta Política deu início aos mecanismos de cooperação entre os entes federados e se incumbiu de abordar formas de integração entre eles, ainda que de forma singela, dada a inexperiência do país no assunto.⁶

Esse tal "federalismo cooperativo" que começava a se delinear com a Constituição de 1934, não se sustentou por muito tempo, tomando um novo rumo com a ascensão do Estado Novo, a Era Vargas e a criação da Nova Carta Política – a Constituição de 1937 – onde, indubitavelmente se pode afirmar que houve retrocesso na forma de governo. O país presenciou novamente o modelo centralizado; tudo passa a ser controlado pelo ente União.

Verifica-se, no entanto, que a presença do federalismo, em tese, não se dissipou; continuou existindo a divisão do país em Estados Membros, só que agora praticamente sem autonomia. No plano teórico, o Estado Federal não deixou de existir.

Entretanto, algo ainda não pensado para o federalismo cooperativo foi previsto na Carta Política originada pelo golpe de Estado. Nesse diapasão, ensina Maria Coeli dos Santos e Maria Elisa Braz Barbosa:

Vale ressaltar, todavia, que a Carta de 1937 esta-

beleceu o precedente normativo da possibilidade de Municípios constituírem pessoa jurídica para a execução compartilhada de interesses comuns..."
*"Uma falsa intencionalidade, uma vez que a própria autonomia municipal já então se fazia neutralizada pela hegemonia da União no âmbito do regime ditatorial."*⁷

A Constituição de 1946, elaborada com o perfil redemocratizador, trouxe novamente a ideia do federalismo cooperativo da Carta Política de 1891, porém, não havia previsão expressa para a criação de autarquias plurifederativas ou interfederativas. Contudo, nesse contexto, foi criado o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE), tratado pela doutrina como autarquia interfederativa, uma vez que composto por mais de um ente da Federação. (SOUZA, 2010)

Essa "autarquia interfederativa" foi criada pelos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná e em muito se assemelhava ao atual instituto dos consórcios públicos. Todavia, por falta de previsão legal, o tema foi debatido no Supremo Tribunal Federal, que decidiu que não havia "possibilidade de autarquia interestadual mediante a convergência de diversas unidades federativas..."⁸

A forma de Estado federal e a forma democrática de governo, foram novamente interrompidas em 1964, porém, havia previsão no texto constitucional da Carta de 1967, de que os "entes federados"⁹ poderiam "promover convênios para execução das suas leis, sendo mantida a essência do dispositivo na alteração promovida em 1969." (SOUZA, 2010)

Em contraposição ao regime anterior, a próxima Constituição, sem hesitar, se incumbiria de reerguer a forma de Estado Federal e a forma de governo democrática, restaurando a figura do federalismo cooperativo.

*É certo, também, que o final dos anos 70 foi marcado por fortes demandas oriundas dos entes subnacionais, no sentido da reconfiguração do pacto federativo e de maior descentralização. O movimento culminou com a edição da Constituição da República de 1988, a introduzir, sob forte influência democrática, relevantes mudanças na arquitetura federativa do Brasil..."*¹⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) foi inovadora no que tange ao resgate do sistema federal, trazendo táticas descentralizadoras eficazes e muito à frente do que até então tinha se visto. Foi um verdadeiro avanço para o país.

A lógica do federalismo brasileiro rege-se, basicamente, pela

divisão de competências feita pela Constituição Federal. Assim, existem competências privativas da União, que podem ser delegadas aos Estados (artigo 22); competências comuns de todos os entes federativos (artigo 23); competência concorrente para legislar, da União, Estados e Distrito Federal (artigo 24); competências exclusivas da União (artigo 21); competências dos Municípios, em observância ao ordenamento jurídico dos Estados-Membros (artigo 30) e competência remanescente dos Estados e do Distrito Federal (artigo 25, § 1º).

Bem ensina sobre o assunto Maria Coeli dos Santos e Jean Alessandro Serra Cyrino Nogueira:

O modelo de distribuição de competências, sob a perspectiva reconstrutiva do federalismo, ao mesmo tempo em que embasa a cooperação dos entes federativos, define competências que especialmente arrimam a atuação competitiva no âmbito da Federação, haja vista, por exemplo, o arranjo de competências em seara tributária, e, ainda, em algumas matrizes, o apoio da centralização do poder no âmbito da União, em áreas relevantes, tendência, de resto, confortável na cultura interna, alimentada pela consciência da unidade nacional.¹¹

Entretanto a distribuição de competências não só cria um modelo competitivo, mas também cooperativo, conforme estabelece o artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal, o qual vislumbra concretizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º.

Caminhando nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 19 de 4.06.98, deu nova redação ao artigo 241. Agora, ao invés da Carta de 1946, que trouxe a ideia de federalismo cooperativo, mas não previu expressamente no texto a possibilidade de consórcio interfederativo, o texto político possibilita a gestão associada de serviços públicos por meio de lei dos consórcios públicos e convênios de cooperação.

Pode-se verificar então, que a descentralização no Brasil, é tratada de vários modos, conforme a situação política vivenciada no período pelo país. O intuito da descentralização na Carta Política de 1891 foi, a priori, instituir a forma federal de Estado, extinguindo o Estado Unitário estabelecido na Constituição de 1824. Não tão distante desse intuito, foi a força que o federalismo ganhou com a Constituição de 1934, com o intervencionismo do Estado, visando o "bem estar social", após a Revolução de 1930.

Já a Constituição de 1988 ao prevê a descentralização vislumbrou o reordenamento político, após o regime centralizado, que tinha respaldo na Constituição de 1937. Ademais, instituiu

novamente a forma federal de Estado e o Estado Democrático de Direito, previstos no artigo 1º, *caput* da Magna Carta. Não bastasse isso, a descentralização nessa nova ordem política deu força à cooperação entre os entes federados, conforme redação do artigo 241 da Constituição Federal.

3.1 A situação dos Municípios após o Estado Federal da Constituição de 1988.

Na década de 80 houve movimentações visando dar maior autonomia aos Municípios. Nessa época foi criada, na cidade de São Paulo, a Confederação Nacional dos Municípios, que visava apresentar melhorias, no âmbito nacional para os Municípios, como por exemplo, a proposta de reforma tributária, visando uma redistribuição mais igualitária dos recursos da União para Estados e Municípios. Como foi a época de criação da nova Carta Política, os municípios ganharam maior importância, sendo considerados entes federados, concomitante aos Estados, Distrito Federal e União, conforme preconizam os artigos 1º e 18 da Magna Carta.

Nisso também, a Carta de 1989 foi inovadora, vez outras importantes federações no mundo, como, por exemplo, Canadá, México e Austrália, não concedem autonomia aos Municípios.¹²

Entretanto, há de se observar que o Município dotado de autonomia em relação ao Estado-Membro a que está circunscrito, porém, não se pode afirmar que essa autonomia é absoluta, vez que a própria Constituição Federal, no artigo 29 prevê a necessidade do Município observar a Constituição Estadual para a elaboração de lei orgânica. Além disso, o artigo 96 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – estabelece que a fusão, criação e incorporação de novos Municípios, dependem da legislação do Estado a que estão circunscritos. Ademais, a Lei 11.107/05 determina que o consórcio entre Município e União dependerá da intervenção do Estado-Membro ao qual o Município está circunscrito.

Disto conclui-se que a autonomia dos municípios está adstrita ao princípio da subsidiariedade, sendo o Município, portanto, autônomo, sem deixar de ser dependente, ainda que de forma relativa, do Estado-Membro. Pensar de forma diversa seria romper com a teoria do federalismo, vez que os Municípios teriam o mesmo status que os Estados-Membros. (BARBOSA e PIRES. p 42).

3.2. O Federalismo Cooperativo Brasileiro

Como já dito, os entes federados são autônomos para se organizarem, governarem, administrarem e legislar, nos limites da Constituição da República. Desse modo, os Estados-membros, poderão editar suas próprias Constituições.

Isso porque o Poder Constituinte Derivado, que é o poder autônomo, "tem como características ser derivado, subordinado e condicio-

nado” ao Poder Constituinte Originário, que é o poder soberano, logo, as Constituições Estaduais estão sujeitas a Constituição Federal, devendo, portanto, ser harmônicas a ela. (SILVA, 2009))

Desse modo, a Constituição Federal, por ser soberana, estabelece limites à Constituição Estadual, que é apenas autônoma. Esses limites são classificados pela doutrina como “princípios sensíveis”, ou seja, são de fácil percepção, dispostos no artigo 34, VII da Carta Maior, cuja consequência da inobservância é a intervenção federal. Há ainda princípios limitadores que se subdividem em mandatórios, que determinam quais normas devem estar presentes nas Constituições dos Estados-Membros (v.g. arts. 18, 27, 28, 37, 42) ou vedatórios, que proíbem que alguns atos decorram da Constituição Estadual (v.g. 19, 35, 36, 150, 152). (SILVA, 2009).

O Poder Constituinte Originário, concedeu status de ente federado também aos Municípios e nesse ponto a doutrina a divergente. Por um lado, conceitua-se os Municípios como “*entidade político-administrativa de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo*”, sob a justificativa de que são eles os entes mais próximos do povo. Por outro lado, defende-se a ideia “*não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-administrativa que ela necessariamente integre o conceito de entidade federativa*”, vez que a Federação não é formada por uma união de Municípios e sim por uma união de Estados. (TAVARES, 2008)

Contudo o que se verifica foi que a Constituição Federal classificou os Municípios como entes federados, porém, limitou sua autonomia também aos Estados-Membros.

Fato incontestado é que os Municípios estão mais próximos do povo e, por tal motivo podem verificar as suas necessidades, de modo a ser essencial sua autonomia municipal para infirmar ações que promovam o bem estar social.

Todavia, é sabido que, muitas vezes os Municípios, apesar de conhecerem melhor as necessidades da população, não conseguem, sozinhos, supri-las, pelo que faz-se mister o auxílio de outros entes federados.

Esse auxílio, entretanto, não lhes retira a autonomia, nem destoa do texto constitucional, uma vez que foi da vontade do Poder Constituinte Originário que o federalismo brasileiro fosse cooperativo.

A Constituição de 1988 reforça, sobretudo, soluções cooperativas, mediante relações diretas entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, especialmente, conforme disposto em seu art. 23, parágrafo único.

Tal dispositivo enfatiza a cooperação federativa – tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no contexto nacional –, a qual se volta para a efetivação dos objetivos fundamentais

*da República Federativa do Brasil, notadamente os previstos nos incisos II (garantir o desenvolvimento nacional) e III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir a desigualdades sociais e regionais) do art. 3º da Constituição da República.*¹³

Desse modo, mostra-se totalmente pertinentes parcerias “interfederativas” e a instrumentalização dos consórcios públicos para que se possa alcançar os objetivos do Estado Brasileiro.

4. OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A Constituição Federal de 1988 é analítica. Significa dizer que detalha os assuntos relevantes à formação e funcionamento do Estado. Entretanto, optou o legislador por não tratar do conceito de consórcio público no artigo 241, do mesmo modo, a lei 11.107/05 também não o define, ficando, então a cargo da doutrina. (BARBOSA e PIRES, 2008.)

Antes do advento da Lei 11.107/05 o entendimento pacífico caminava no sentido de que consórcio e convênio eram acordos de vontade e o que os diferenciava eram apenas os consorciados. Em outras palavras, quando a parceria ocorria entre entes do mesmo nível federativo (v.g. entre Estados-membros) seria tratado como consórcio; já se as partes envolvidas estivesse em níveis diferentes (v.g. Estados-membros e Municípios) seria dado tratamento de convênio.

Todavia, após a criação da lei que regulamenta os consórcios públicos, estes tornaram-se integrantes da Administração Pública Indireta dos entes consorciados, vez que é dotado de personalidade jurídica própria.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, os consórcios públicos se classificam quanto à natureza jurídica como negócio jurídico plurilateral de direito público com o conteúdo de cooperação mútua entre os pactuantes e em sentido amplo pode ser considerado contrato multilateral. Sobre o assunto, explica ainda:

*Constitui negócio jurídico, porque as partes manifestam suas vontades com vistas a objetivos de natureza comum que pretendem alcançar. É plurilateral, porque semelhante instrumento admite a presença de vários pactuantes na relação jurídica, sem o regime de contraposição existente nos contratos; por isso alguns o denominam de ato complexo. É de direito público, tendo em vista que as normas regentes se dirigem especificamente para os entes públicos que integram esse tipo de ajuste. Retratam cooperação mútua, numa demonstração de que os interesses não são antagônicos, como nos contratos, e sim paralelos, refletindo interesses comuns.*¹⁴

Desse modo, tem-se que os consórcios públicos são negócios jurídicos plurilaterais de cooperação mútua, vez que poderá haver vários pactuantes na relação jurídica, com interesses não antagônicos, mas afins. São compostos por entes federados, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, nos termos do artigo 18 da Magna Carta. Além de se consorciarem entre si, a lei 11.107/05 permite aos entes federados se consorciarem com entidades privadas.

Assim, quando formados apenas por entes federados, serão regidos pelas normas de Direito Público, sendo, portanto considerados associação pública, nos termos do artigo 6º, I da referida lei. Nesse caso, o consórcio público "integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados" (artigo 6º, §1º). Portanto, terá imunidade tributária, impenhorabilidade dos bens, processo especial de execução, dilação do prazo em juízo.

Já se houver participação de entidade privada, serão os consórcios públicos regidos pelas normas de direito civil, todavia, conforme previsto do artigo 6º, §2º da Lei 11.107/05, deverá observar "as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT."

Nesse contexto, face à Lei 11.107/05 a doutrina classifica os consórcios públicos como "associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa para a gestão associada de serviços públicos"

4.1 Lei 11.107 de 06.04.2005 – Regulamentação Dos Consórcios Públicos.

Antes da vigência da Lei 11.107/05, era unânime pela respeitável doutrina de Direito Administrativo o entendimento que os consórcios públicos não eram dotados de personalidade jurídica, tornando-se, portanto, ineficazes, sem qualquer possibilidade aplicação coercitiva do Direito.

É de notar que o conceito doutrinário então corrente e o regime jurídico dos consórcios públicos – o último sem uma disciplina legal apropriada para a espécie –, os tornaram inservíveis para dar contornos formais às iniciativas de cooperação e coordenação federativas, além do que já era perceptível um flagrante anacronismo na até então conhecida percepção dos consórcios públicos em relação aos influxos emergentes do alvorecer de um novo pensamento administrativo, restamos uma vez mais nos referindo à ideia-força de uma Administração Pública concertada, calcada

em módulos contratuais ou convencionais e base do Federalismo de Cooperação ou de Equilíbrio (em contraposição ao Federalismo rígido). Em verdade, já se bispava o desabrochar da Administração Pública Consensual em detrimento do vetusto modelo de Administração Pública Imperativa, faltava apenas o estopim para que fossem abandonados o já ultrapassado conceito e o regime jurídico-formal dos consórcios públicos, bem definido por Marques Neto: "O doutrinador se nutre e contamina (no sentido positivo dos termos) da contribuição que ela segue sendo reproduzida, inalterada, até que uma nova realidade jurídica (como uma alteração legal ou constitucional) ou fática (uma manifestação concreta do poder político) suscitem a reflexão ou obriguem a revisão dos conceitos ou postulados doutrinários."¹⁵

Assim, com o advento da lei que regulamenta os consórcios público, a realidade jurídica mudou. Isso porque conferiu-lhes personalidade jurídica, conforme determinam o §1º do artigo 1º c/c o artigo 6º, o que os torna mais eficaz a fiscalização e aplicação do Direito, uma vez que é possível responsabilizá-los.

Prescreve ainda o artigo 6º que os consórcios poderão ser direito público, caso que integrará a Administração Pública indireta, na forma de associação pública ou de direito privado, regido pelas normas cíveis que se aplicam as entidades privadas sem fins lucrativos.

Todavia, merece ressalva tal dispositivo ao passo que os consórcios públicos deverão integrar a Administração Pública Indireta de todos os entes consorciados, inclusive quando celebrado com entidades privadas.

Ora, se foi delegada a prestação de serviços de competência da Administração Pública Direta (União, Estado, Município, Distrito Federal), para uma entidade instituída exclusivamente para prestar serviço público, não há como deixar de fora o ente federado que na realidade é participante (ainda que com uma pessoa jurídica privada), uma vez que o ente público será a parte mais importante, pois é requisito primordial para a instituição do consórcio público a sua participação, senão estaríamos tratando de outros institutos possíveis no âmbito administrativo.

A própria Lei nº 11.107 derroga parcialmente o direito privado, na medida em que se aplica aos consórcios públicos, independentemente de sua personalidade pública ou privada. Especificamente, o direito privado é derogado quando o artigo 6º, §2º, determina a sujeição dos consórcios com persona-

lidade de direito privado às normas sobre licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. Além disso o Decreto nº5.505, de 5-8-2005, exige que os consórcios públicos, relativamente aos recursos por elas administrados, oriundos de repasse da União, realizem licitação para as obras, compras, serviços e alienações (art. 1º). No caso de aquisição de bens e serviços comuns, o mesmo dispositivo impõe a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica.¹⁶

Verifica-se desse modo, que na verdade, os consórcios públicos serão sempre regidos pelo direito público e, no que couber, quando houver participação de pessoa jurídica privada, será aplicado o direito civil.

Independente da sua natureza jurídica, os consórcios públicos gozam de alguns privilégios concedidos pela lei, como por exemplo o artigo 2º prevê a promoção de desapropriação e instituição de servidão, quando declarada utilidade ou necessidade pública ou interesse social; prevê ainda a possibilidade do consórcio ser contratado pela administração pública dos entes consorciados, dispensada a licitação; o artigo 24, parágrafo único alterou a lei de licitação no que diz respeito aos consórcios para estabelecer limites mais elevados para a escolha da modalidade de licitação; dispensa da licitação quando celebrado contrato de programa com ente federado ou entidade da Administração Pública Indireta; valores mais elevados para a dispensa da licitação em razão do valor. (DI PIETRO, 2010.)

Uma vez que os consórcios públicos fazem parte da Administração Pública Indireta, além do controle pelo Tribunal de Contas, se sujeitarão ao controle administrativo previsto no Decreto-lei 200/67. Desse modo, o consórcio público sofrerá controle de vários entes federados e, se algum ente participa de mais de um consórcio público, poderá fiscalizar todos eles.

No que diz respeito ao controle feito pelo Tribunal de Contas, a Lei dos consórcios públicos disciplinou o assunto no artigo 9º, parágrafo único, prevendo que "o consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio...". Contudo, essa previsão não afasta a possibilidade de controle pelo Tribunal de Contas dos demais entes consorciados, vez que a Constituição Federal concede ao Legislativo o poder de fiscalizar os atos do Executivo, através do Tribunal de Contas.

"... os Tribunais de Contas deverão zelar pelo fornecimento fidedigno das informações a serem con-

tabilizadas nas contas de cada ente consorciado, de forma a serem verificados os limites e parâmetros previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) dentro dos níveis aceitáveis de confiabilidade. Por isso, há que se averiguar – e isto parece ser também incumbência do controle externo – se os consórcios públicos estão fornecendo, adequadamente, as informações relacionadas com todas as despesas realizadas com os recursos entregues pelos entes consorciados em virtude de contrato de rateio. Trata-se de uma obrigação legal, nos termos do §4º do artigo 8º do novo estatuto." ¹⁷

Nesse ponto, é importante ressaltar que a Lei veda a aplicação de despesas genéricas quando se trata de contrato de rateio, daí a necessidade de maior controle pelos Tribunais de Contas.

Insta salientar que visualizar esse controle quando se trata de consórcio público de direito público é bem mais nítido do que quando se trata de consórcio de direito privado. Entretanto – e não poderia ser diferente – a Lei 11.107/05 prevê normas de direito público para os consórcios de direito privado, no que tange, dentre outras, a realização de licitação, logo, deve haver nessa hipótese também fiscalização pelo Tribunal de Contas e controle administrativo, vez que em ambos os casos, os consórcios públicos integram a Administração Pública Indireta.

Assim, é extremamente importante que os Tribunais de Contas tenham domínio e conhecimento acerca das exigências e formalidades da Lei que rege os consórcios públicos, emitindo, quando for caso, as notas de improbidade, podendo, inclusive rejeitar as contas e pleitear a cassação da candidatura do Chefe do Executivo, bem como aplicar pena de multa.

4.1.2 Criação, formalização e extinção dos consórcios públicos.

Para a criação de um consórcio público, deve ser observado procedimento específico, cujas fases são: subscrição de protocolo de intenções (art. 3º); celebração de contrato (art. 3º); publicação do protocolo de intenção em imprensa oficial (art 4º, §5º); promulgação, da lei de cada ente consorciado, ratificando o protocolo de intenções (art. 5º).

O procedimento se inicia com a celebração do protocolo de intenções para que os entes consorciados manifestem a intenção de firmar um acordo de vontade. Vale dizer que nessa fase, não existem obrigações, apenas são elencados pontos que deverão ser observado caso haja a celebração do acordo.¹⁸

Como se trata da criação de uma nova pessoa jurídica que envolve a Administração Pública não poderá haver simples cele-

bração de contrato, logo, o protocolo de intenções estará sujeito a apreciação pelo Poder Legislativo para a elaboração da lei que irá ratificá-lo, sendo que somente após a ratificação é que poderá ser celebrado o contrato que constitui o consórcio público.

A lei 11.107/05, prevê no seu artigo 4º, que o protocolo de intenções deverá conter, dentre outras, a denominação do consórcio público, a finalidade, entes participantes, sede, área de atuação, tempo de duração e a natureza pública ou privada.

Nesse contexto, são celebrados, inicialmente, o contrato de consórcio público, previsto no artigo 3º da Lei. Esse primeiro contrato depende da ratificação legislativa do protocolo de intenções e deverá disciplinar a relação das entidades federativas.

A Lei ainda prevê dois outros contratos a serem celebrados. O primeiro é o contrato de rateio, disciplinado no art. 8º, mediante o qual os entes consorciados empregarão recursos, previstos nas respectivas leis orçamentárias, ao consórcio público. São estabelecidas aqui as obrigações de cunho pecuniário.

O segundo contrato é de programa, que com fulcro no art. 13 da Lei, visa regulamentar as obrigações dos entes consorciados, que não sejam de natureza financeira. Esse contrato está previsto também no art. 4º, XI "d", sendo que da leitura conjunta dos artigos, pode-se concluir que a gestão associada poderá ser feita através de consórcio público, criando uma nova pessoa jurídica ou por acordos de vontade.

Entretanto, insta salientar que o contrato de programa, poderá ser firmado no âmbito interno ou externo do consórcio público. Aqui nos interessa aquele firmado no próprio consórcio público, no qual um ente consorciado assume a obrigação de prestar serviços por órgãos da Administração Direta ou entidade diversa da Administração Indireta.

A personalidade jurídica do consórcio público surge a partir da data que a lei que o instituiu entrar em vigor. Já se regido pelo direito privado, a personalidade terá início "após a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro", nos termos do artigo 45 do Código Civil.

A responsabilidade dos entes, á luz do art. 37, § 6º da Constituição Federal, é objetiva e quando da sua extinção, até que haja decisão em sentido contrário, os entes responderão de forma solidária.

O artigo 12 da Lei dos consórcios públicos determina, para sua alteração ou extinção, a aprovação pela assembleia geral, ratificado mediante lei de todos os entes consorciados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os consórcios públicos são importantes para a concretização do federalismo cooperativo e um Estado mais democrático, na medida em que através dele, não há retirada das autonomias dos entes federados, mas surge um meio de relacioná-las, sem lhes

tolherem, haja vista que ser os consórcios públicos um negócio voluntário, pautado pelo princípio da eficiência, podendo fortalecer assim a forma de Estado que rege o Brasil.

Pode-se afirmar para que tenha êxito o federalismo instituído pela Constituição da República de 1988, é necessário aplicar mecanismos que incentivem a cooperação federativa, daí a importância de se conhecer bem o instituto dos consórcios públicos, a fim de aplicá-lo no desenvolvimento do país.

A atual Constituição Federal ao adotar o Federalismo, trouxe expressamente a previsão dos Consórcios públicos, demonstrando a necessidade destes para a eficácia de tal forma de Estado.

Agora, com os moldes trazidos pela Lei 11.107/05, o novo contorno jurídico dos consórcios público certamente os tornou eficazes e supriu, em grande parte, a carência de ferramentas capazes de torna-los concretos e permitir que eles sanem os problemas que não se alojam apenas nos limites territoriais de um ente federal isolado, mas que prejudica o desenvolvimento do país, sendo, portanto, de responsabilidade dele como um todo, solucioná-lo a fim de alcançar os objetivos constitucionalmente previstos.

REFERÊNCIAS

BORGES, Alice Gonzales. *A instrumentalização dos consórcios públicos intermunicipais*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 79-102, out./dez. 2008

Confederação Nacional dos Municípios – CNM. Disponível em: http://www.cnm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24&Itemid=26. Acesso em 02.06.13.

Constituições Brasileiras. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 15/05/13.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O consórcio público na lei 11.107 de 06.04.2005*. Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-3-JULHO-2005-MARIA%20SYLVIA.pdf>. Acesso em 15.04.12.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed revista, ampliada e atualizada até a lei nº 12.597 de 3/01/12. São Paulo: Atlas, 2012.

GUERRA, Arthur Magno e Silva; GONÇALVES-CHAVES, Glenda Rose. *Direito Constitucional Perguntas e respostas: provas e concursos*. Belo Horizonte: Líder, 2007.

LIMA, Filipe Antonio de Oliveira *A Constituição Brasileira: da Constituição Imperial à Constituição Cidadã*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico>.

com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6352. Acesso em: 15/05/13.

MELO JÚNIOR, Dirceu Rodolfo de. *O novo regime dos consórcios públicos e o federalismo compartilhado: um desafio para o controle externo brasileiro. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 65. p. 245-275, jan./fev. 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2ª ed. São Paulo: M. Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord). *Consórcios Públicos: Instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SANTOS, Izequias Estevan dos. *Manual de métodos e pesquisa científica*. Niterói: Impetus, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Frederlan Ferreira de. *Breves Considerações acerca dos consórcios públicos instituídos pela Lei 11.107/2005: oportunidades e desafios deste instrumento de cooperação federativa. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n.29, p. 51-100, abr./jun. 2010.

Superior Tribunal Federal. *Informativos*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo247.htm>. Acesso em: 02.06.13.

TAVARES, Alessandra Schettino. *O FEDERALISMO COOPERATIVO NO BRASIL: O Perfil do Estado Brasileiro segundo a Constituição Federal de 1988*. 2008. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em: 04.04.12.

NOTAS DE FIM

1 Concluinte do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

2 BARBOSA e PIRES. *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*: 2008.

3 MELO JÚNIOR, Dirceu Rodolfo de. *O novo regime dos consórcios públicos e o federalismo compartilhado: um desafio para o controle externo brasileiro*, 2011.

4 V.g.O artigo 1º da Instrução Normativa nº1 de 97, da Secretaria do Tesouro Nacional – STN – assim define os convênios administrativos:

“instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos Orçamentos da União, visando a execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de inte-

resse recíproco, em regime de mútua cooperação.

5 BARBOSA e PIRES. *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*: 2008, p.33.

6 V.g. O artigo 7º, II da Carta Política de 37 previa que a União passaria a ter que prestar auxílio aos Estados Membros em casos de calamidades.

7 BARBOSA e PIRES. *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*: 2008,p. 34

8 Informativo 247 do STF

9 Cumpre salientar que toda vez que nasce um regime político novo, nasce uma nova Carta Política que dá embasamento para a subsistência do Estado, com o Golpe de 64, adveio a Constituição de 1967, que do mesmo modo que a Constituição de 1934 manteve no plano teórico o Estado Federal, porém, sobrepondo a União em detrimento dos Estados membros, daí a expressão “entes federados”.

10 BARBOSA e PIRES. *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*: 2008, p.35

11 BARBOSA e PIRES. *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*: 2008, p. 42

12 BARBOSA e PIRES. *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*: 2008, p.40

13 BARBOSA e PIRES. *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*: 2008.

14 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 2012. p. 225.

15 MELO JÚNIOR, Dirceu Rodolfo de. *O novo regime dos consórcios públicos e o federalismo compartilhado: um desafio para o controle externo brasileiro*, 2011.

16 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed., 2010.

17 MELO JÚNIOR, Dirceu Rodolfo de. *O novo regime dos consórcios públicos e o federalismo compartilhado: um desafio para o controle externo brasileiro*,. 2011, p. 266.

18 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 2010.

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

Letícia Silva de Oliveira¹

RESUMO: O presente artigo visa apresentar uma visão crítica da atual postura ativista do Supremo Tribunal Federal em face do Princípio da Tripartição dos Poderes. Para isso, faremos um breve histórico da separação das funções estatais, passando por Aristóteles até a Teoria dos Freios e Contrapesos (Checks and Balances), formulada por Montesquieu. Analisaremos o modelo brasileiro de separação das funções Legislativa, Executiva e Judiciária, traçado pela Constituição de 1988, bem como das suas atribuições típicas e atípicas (esta última como viabilização do sistema dos Pesos e Contrapesos). Por fim, passaremos pela origem do “ativismo judicial”, alguns exemplos dessa atuação no STF, e do perigo aplaudirmos de modo temerário essa tendência (mundial), tendo em vista o risco de invasão de competência da esfera de atuação tanto do Legislativo quanto do Executivo, configurando violação do artigo 2º, CR/88; e, em última análise, risco à democracia brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Judiciário, ativismo, Constituição da República, democracia, invasão.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional

1 INTRODUÇÃO

Há algum tempo, temos observado uma proeminência do Poder Judiciário no cenário brasileiro. Trata-se de decisões inovadoras, onde os magistrados, sobretudo os da Corte do Supremo Tribunal Federal, tem se manifestado de modo proativo na concretização de direitos. Porém, atuam em situações que, ora a lei é omissa, ora tais direitos não estão devidamente regulamentados por lei.

Diante dessas decisões, é necessário questionar: quais são os pontos positivos e negativos desse fenômeno chamado ativismo judicial? Essa tendência (mundial) é saudável para o chamado princípio da “Tripartição dos Poderes”? Tal ingerência tem ferido esfera de competência do Legislativo? Devemos apoiar tais decisões ou ter um olhar cauteloso sobre estas mudanças? Não seria um indicativo de que algo não está funcionando bem?

É o que se pretende com o presente trabalho. Demonstrar as funções de cada esfera de poder, traçar os limites de suas atuações típicas e atípicas, esclarecer a origem do ativismo judicial, contrapor este fenômeno com o princípio de Montesquieu da “Tripartição dos Poderes” e apontar caminhos saudáveis a uma verdadeira harmonia e independência dos poderes do Estado Brasileiro, conforme determina o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

2.1 Do Ajuste Terminológico

O poder (para uns; para outros, governo ou soberania) é um dos elementos constitutivos essenciais do Estado, juntamente com os conhecidos “povo” e “território”.

Deixando de lado a análise do “povo” e “território”, teceremos breves comentários sobre o poder.

Parafraseando Bonavides(2007), há somente um titular do poder, que para alguns é o povo, para outros é do Estado (pessoa jurídica). Destarte, a manifestação dessa titularidade se dá através de órgãos. Então, teremos o exercício (do poder) através das funções legislativas, judiciária e executiva, dadas a pessoas distintas.²Conclui o autor, que são características do elemento “poder”, a sua unidade e indivisibilidade. Assim descreve Bonavides³:

O poder do Estado na pessoa de seu titular é indivisível: a divisão só se faz quanto ao exercício do poder, quanto às formas básicas de atividade estatal.

Dallari ⁴, ao disciplinar a questão da separação dos poderes, adverte:

Embora seja clássica a expressão separação de poderes, que alguns autores desvirtuaram para

divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções.

Para Maluf (2007), o “governo”/ poder “(...) é o conjunto das funções necessárias à manutenção da ordem jurídica e da administração pública” 5.

De acordo com o mesmo autor 6, sobre a divisão do poder do Estado em três órgãos distintos, esclarece que o “(...) objeto deste ponto é o princípio da divisão funcional do poder de soberania em três órgãos, pelos quais ela se manifesta na sua plenitude(...)”. Esclarece ainda que o mais adequado seria falar em separação de funções. Isso tendo em vista que o poder de soberania é uno e indivisível. O que existe é a tripartição do seu exercício.

Dessas divisões de funções, há o exercício pleno do poder, da soberania do Estado.

Ainda, sobre a unidade e indivisibilidade do poder, segundo Spitzcovsky7, temos que:

Na verdade, o poder não se triparte. É ínsito à sua natureza ser uno e indivisível. Assim, a expressão mais própria para esse título é tripartição das funções nas quais se divide o exercício do poder estatal. Em outro dizer, a subdivisão não se refere ao poder propriamente dito, mas às suas diversas formas de manifestação.

Compartilhamos deste entendimento, no sentido de que não há divisão do poder, mas de tarefas e atribuições, assuntos do Estado. Permanece uno e indivisível o poder. Então, apesar de ser comumente usada a expressão “separação dos poderes”, “divisão dos poderes”, ou, até, “tripartição dos poderes”, entendemos da impropriedade técnica desta terminologia, devendo ser chamado corretamente de separação, divisão ou, até mesmo, tripartição de funções/atribuições/competências.

2.2 BREVE HISTÓRICO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Aristóteles é, segundo Dallari⁸, “o antecedente mais remoto da separação de poderes”. Em sua obra “A Política”, já havia vislumbrado as três funções estatais e advertiu do perigo e injustiça que é atribuir o poder a um indivíduo.

Assim, ao ressaltar a importância e acerto da lei e o perigo do julgamento de um, dispôs⁹:

É preciso que haja magistratura; mas assegure-se que não é justo que um só homem exerça uma magistratura suprema quando todos os outros são iguais. Aliás, crendo-se que a lei não possa tudo especificar, poderá um homem fazê-lo com precisão? Quando a lei tem assentado com zelo as regras gerais, ela abandona os detalhes à inteligência e à apreciação mais justa dos magistrados, para que eles julguem e decidam.

Desta forma, fica em evidência além do receio à restrição do poder a poucos, certa desconfiança do acerto da decisão proferida por este poderoso, uma vez que ele teria que solucionar algo que nem a lei teria previsto.

Ao concluir, Aristóteles¹⁰, diz que: “fica provado, em consequência, não ser justo que o poder fique nas mãos de um só.”

No século XVII, na Inglaterra, John Locke (1632-1704), filósofo vanguardista do liberalismo inglês e precursor da teoria da tripartição de funções estatais, fez uma sistematização doutrinária da separação dos poderes.

Locke identificou quatro funções fundamentais exercidas por dois órgãos do poder: o parlamento e o rei. Este primeiro ficava com a função legislativa, enquanto o rei possuía a função executiva e a chamada “prerrogativa de poder discricionário”. A função executiva se subdividia em duas, uma federativa (hoje conhecemos por chefe de estado) e outra de chefe de governo.

Já previa também a necessidade da distribuição das funções em mãos diversas, para evitar que aqueles que fizessem as leis não as fizessem em prol de seus próprios interesses e também que não se submetessem ao seu cumprimento.

Assim entendia:¹¹

(...) E como pode ser tentação demasiado grande para a fraqueza humana, capaz de tomar conta do poder, para que as mesmas pessoas que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos a faculdade de pô-las em prática, ficando dessa maneira isentas de obediência às leis que fazem, e poden-

do amoldar a lei, não só quando a elaboram como quando a põem em prática, a favor delas mesmas, e assim passarem a ter interesse distinto do resto da comunidade contrário ao fim da sociedade e do governo; em comunidades bem ordenadas, nas quais o bem de todos se leva em conta como é devido, o poder legislativo vem às mãos de diversas pessoas que, convenientemente reunidas, têm em si, ou juntamente com outras, o poder de elaborar leis; depois de assim fazerem, novamente separadas, ficam sujeitas às leis que fizeram, o que representa obrigação nova e mais próxima para que as façam tendo em vista o bem geral.

2.3 Montesquieu – Sistema de Freios e Contrapesos

Como vimos, a inovação do Barão de Brède e de Montesquieu foi a visualização da necessidade de um sistema onde um poder não sobrepusesse ao outro, mas houvesse um equilíbrio.

Montesquieu advertiu que a liberdade política só existiria nos “Governos Moderados”, onde não houvesse abuso do poder. Isso por que, segundo ele, o homem tende abusar do poder. Então, salientou que: “para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”¹². Tal sistema foi consagrado “Sistema de Freios e Contrapesos” (Checks and Balances). Nele, podemos visualizar um “poder” freando o outro, ao passo que este outro faz um contrapeso àquele.

Assim disciplinou Montesquieu¹³:

Para formar um Governo Moderado, precisa combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra – prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir.

Desta forma, relata a necessidade de manter este sistema que naturalmente não seria possível, já que, aquele que detém o poder, tende dele abusar, conforme nos ensinou o próprio Montesquieu. Conforme o mesmo autor, com esta divisão de atribuições, os “poderes divididos”, caminhariam em concerto. Daí viria então, sua harmonia.

Segundo Soares¹⁴, sobre a obra de Montesquieu:

A sua criatividade está na inserção do sistema de freios e contrapesos às funções legislativas, executivas e judiciais, ensejando que estas sejam distribuídas a instâncias organicamente distintas e

aptas a exercer legitimamente o poder, no sentido de cooperação e controle mútuo entre as funções desempenhadas, buscando-se o equilíbrio das instâncias governamentais e a concretização dos princípios da liberdade política.

Hoje, este sistema norteia quase todas as constituições modernas. Dallari¹⁵ assim explicou a teoria:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo esta teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos de agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

Desta forma, a distribuição das funções em diferentes mãos gera um sistema (forçado) de equilíbrio, onde uma função não exorbita sua esfera de competência por ter suas mãos e pés amarrados pelas outras duas. Mais adiante, veremos que entre nós, quem faz estas “amarras” é a Constituição.

3 FUNÇÕES ESTATAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A nossa Constituição da República adotou o princípio da separação das funções estatais. Em seu artigo 2º, previu expressamente: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”¹⁶

Este princípio é tão importante que é tido como “cláusula pé-

trear”, conforme art.60, §4º, III, da CR/88; não podendo nem por emenda constitucional ser abolido (ou que tenda à abolição).

Assim, dentro do Estado brasileiro, pela divisão das três funções haverá o exercício de atribuições que são suas por essência, próprias da natureza, mas também, com escopo de fortalecer a harmonia e independência entre as esferas, outras que apesar de não ser “naturalmente” sua, também serão exercidas com o objetivo de assegurar o equilíbrio e a manutenção da ordem democrática estatal.

Parafrazeando Spitzcovsky e Mota,¹⁷ são funções típicas do Legislativo: a edição de atos genéricos e abstratos que, provenientes do Legislativo, Executivo ou Judiciário, inovam na ordem jurídica.

Atipicamente, exerce função administrativa, ao dispor sobre sua organização interna, como da Câmara dos Deputados e Senado Federal (conforme art.51, IV, art.52,XIII, da CR/88). Também atua fiscalizando o Executivo, art.49, X, CR/88; art.70, CR/88. Exerce ainda, de modo atípico, função jurisdicional ao julgar autoridades elencadas no art.52, I, II, CR/88, que trata dos crimes de responsabilidade.

O Executivo possui como função que lhe é típica, a chefia de Estado (art. 84, VII, VIII, XIX, XX, XXI, e XXII, CR/88); chefia de Governo (art. 84, I, III, IV, V, IX, XII, XIII,XXIII e XXIV, CR/88); e chefia da administração (art.84, II, VI, e XXV, CR/88).

De modo não típico, possui função Legislativa ao editar Medidas Provisórias (art.62, CR/88) e Leis Delegadas (art.68, CR/88). Ainda, atua julgando o contencioso administrativo.

Quanto ao Judiciário, tipicamente sua função é a jurisdicional. Porém, como as funções já faladas, possui atribuições atípicas. Administrativamente, podemos citar a concessão de férias a seus membros ou serventuários, ou quando provê cargos de juiz de carreira (art.96, I, “f” e “c”, CR/88). Também exerce a função legislativa, ao editar seus regimentos internos (art.96, I, “a”, CR/88).

Com isso, podemos perceber que nossa Constituição adotou a teoria dos Checks and Balances, de Montesquieu.

Porém, este balanceamento, por se tratar de interferência de uma função na outra, deve ter previsão expressa na Constituição (e não por lei). Caso contrário, estaríamos diante de clara invasão de competências e conseqüente “ferimento ao princípio da separação de Poderes”, conforme adverte Lenza¹⁸. Para este mesmo autor, isto somente não ocorre uma vez que mesmo exercendo função atípica (que não é ínsita à sua natureza), o órgão exerce função que é sua, e assim o é uma vez que assim determinou o constituinte originário.

4 ATIVISMO JUDICIAL

Ativismo judicial é uma tendência mundial de atuação do Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, que agem de modo proativo. Tem origem no *leading case* Marbury x Madison-1803, que

inaugurou o *Judicial Review* (“ao Judiciário compete dizer o que a lei é”¹⁹, iniciando neste precedente o controle de constitucionalidade).

Na ocasião, várias questões foram discutidas, dentre elas se a Suprema Corte dos Estados Unidos possuía competência para analisar o remédio constitucional acionado por Marbury ou não. Isso por que a lei determinava que existia tal competência mas a Constituição não tinha fixado como competência originária. Ficou decidido pelo *Chief Justice* John Marshall que a lei (ainda que posterior) era nula uma vez que em conflito entre ela e norma constitucional, deveria prevalecer esta última, por ser hierarquicamente superior.

Entre nós, através dessa atuação, o STF tem feito um trabalho hermenêutico de modo a expandir o alcance dos preceitos constitucionais, sobretudo dos direitos e garantias fundamentais, por meio de uma interpretação que, muitas vezes é baseada nos princípios (importante lembrar que não se discute a legitimidade de tal interpretação, uma vez que princípio é espécie do gênero norma, juntamente com as regras).

Tamanha proeminência do Judiciário no cenário brasileiro decorre também do movimento do neoconstitucionalismo, que atribui às normas da Carta Política uma aplicabilidade imediata, sem a necessidade que normas (infraconstitucionais) venham garantir o já disposto na Carta Magna.

Conforme Lima²⁰,

A carta magna passou a ser reconhecida como dotada de força normativa, ou seja, aplicabilidade e eficácia de todas as palavras nelas contidas e não uma mera carta de intenções, superando a ideia advinda do iluminismo da centralidade da lei no ordenamento jurídico. Consolidou-se uma teoria dos direitos fundamentais veiculados na constituição, com regras próprias de interpretação e aplicação, bem como se expandiu a jurisdição constitucional, dotando a sociedade de métodos efetivos de controle dos atos da sociedade em desconformidade com a Carta Maior.

Importante lição nos traz Silva²¹ sobre o “protagonismo” que tem tido o Judiciário:

Na doutrina constitucionalista o protagonismo de que desfruta o Poder Judiciário no sec.XXI é incontestável. Nenhum registro histórico anterior dá conta de acervo semelhante entregue à jurisdição, pois vieram somar-se às funções usuais desse Poder competências inovadoras que lhe são atribuídas em uma nova engenharia institucional, que signifi-

fica um espécie de outorga aos membros desse Poder de função ativa na afirmação da cidadania. Enfeixa, então, o Judiciário em seu poder o controle da constitucionalidade e do caráter democrático das regulações sociais, de garantir políticas públicas, de impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, de enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos, dentre outros.

Ao falar exatamente sobre isto, Barroso²² nos traz esta ideia com outro nome: "judicialização". Ele elenca três causas para esse destaque do qual o Judiciário tem usufruído: a redemocratização do país, com o advento da CR/88; a constitucionalização abrangente, onde diversas matérias (que outrora não eram tratadas na Constituição) foram incorporadas à Carta; e, por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que, sendo misto, permite a qualquer juiz ou tribunal a análise da constitucionalidade e, por outro lado, o rol (amplo) dos legitimados à propositura das ações no controle concentrado.

Porém, ao fazer um paralelo com o ativismo, determina que:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Por fim, sobre ativismo, Barroso²³:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não ex-

pressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O movimento atualmente tem sido justificado pela inércia ou mora do Legislativo (ou Executivo) em editar e regulamentar lei (sentido amplo) ou, no caso do Executivo, quando este não viabiliza o que está elencado no rol de direitos e garantias constitucionalmente previstos. Como exemplo, temos a conhecida "reserva do possível", muito alegada pelo Executivo.

O mesmo autor dispõe como que de alguns requisitos autorizadores da intervenção do judiciário de modo ativista ao dizer que:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face de outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema.

Porém, devemos ter reservas ao analisar o movimento. Segundo o que foi dito acima, praticamente damos um "cheque em branco" para o Judiciário dizer o que são "escolhas legítimas" do legislador e "discricionariedade técnica" do administrador. O autor ainda afirma que a "atuação contramajoritária" (uma vez que é feita pelos membros de órgão que não é composto através de eleições) será a favor da democracia. Será!?

Segundo Teixeira²⁴, são críticas ao "ativismo judicial":

- Juízes não eleitos vs. leis democraticamente aprovadas;
- Decisões orientadas politicamente vs. decisões orientadas juridicamente;
- Uso criativo do precedente vs. uso estrito do

precedente;

- *Supremacia da vontade popular vs. direitos humanos;*
- *Política vs. Direito.*

Além do disposto acima, nos traz diversas modalidades (nocivas) do movimento, dentre elas, a atuação do juiz como legislador:

Mesmo tendo a legitimidade para atuar apenas como "legislador negativo", isto é, para remover do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, outra prática nociva é a de proferir decisões que se constituem em verdadeiras criações legislativas, pois vão além das competências jurisdicionais, costumam ser extra petita, geram instabilidade institucional e culminam na produção de insegurança jurídica. Trata-se de algo por completo diverso de uma inovação jurisprudencial: o fundamento decisório está na própria decisão ou em uma interpretação torpe de legislação não aplicável ao caso, como, por exemplo, mediante analogia entre casos que não possuem a mínima identidade entre si.

Outro aspecto importante levantado pelo autor é o proferir de decisões políticas, de modo a fugir da "racionalidade jurídica". Isso é mais um problema do ativismo, tendo em vista que o raciocínio jurídico é formado de modo muito diferente do político, onde há grande discricionariedade nas escolhas.

Por fim, defende existir o "ativismo judicial positivo" e sua prática "nociva", assim:

Desse modo, vamos denominar aqui ativismo judicial positivo aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição, enquanto denominaremos nociva toda prática ativista que fuja desse quadro ou busque, sobretudo, fazer preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político.

Atento aos riscos, Baracho critica a postura "ativista" do Poder Judiciário (no caso, o STF) na decisão acerca da fidelidade partidária, onde criou a possibilidade de perda do mandato eletivo o candidato que, eleito pelo sistema proporcional, saísse do partido pelo qual foi eleito. Para o autor citado²⁵,

Não podemos conceber uma autoridade magnânime, que esteja acima das limitações próprias das instituições. A atividade do Poder Judiciário tem também suas contradições e limites. Nem sempre será possível saber exatamente quando o processo político falhou para justificar uma decisão política do Supremo Tribunal Federal.

Esta crítica nos traz importante reflexão acerca do perigo que representa um aplauso temerário desta atitude proativa do judiciário, a saber, do ativismo. Ele não deve (e nem pode!) inovar na ordem jurídica. E muitas vezes, é o que acontece.

Neste caso especificamente, o STF passou claramente de sua competência e arvorou-se em papel do Legislativo criando nova hipótese de perda do mandato. E isto fica mais claro quando lembramos que ao se tratar de restrição de direitos, não se permite ao intérprete fazer um trabalho hermenêutico extraído da norma no sentido de lhe ampliar, dar maior extensão. Importante ressaltar que a CR/88 dispõe (num rol obviamente taxativo, não exemplificativo!) os casos em que haverá a perda do mandato.

O mesmo autor sugere que, diante do caso da fidelidade partidária:

Talvez a melhor maneira de o Poder Judiciário oferecer a sua contribuição para a melhoria do quadro político brasileiro seja exercer de forma mais aprimorada seu mister, qual seja, julgar processos que envolvam diversos aspectos do exercício da atividade política que são vedados pelo ordenamento jurídico, em especial as prescritas em normas penais e cíveis.

Barroso, apesar de ferrenho defensor da postura ativista (dentro dos moldes por ele traçado), previu que tal atitude é perigosa. Vejamos:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.

Ao final, reconhece que o ativismo esconde, maquia sérios problemas:

A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia bra-

sileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de uma reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importa nos terminar pelo início, com o parâmetro sobre o qual repousa e de onde emana todo o nosso sistema jurídico. A Constituição da República, que em seu artigo 2º prevê a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por mais que possamos estabelecer critérios de um “ativismo judicial” legítimo, “positivo”, não podemos perder de vista que a necessidade de tal postura revela que algo não está bem ajustado. Na verdade, há um enorme descompasso que não pode nem deve ser resolvido por um dos “poderes” da República.

Não poderia por nenhum dos outros, mas legitimar ou apoiar decisões que muitas vezes inovam na ordem jurídica (por quem não detém tal competência e, conseqüentemente desobedecendo todo o processo legislativo para elaboração de lei), por um judiciário não eleito e, muitas vezes com decisões políticas, é mais que perigoso!

Podemos apontar, assim como os autores citados, para as causas desse ativismo. Seja a crise de representatividade ou demora no processo legislativo, não serão estes ou outros problemas solucionados pelo Judiciário.

Imperioso lembrar que o Judiciário é composto da mesma matéria que o Legislativo e o Executivo: seres humanos. Sendo assim, não podemos nos iludir pensando que os “super juízes” resolverão os problemas que devem ser por todos nós (cidadãos brasileiros)(re) pensados e (re) discutidos.

Acreditamos por fim, que o Judiciário já detém ferramentas suficientes para dizer o direito no caso concreto (sem ser mera “boca da lei”) e efetivar o que temos constitucionalmente previsto. Por fim, a harmonia e independência entre os poderes (tão cara aos filósofos e doutrinadores antigos, sobretudo Montesquieu), essencial a uma democracia saudável, será concretizada quando os limites (constitucionais) da atuação dos “poderes” forem respeitados, inclusive pelo Judiciário. Parafraseando Barroso, não queremos “morrer da cura”.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. 15.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4 ed. rev., ampl. e atual. 1 re. São Paulo: Globo, 2011.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Fidelidade Partidária e a decisão do Supremo Tribunal Federal. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira (Coord.). *Constituição e democracia aplicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

p. 125-134. ISBN 978-85-7700-267-2.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em : <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2013.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8 ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL CRFB/88, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 11 de abril de 2013.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. Possibilidades e riscos da judicialização da política para a consolidação democrática brasileira. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/310>>. Acesso em 13 de junho de 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLTJE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6 ed.rev., amp e atual. Bahia: Jus Podium, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Isan Almeida. Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2503, 9 maio 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14737>. Acesso em :23 abr.2013.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 27 ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Revista e atualizada pelo prof. Miguel Alfredo Malufe Neto.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: As formas de governo, a Federação, a divisão dos Poderes*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota.

ROUSSEAU, Jean- Jacques. *Do Contrato Social: Princípios do Direito Político*. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. O intervencionismo judiciário: protagonismo/ativismo e legitimização democrática. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2bc8ae25856bc2a6>> acesso em: 12 jun. 2013.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos (Checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da Globalização*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SPITZCOVSKY, Celso; MOTA, Leda Pereira da. *Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. acesso em 13 junho de 2013.

NOTAS DE FIM

1 Estudante do 10º período do Centro Universitário Newton Paiva.

2 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. P. 118; 119.

3 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. P. 119.

4 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 214; 215.

5 MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Revista e atualizada pelo prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. P. 27.

6 MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Revista e atualizada pelo prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. P. 209.

7 SPITZCOVSKY, Celso; MOTA, Leda Pereira da. *Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009. P. 147.

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 215.

9 ARISTÓTELES. *A política*. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988. P. 71.

10 ARISTÓTELES. *A política*. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988. P. 72.

11 LOCKE, John. Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. P. 91.

12 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis: As formas de go-

verno, a Federação, a divisão dos Poderes. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. P. 167.

13 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis: As formas de governo, a Federação, a divisão dos Poderes. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. P. 26.

14 SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da Globalização*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 66.

15 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 218.

16 BRASIL. CRFB/88, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 11 de abril de 2013.

17 SPITZCOVSKY, Celso; MOTA, Leda Pereira da. *Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009. P. 149.

18 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

19 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos (Checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. P. 90.

20 LIMA, Isan Almeida. Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2503, 9 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14737>>. Acesso em : 23 abr. 2013.

21 SILVA, Maria Coeli Nobre da. O intervencionismo judiciário: protagonismo/ativismo e legitimização democrática. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2bc8ae25856bc2a6>> acesso em: 12 jun. 2013.

22 BARROSO, LUÍS ROBERTO. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em : <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>

23 BARROSO, LUÍS ROBERTO. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em : <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>

24 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322012000100002&lng=en&nrm=iso>.

25 BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Fidelidade Partidária e a decisão do Supremo Tribunal Federal. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira (Coord.). *Constituição e democracia aplicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 125-134. ISBN 978-85-7700-267-2.

A ORTOTANÁSIA SOB A LUZ DO SISTEMA JURÍDICO E SOCIAL BRASILEIRO

Adriana Oliveira**

Claudio Roberto***

Diogo Henriques****

Emily Assumpção*****

Fábio Gomes*****

Fernanda Mota*****

Maximilian Barroso*****

Verônica Macedo*****

RESUMO: A construção narrativa desse artigo tem como intuito explicar sobre a ortotanásia dentro de um contexto jurídico e social, de modo a permitir uma ampliação do pensamento crítico sobre o tema, uma vez que se estabelece no desenvolvimento da discussão um paralelo entre os direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira e o contexto bioético aplicado em casos que envolvem pacientes em fase terminal.

PALAVRAS-CHAVE: Ortotanásia, morte digna, sistema jurídico e social brasileiro.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Constitucional e Direito Penal

1 INTRODUÇÃO

Fruto de um longo processo judicial travado entre familiares de Terri Schiavo⁹ e a justiça americana – no intuito de conceder o direito a morte natural a paciente Terri que permaneceu em estado vegetativo por 15 anos, sendo alimentada e hidratada via sonda –, tanto a ortotanásia quanto temas relacionados ganham cada vez mais força nas discussões da contemporaneidade, trazendo mais uma vez a tona um embate antigo entre a medicina e o direito, nos levando a questionamentos distintos, tais como: uma vida deve ser mantida a qualquer custo ou devemos também ter o direito de escolha sobre a morte?

Esse breve relato se fundamenta a partir do momento que tomamos como base discussões recorrentes sobre a emersão de uma consciência e reivindicação de um controle do processo da própria morte em casos terminais, em contraposição com muitos povos que lutam pela sobrevivência e clamam por uma vida mais digna. Isso nos permite dizer que, na contemporaneidade, a morte se apresenta com diferentes conotações, variando de acordo com o estado econômico de determinada região e/ou o contexto social no qual está inserida, permitindo assim que se levante o pensamento de que a morte deixou de ser algo natural. Nesse sentido, a morte ou ato de morrer deixa de depender somente do desenvolvimento da medicina que passa, a partir de então, a dividir espaço com o processo cultural conforme podemos observar no texto de Jungues:

A atividade da medicina moderna não consiste apenas em curar e prolongar a vida, 'mas também em fazer viver quem já está morto'. Os progressos atuais da medicina podem manter as funções vitais de um corpo muito além do curso normal da doença. Nesse contexto o morrer está em nosso poder e pode ser dominado. Esse domínio possibilita e favorece uma obstinação terapêutica que agride e não respeita a dignidade do morrente. Antes, a medicina se retirava, quando era incapaz de curar. Hoje, ela pode prolongar indefinidamente uma vida vegetativa em detrimento da qualidade de vida do enfermo. (JUNGUES, 1999, p. 172).

Jungues também traz questões relativas ao tema ligadas diretamente ao capitalismo e as sociedades de consumo, uma vez que trata-se, em geral, de uma cultura narcisista que faz uma ligação direta do conceito de vida com o sentimento do prazer e do consumo. E, nesse sentido, quando há uma contracorrente que conecta esses indivíduos com a dor e o sofrimento, há uma dificuldade de lidar com essa realidade fazendo assim com que estes busquem alternativas para não ter que enfrentar grandes agruras. E, do mesmo modo, "não se tem sensibilidade e solidariedade para com aqueles que sofrem e padecem dor e priva-

ções. Para essa mentalidade existe uma total incompatibilidade entre sofrimento e realização humana.” (1999, p. 173). E envolto pelos mais diversos sentimentos, fruto dessa linha de pensamento, ou mesmo por entender que a morte faz parte de um processo biológico de desgaste gradativo natural, muitos acabam por optar pela morte como meio de estanque.

Essa perspectiva pode também ser apresentada como uma das justificativas e/ou como uma possibilidade de entendimento do aumento crescente de buscas individuais por diagnósticos médicos de um possível mal, em contraposição ao fato da história nos mostrar que muitas vezes tanto a morte quanto o nascimento chegavam de forma inesperada. Contudo, o processo de morte é algo de extrema relevância para o enfermo. E para melhor entender como funciona essa dinâmica no psicológico do paciente, que tem ciência do pouco tempo de vida que lhe resta, a pesquisadora americana Elisabeth Kübler-Ross relata em seu livro “Sobre a morte e o morrer” (1987, p.49-145) cinco fases pelas quais passa o moribundo terminal:

Fase da negação explícita: nega a evidência do relato dos sintomas;

Fase da ira: o doente assume atitudes coléricas contra os que o rodeiam. Ele se sente mal pela vitalidade que o rodeia;

Fase da negociação: é uma espécie de tréguas e colocação de prazos, enquanto se negocia com Deus. A pessoa faz promessas em troca da cura;

Fase da depressão: inicialmente surge uma culpa com relação a coisas e pessoas que talvez pudessem ter sido mais valorizadas no passado. Posteriormente esse sentimento também se volta para o futuro onde o enfermo sente a necessidade de estar só.

Fase da aceitação: o medo é superado e dá lugar a um profundo sentimento de paz interior. Nesse momento a religião ocupa um lugar central.

Em complemento, Jungues (1999, p. 178), em seu discurso sobre Bioética, nos mostra as responsabilidades dos acompanhantes dos pacientes terminais, ao citar os seus direitos conforme segue:

Morrer com dignidade, respeito e humanidade;

Ser informado adequadamente sobre a verdade de sua situação;

Morrer com a menor dor possível e sem a agressão da obstinação terapêutica;

Receber os cuidados necessários para o seu bem-estar físico;

Recordar e sentir os benefícios de uma vida compartilhada, sendo permitida a visita de amigos e familiares;

Aclarar suas relações, expressar os seus desejos e compartilhar os seus sentimentos;

Planejar com seus familiares as mudanças que a sua morte imporá aos que rodeiam;

Ter em conta o interesse pelos sentimentos daqueles que ficam;

Receber assistência religiosa.

E é a partir desses direitos que daremos andamento a esse estudo no intuito de ampliar o leque discursivo dos temas apresentados nessa introdução. Isto, pois, trabalhar com estas e outras questões correlatas significa trazer a tona linhas polêmicas de pensamento do Direito e, por isso, se faz necessário ampliar o entendimento dos mecanismos e aparatos médicos, legais e filosóficos que transitam pelas discussões desses paradigmas, conhecendo assim suas raízes e o universo no qual essas correntes transitam. Para tal daremos seguimento à pesquisa conceituando três temas: a eutanásia, a distanásia e a ortotanásia, sendo este último o foco de nossa discussão.

1.1 Eutanásia

Tema ainda polêmico em muitas sociedades, a eutanásia pode ser definida por uma determinada corrente de pensamento como uma morte em paz, sem dor. Já outra corrente a considera como uma privação da pessoa de sua vida, por acreditarem que sua existência não faz mais sentido para o próprio indivíduo ou mesmo para a sociedade em que ele está inserido. Essas duas correntes também são tradicionalmente conhecidas como eutanásia ativa e passiva, conforme explica Jungues:

Na moral tradicional, falava-se de eutanásia ativa ou positiva, que podia ser direta ou indireta. Era o ato de privar alguém da vida por razões de dor. Por outro lado, falava-se de eutanásia negativa ou passiva, que era o ato de privar a pessoa dos meios que poderiam prolongar a sua vida. (JUNGUES, 1999, p.179).

Essa divergência de correntes gerou diversos debates e atualmente a palavra eutanásia é utilizada apenas para definir “a prática que procura deliberadamente a morte para aliviar a dor.” (JUNGUES, 1999, p.180).

Ao entender a eutanásia a partir dessa concepção, podemos também dizer que estamos diretamente ligados a um tema que envolve tanto valores éticos quanto de direitos humanos e, sen-

do assim, é importante também conhecer a posição de correntes religiosas sobre o tema. Isto se deve ao fato de que apesar de o Brasil ser um país laico, é inegável a força da igreja católica no que se refere a questões que envolvam o embate entre o direito a vida e a religiosidade, e nesse sentido, ao falarmos de eutanásia também é importante considerar o entendimento da igreja sobre a questão, uma vez que essa é uma corrente de pensamento seguida por grande parte da sociedade. E sobre o referido tema a igreja católica apresenta uma posição rígida, defendendo a valorização a vida humana como premissa única admissível, conforme constatamos no relato da declaração sobre a eutanásia, assinada pelo Cardeal Prefeito, Franjo Seper, e aprovada pelo Sumo Pontífice João Paulo II, que descreve:

Ora, é necessário declarar uma vez mais, com toda a firmeza, que nada ou ninguém pode autorizar a que se dê a morte a um ser humano inocente seja ele feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante. E também a ninguém é permitido requerer este gesto homicida para si ou para um outro confiado à sua responsabilidade, nem sequer consenti-lo explícita ou implicitamente. Não há autoridade alguma que o possa legitimamente impor ou permitir. Trata-se, com efeito, de uma violação da lei divina, de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, de um crime contra a vida e de um atentado contra a humanidade. (VATICANO, 1980)¹⁰.

Em complemento ao acima declarado, a medicina também possui posições éticas que vão ao encontro desta prática, se nos amparamos pelo descrito no Juramento de Hipócrates que define: "A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda¹¹".

Esses entendimentos abrem o campo de discussão permitindo um julgamento crítico do pedido de eutanásia do paciente, que pode então ser interpretado de diversas formas, devendo assim ser realizado uma análise criteriosa, ou mesmo excludente, de argumentos em favor da prática da eutanásia que se amparam em pensamentos de caráter emocional e que levam em consideração definições particulares de felicidade e bem estar do enfermo. A utilização do termo "análise criteriosa" se fundamenta por acreditarmos que é preciso entender em qual contexto social o moribundo está inserido, uma vez que, em muitos países há uma luta pela liberação legal da eutanásia, quando aplicada em caráter próprio ao enfermo consciente. Esta prática é "equiparada ao suicídio racional e defendida como um direito da esfera da autonomia que deveria ser reconhecida e tutelada pelo ordenamento jurídico" (JUNGUES, 1999, p.184).

Para demais práticas correlatas utiliza-se os conceitos de distanásia (morte difícil) e ortotanásia (morte correta) conforme veremos nos próximos itens.

1.2 Distanásia

Também conhecida como morte difícil, a distanásia é uma prática que visa prolongar a todo custo à vida do paciente terminal por vias terapêuticas. Contudo, há uma crítica perene sobre a prática, pois o avanço técnico e científico da medicina permite atualmente prolongar a vida de pacientes que apresentam pouca ou nenhuma qualidade de vida, como é o caso daqueles que se encontram cerebralmente mortos. Nesse contexto, Jungues esclarece:

Diante de situações distanásicas, deve-se afirmar que não é necessário fazer, sempre e em todas as circunstâncias, o máximo para se conservar a vida de alguém, pois a existência meramente biológica não significa necessariamente vida humana; não é preciso usar meios desproporcionados para prolongar a vida de quem já não tem esperança de recuperação; existem situações em que a melhor atitude ética é deixar o paciente morrer, sem intervir para prolongar a vida. (JUNGUES, 1999, p.183).

Essa linha de pensamento leva em consideração o fato de que em certos casos o procedimento terapêutico parece estar em primeiro plano e o paciente em segundo, configurando a chamada "obstinação terapêutica" ou "encarniçamento terapêutico" que é definida por Baudouin como "uma prática médica excessiva e abusiva decorrente diretamente das possibilidades oferecidas pela tecnociência e como o fruto de uma obstinação de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição da pessoa doente." (Baudouin *apud* BORGES, 2005, p.1). E sendo assim, o exercício dessa prática, sem o devido consentimento do paciente ou de seus familiares, pode ser visto como um atentado a dignidade humana.

Essas premissas nos permite compreender o caráter ético da permissão familiar de desligamento de aparelhos que mantém biologicamente vivo o paciente que já se encontra comprovadamente com morte cerebral. E, do mesmo modo, abre uma discussão filosófica sobre o entendimento da vida humana, apresentando dois pontos distintos: ser humano visto como um ser para a morte e a morte enxergada como parte da vida.

1.3 Ortotanásia

Caminhando em direção contrária da eutanásia e da distanásia, a ortotanásia tem como premissa o respeito ao direito dos pacientes terminais em ter uma morte digna e em paz. Essa práti-

ca parte do princípio de que, com o devido acompanhamento médico, o processo de morte se desenvolva naturalmente, ou seja, uma vez que o processo de morte já está instalado, não é aplicado no paciente nenhum procedimento que possibilite um prolongamento da vida sem o consentimento do enfermo, como declara Maria Celeste Cordeiro dos Santos ao dizer que “o médico (e só ele) não é obrigado a intervir no prolongamento da vida do paciente além do seu período natural, salvo se tal lhe for expressamente requerido pelo doente.” (apud BORGES, 2005, p. 1). Contudo, vale advertir que a administração de medicamentos para aliviar a dor é um direito do paciente e, nesse sentido, o médico deve agir no intuito de amenizá-la.

Mesmo esse procedimento sendo considerado por muitos como a “morte correta” existem muitas opiniões que são contra o método, uma vez que, argumenta-se que o processo de desenvolvimento da ciência é contínuo e tem se mostrado cada vez mais acelerado e, com isso, torna-se cada vez mais discutível o julgamento de irreversibilidade de um determinado caso patológico, salvo aqueles que apresentam morte cerebral ou encefálica. Isso permite uma ampliação estrondosa à discussão sobre o tema, pois, a prática além do campo do lícito ou ilícito passa também a transitar no campo dos limites do conhecimento científico.

Sobre esse aspecto, o Congresso brasileiro tem se posicionado de forma incisiva no que refere à regulamentação da questão, conforme pudemos observar em matéria divulgada pelo site da Procuradoria Geral da República¹², de onde extraímos o seguinte trecho:

Vícios - A resolução do Conselho Federal de Medicina possui, entre outros vícios, o extravasamento do poder regulamentar. “Inexiste norma, constitucional ou legal, que conceda ao réu competência para normatizar a prática da ortotanásia”, esclarece Ailton Benedito.

Outra vicissitude do ato do CFM consiste na ameaça à segurança jurídica. Para o procurador, a normativa nem sequer exige capacidade civil para que o paciente manifeste sua vontade, deixando ao arbítrio da criatividade do médico – profissional cuja formação não requer conhecimentos técnico-jurídicos. ‘Exemplificadamente, não há esclarecimentos sobre casos de menoridade, de emancipação ou de interdição civil. Tampouco há previsão de limite temporal à validade do ‘testamento vital’. Corre-se o risco insofismável de

que as diretivas externadas pelo paciente, quando ainda sadio e lúcido, sejam esquecidas e não mais correspondam à sua vontade, anos depois, quando da terminalidade da vida. (MPF, 2013)¹³.

Toda a discussão relatada até o momento tem girado em torno do sujeito, estabelecendo um *link* direto ou indireto com a ideia de autonomia e dignidade da pessoa humana. Isso nos permite dizer que é de fundamental importância compreender o grau de autonomia jurídica que o indivíduo possui sobre a morte, uma vez que esse entendimento torna-se imprescindível para a garantia do direito a dignidade humana. Além disso, “deve-se compreender que a dignidade da pessoa humana não é um conceito objetivo, absoluto, geral, possível de ser abstraído em padrões morais de conduta a serem impostos a todas as pessoas.” (BORGES, 2005, p. 3). Inspirado por esses conceitos, e tendo em vista que a ortotanásia é uma prática permitida no Brasil, que acreditamos ser fundamental explorar e entender os mecanismos legais e sociais que cercam a questão. E é no intuito de levantar questões pertinentes e discutir os desdobramentos jurídicos que envolvem a prática da ortotanásia que ampliaremos nossa pesquisa nos próximos tópicos.

2 DISCUSSÕES JURÍDICAS

O procedimento da ortotanásia é um procedimento aprovado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), como prática válida em todo território brasileiro, a partir do descrito na resolução nº 1805/2006 (DOU 28-11-2006). Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald no livro *Direito Civil: Teoria Geral* (2010, p. 290) trazem um esclarecimento acerca da questão da eutanásia e a morte digna apresentando nesse revés a ortotanásia. Ambos posicionam-se criticamente ao legislador do código civil de 2002 face à superficialidade discursiva deste assunto no âmbito da morte e a possibilidade de estender a este momento o reflexo da dignidade da pessoa humana, ou seja, estendendo ao momento da inexorabilidade da vida, a morte e a dignidade que o ser gozou em vida. Discussão essa que obrigatoriamente passaria pelo rol jurídico pareando em searas como a moral, a religiosa e a ética.

A discussão tem por base os vértices morte e vida. Metaforicamente esses vértices se apresentam contrários, porém complementares. Valendo-se da geometria, morte e vida são como ângulos adjacentes: contrários, porém complementares. Destarte, para Farias e Rosenvald (2010, p. 290), uma morte digna seria o reverso de uma vida digna. Nota-se que esta definição se apresenta cósua a um entendimento claro do direito civil-constitucional. Autores como Roxana Cardoso Brasileiro Borges dissertam também sobre um entendimento do próprio

doente acerca da morte, para a autora o doente assume o papel de propriedade da morte e assim tenta conferir dignidade ao momento futuro sem o prolongamento da agonia.

A discussão em si, nas searas da eutanásia, ortotanásia e até da distanásia, não chegará ao ponto da solução pontual para cada caso. Ainda assim a melhor solução será a ponderação, o entendimento de cada caso e o respeito às circunstâncias envolvidas. Categoricamente tem-se que o Código Penal brasileiro versa que a eutanásia situa-se na ilicitude, assim sendo, o chamado *testamento vital* documento que o doente expressaria sua opção por determinado tratamento, não é admitido.

3 UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Ao tratar do tema ortotanásia sob a luz do sistema constitucional, ressaltamos que a dignidade da pessoa humana é uma das premissas prevista no art. 1º da Constituição Federal de 1988, se apresentando como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. E é baseado nessa norma que muito se discute a respeito da ortotanásia, uma vez que, defende-se que usufruir desse direito constitucional parte do princípio de que o indivíduo possa exercer sua liberdade e autonomia, o que implica em respeitar as escolhas dos indivíduos em seus últimos momentos de vida. Aceitar isso é entender que o paciente julga ineficaz passar por tratamentos médicos que apenas irão prolongar por um determinado tempo sua existência biológica, conforme explana Borges no trecho que segue:

A não intervenção, desejada pelo paciente, não é uma forma de eutanásia, com provocação da morte ou aceleração desta, é o reconhecimento da morte como elemento da vida humana, é da condição humana ser mortal. É humano deixar que a morte ocorra sem o recurso a meios artificiais que prolonguem inutilmente a agonia. (BORGES, 2005, p.1).

O Código de Ética Médica Brasileiro esclarece que a ortotanásia configura-se como uma forma de assegurar ao paciente portador de uma doença em estágio terminal, dignidade e autonomia em seus momentos finais de vida. Nesse sentido, a Constituição busca assegurar uma morte digna ao paciente, sempre se pautando no princípio da Dignidade Humana, visto que obrigar uma pessoa a viver através de tratamentos que lhe causam dores e sofrimentos que em muitos casos são extremamente degradantes vai contra a própria finalidade buscada pela Carta Magna.

Mas não estamos falando aqui em adiantar o momento da morte, mas sim em assegurar ao ser humano o direito de escolha de como ele quer morrer e de garantir-lhe o direito a uma morte com dignidade.

De acordo com a Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM) a ortotanásia se refere a uma forma de tratamento onde não se envolve uma omissão aos cuidados do paciente, mas sim de um tratamento que busca aliviar os sintomas da doença, evitando os sofrimentos decorrentes da fase final da doença.

Segundo a referida resolução,

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (RESOLUÇÃO nº 1.805/2006, CFM).

Com efeito, a garantia de dignidade da pessoa humana é um princípio garantido durante todo o desenvolvimento da vida do ser humano, e não lhe pode ser negado no momento de seu término, pois constituiria assim em uma violação ao conteúdo assegurado pela Constituição Brasileira de 1988. Nesse sentido, a autora Roxana Borges esclarece:

A concepção de dignidade humana que nós temos liga-se à possibilidade de a pessoa conduzir sua vida e realizar sua personalidade conforme sua própria consciência, desde que não sejam afetados direitos de terceiros. Esse poder de autonomia também alcança os momentos finais da vida da pessoa. (BORGES, 2001, p.1).

Então, o direito a morte digna através da ortotanásia está permeado não apenas pela dignidade humana, mas também pelo direito a vida, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988. O artigo expressa que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a inviolabilidade do direito a vida, e a liberdade, portanto, trata-se de garantias fundamentais e inerentes à pessoa humana.

Ora, nenhum paciente é obrigado a se submeter a tratamento, mesmo que exista o dever estatal e profissional de que os melhores tratamentos médicos estejam a sua disposição. No momento em que o paciente é obrigado a aceitar algum tratamento contra a sua vontade temos aí à violação dos direitos e garantias fundamentais, e há também a violação do direito a vida digna e de qualidade, bem como do bem estar físico, psicológico, social e econômico.

Nesse sentido, os artigos 6º e 196 da Constituição da República de 1988 asseguram o direito à saúde e o respeito ao princípio da universalidade de cobertura e de atendimento, abarcando ações de natureza preventiva e reparadora, senão, vejamos: “É direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Ressalta-se que este direito a saúde não é aquele onde o paciente terminal é obrigado a aceitar tratamentos desumanos e degradantes, mas sim o direito a saúde que busca ajudar ao paciente e a família durante os momentos finais, onde o médico é solidário a dor e busca auxiliar e diminuir o sofrimento do paciente e não aumentá-lo com tratamentos que só irão prolongar uma vida com dor e sem dignidade.

Portanto, para que a liberdade seja garantia, é necessário que a vontade do paciente seja respeitada, e sua vontade de morrer com dignidade seja atendida. No entendimento de Ronald Dworkin (2003, p.307) levar alguém a morrer de maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida é uma devastadora e odiosa forma de tirania.

4 A ORTOTANÁSIA SOB A LUZ DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, cumpre-nos destacar que a ortotanásia é um assunto bastante polêmico e relevante nos tempos atuais, principalmente a luz do direito penal. O que se tem discutido é se existe a possibilidade legal de deixar que um enfermo morra sem que seja aplicado nenhum recursos que possibilite um prolongamento a vida sem que o ato possa configurar omissão ou a eutanásia passiva.

É importante destacar que a definição de ortotanásia tem grande relevância na configuração do fato como criminoso ou não. Conforme esclarece Maria Villas-Bôas, a ortotanásia se diferencia da eutanásia provocada por omissão (eutanásia passiva), na qual a intenção de matar é direta, recorrendo-se, para tanto, à suspensão ou omissão de medidas que ainda são indicadas e úteis para o paciente que sofre, mas que não se encontra em estado terminal ou que ainda poderia delas se beneficiar. Nas condutas médicas restritivas da ortotanásia o tratamento é inútil e, por isso, não indicado, ou seja, na iminência de uma morte inevitável, após a utilização de todos os recursos existentes e necessários, renuncia ao tratamento que daria somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem interromper os cuidados normais devido ao paciente (2008, p.61-83).

Ressalta-se que o Código Penal brasileiro de 1940 não tinha como prever expressamente hipóteses dessa ordem, assim, não existe no Direito Penal Brasileiro vigente, um tratamento especí-

fico para a ortotanásia. Entretanto, mudanças estão por vir uma vez que a comissão de constituição e justiça (CCJ) da câmara dos deputados aprovou em dezembro de 2012 o anteprojeto que atualiza o Código Penal Brasileiro.

De acordo com as alterações previstas no anteprojeto do novo Código Penal, a prática da ortotanásia será legalmente válida. Não caracterizará crime quando o agente deixar de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível. Segue a seguir o artigo 122 do anteprojeto¹⁴:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar à pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão. (Proposta de anteprojeto de reforma do Código Penal. Grifos nossos).

Salientamos que a disposição do artigo 122 constante do anteprojeto de reforma do Código Penal vai ao encontro do entendimento firmado recentemente pelo Conselho Federal de Medicina – CFM, externado na Res. n.º. 1.995/2012.

Conforme consta da Resolução n.º. 1.995/2012, foi permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, desde que respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Conforme se depreende abaixo:

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012, resolve:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade;

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. (Resolução n.º 1.995/2012).

Como se observa, embora o atual Código Penal Brasileiro não aborde o instituto da ortotanásia, o artigo 122 do anteprojeto supracitado e a própria resolução do CFM nos leva a entender que essa prática não se configurará crime uma vez que na ortotanásia a vida se extingue por si própria.

5 UM OLHAR SOCIOLOGICO

5.1 Morte digna?

Etimologicamente a palavra ortotanásia significa *ortho* = certo e *tanathos* = morte, ou seja, "a morte no tempo certo". Essa morte acontece quando o médico se limita a cumprir os procedimentos do tratamento que prolongariam a vida do doente em fase terminal, permitindo então ao doente seguir o processo natural, espontâneo, sem nenhuma tentativa de tratamento. Segundo a visão de Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), "O tema ortotanásia é polêmico porque mexe com os fantasmas da morte e esbarra em valores morais e religiosos." (2013)¹⁵. Entende-se que este auxílio a morte é lícito se não provocar o encurtamento da vida, e, nesse sentido, a ortotanásia se encaixa no contexto uma vez que visa respeitar o bem-viver global da pessoa e a dignidade em seu viver e em seu morrer.

Assim, a ortotanásia se coloca no intuito de proporcionar uma morte valorada de forma positiva, levando em consideração o fato de que o paciente já se encontra em fase terminal e não deseja mais sofrer com a doença, portanto, a morte gerada através da ortotanásia não deve ser considerada um homicídio.

Em reforço a esse pensamento, esclarecemos que em 2009 houve a edição do novo Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931/2009)¹⁶, vigente desde abril de 2010, cujo texto também

tratou da ortotanásia. Segundo seu art. 41, parágrafo único, "nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal".

Quando se diz uma morte benéfica ou digna pensamos diretamente no paciente e também em sua família, porque o "bem" de morrer afetaria diretamente a estes. Vendo de perto o quão doloroso é o procedimento pergunta-se se realmente é adequado prolongar esse sofrimento, mesmo sabendo que a morte é inevitável. Neste ponto, seria digno deixar o enfermo assistir a deterioração de seu corpo sem poder decidir se o que ele realmente quer é morrer sofrendo em uma cama de hospital ou se prefere encerrar seus dias sem dor em sua casa junto de seus familiares? Cada um tem o direito de decidir como deve passar seus últimos dias de vida?

Dessa forma, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 6.715 de 2009, que torna prevista em lei a ortotanásia. Em outros termos, a resolução do CFM poderá sair do campo da polêmica para ter respaldo legal. Segundo o site da Câmara dos Deputados este projeto de lei ainda está tramitando, encontrando-se nesta situação: Aguardando Parecer - Ag. Devolução Relator não-membro na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), Origem: PLS 116/2000, Autor: Senado Federal - Gerson Camata - PMDB/ES, Apresentação: 23/12/2009, Ementa: Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia.

Além desta posição o Código de Ética Médica¹⁷ prevê no capítulo IV dos Direitos Humanos que é vedado ao médico: Art. 24. "Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa o seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo", ou seja, a medicina contemporânea tem acolhido a prática da ortotanásia, de modo que o CFM demonstra uma preocupação com a dignidade da pessoa humana.

Apesar de toda a complexidade que envolve a ortotanásia, devem ser consideradas as opiniões do médico, da família e principalmente do paciente que se encontra nesta situação. No caso da ortotanásia, não há dolo de lesão ou perigo à vida, ou seja, não é crime, ao contrário, pretende-se preservar a dignidade humana de quem está em estado precário de saúde e sem perspectivas de cura.

5.2 Os direitos humanos

Como já pudemos observar muitas pessoas ainda confundem os conceitos de ortotanásia e eutanásia, julgando serem a mesma coisa, e por isso condenam de forma preconceituosa um procedimento considerado nobre na opinião de muitos mé-

dicos, pacientes e familiares de pacientes em fase terminal.

Pois bem, os argumentos expostos nesse estudo deixam claro que a ortotanásia é o procedimento pelo qual o indivíduo se abstém de um tratamento doloroso e prolongado, ao qual o médico mantém um mínimo possível de tratamento para garantir os direitos da dignidade da pessoa humana. Nesses casos, o paciente em questão é portador de uma doença incurável e frequentemente está em fase terminal irreversível. Assim, médicos e paciente, sabendo que se trata de uma doença incurável, optam por uma "morte boa", sem o doloroso processo de tratamento para a sobrevida, quando o tratamento somente prolongaria uma sobrevida.

Observa-se, também, que a Eutanásia, por sua vez, desconsidera o mínimo necessário para que haja vida, fazendo com que a morte do indivíduo seja imediata ou quase imediata à sua ação. Desta feita, desligar equipamentos que mantêm a vida do paciente é prática de eutanásia, pois, nesse procedimento o médico age ou omite-se, constituindo crime previsto no Código Penal Brasileiro.

Desta forma, muitas são as discussões sobre um tema tão relevante e complexo. Mas, se a Constituição Federal contempla o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, buscando assim, um mínimo de condições possíveis para que a pessoa viva uma vida digna, porque não entendermos que também somos merecedores de uma morte digna, sem sofrimentos e muitas vezes, constrangimentos?

Não podemos deixar de lembrar, ainda, que a revista *Veja* publicou em sua edição nº. 2162, em 28 de abril de 2010, uma matéria com depoimentos de médicos, pacientes e familiares de pacientes, envolvidos em questões relacionadas aos dilemas levantados pela possibilidade médica de prolongar ou abreviar a agonia de pacientes terminais.

Um dos depoimentos mais emocionantes é de Cláudia de Crescenzo, de 45 anos de idade, que conta: "Minha filha Mariana tinha apenas seis anos quando diagnosticada com leucemia. Nos seis anos seguintes, ela foi submetida a tratamentos muito agressivos. Valente, enfrentou a doença de forma muito madura. Nos últimos dias de vida, pediu para ser sedada porque 'estava cansada e queria dormir'. Que tipo de mãe eu seria se não respeitasse a vontade de minha filha?"

Aliás, a consagração da autonomia de uma pessoa sobre o seu destino é um instrumento legal existente no direito dos Estados Unidos, o *living will*, que traduzido para o português, quer dizer testamento em vida. Idealizado no fim da década de 60 pelo advogado americano Luis Kutner. O documento é o registro expresso da vontade do paciente de ter ou não a vida mantida artificialmente em casos de doença terminal.

O testamento em vida é feito na presença de duas testemunhas e tem força de lei. No Brasil, um documento assim não tem amparo legal. Mas acordos desse tipo vêm sendo firmados

entre os médicos e seus pacientes.

Entretanto, a partir da resolução nº. 1.805/2006 promulgada pelo CFM os profissionais de medicina tiveram um norte de como agir, pois antes não poderiam por vontade própria aconselhar a ortotanásia, quando uma simples menção regulativa iria contra princípios morais e éticos profissionais.

A boa morte. Se perguntardes a um homem que morte prefere, ou doce e tranquila, ou então entre sofrimentos atrozes e intermináveis, não tereis dúvida sobre a resposta. A razão e o sentimento são acordes em querer evitar os males inúteis. Todos desejamos a eutanásia, a morte boa, e temos medo da morte má. (CANTONI apud COSTA, 2011, p. 12).

Assim, podemos dizer que a ortotanásia é o direito que o homem tem desde seu nascimento a viver com dignidade, ou seja, ter seu fim com dignidade e respeito também é um direito do ser humano e o Estado deve garantir esses direitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo este arcabouço teórico nos permite entender que a ortotanásia está diretamente ligada à morte digna, que é um direito do homem que está amparado por princípios constitucionais da vida, da igualdade, da liberdade, e do direito a saúde. Além disso, o Conselho Federal de Medicina regulamentando procedimentos que buscam proporcionar aos pacientes terminais uma garantia de escolha nos momentos finais da vida, colocando o tão polêmico discurso morte versus vida nas mãos de quem cabe essa decisão, ou seja, o próprio paciente terminal, consagrando assim a autonomia do enfermo sobre o seu próprio destino.

Além disso, a ortotanásia pode ser vista como um modelo naturalista que sustenta o fato de que a natureza é dotada de um ritmo próprio, pela qual ela se auto regula, isto é, visa que o processo de morrer deve ser algo natural, fruto da vontade do paciente, considerando, inclusive, que esta pode ser uma decisão muito complicada e dolorosa para os familiares, pois às vezes é difícil pesar racionalmente que a natureza deve seguir naturalmente seu curso.

Vale ressaltar que uma série de questões e procedimentos médicos e jurídicos deverão ser seguidos até que o processo de ortotanásia se concretize de fato, por isso, é importante frisar que trazer esse tema a tona não significa discutir a morte, mas sim a forma como ela é tratada no estágio final de vida do ser humano.

Para tal, procuramos abordar a ortotanásia de forma abrangente, trabalhando seus méritos e deméritos sob diversos contextos (ético, social, jurídico etc.), estabelecendo assim um paralelo que nos permitiu entender que, ao violar os direitos fundamentais de um do-

ente em fase terminal não estamos desrespeitando apenas o direito deste paciente, mas também a própria Constituição Brasileira.

Isto, pois, já vimos que a partir do texto previsto na Constituição Brasileira de 1988 é possível defender e assegurar ao paciente terminal, que em pleno gozo de sua faculdade mental, escolha como será o seu tratamento, podendo assim se abster de receber tratamentos que só irão prolongar a sua dor. Desta forma, podemos concluir então que entender esse processo significa conceber o fato de que o direito a uma morte digna deve ser efetivado em plenitude, e, para tal, é preciso compreender e respeitar o fato de que a morte deve ser tratada como um acontecimento natural da vida.

REFERÊNCIAS:

BAUDOUIN, Jean-Louis, BLONDEAU, Danielle. *Éthique de la mort et droit à la mort*. Paris: Press Universitaires de France, 1993.

BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Anteprojeto de Reforma do Código Penal. Comissão de Juristas criada nos termos do RQS. nº 756, de 2011, do senador Pedro Taques, aditado pelo requerimento nº 1.034, de 2011, do Senador José Sarney, destinada a elaborar anteprojeto do Código Penal. 18 de julho de 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>> Acesso: 20 abr. 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7571>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

CAMATA. Gerson. PL 6715/2009. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>> Acesso: 19 abr. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp> Acesso: 20 abr. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.805/2006. Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso: 20 abr. 2013

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.931/2009. Código de Ética Médica. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90. Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm> Acesso: 20 abr. 2013

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm> Acesso: 20 abr. 2013

COSTA. Wender José da. *Ortotanásia sob a luz dos direitos humanos*.

UNIVAG - Centro Universitário de Várzea Grande. Várzea Grande, 2011. Disponível em: <http://www.univag.edu.br/adm_univag/Modulos/Producoes_Academicas/arquivos/Artigo_publicacao.pdf> Acesso: 19 abr. 2013.

DWORKIN, R. M. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPODEIVM, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 8ª edição. Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. Rio de Janeiro, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Ortotanásia: Morte Digna?*. Revista *Magister de Direito penal e processual penal*. Porto Alegre : Magister, 2004 p. 56,57 bimestral v. 43 (ago.set), 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMILIA (IBDFAM). *Direito à morte digna gera polêmica no Brasil*. 14 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4961>> Acesso: 20 abr. 2013.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Coleção Focus. Ed. Unisinos, 1999.

KUBLER-ROSS, ELISABETH. *Sobre a morte e o morrer*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1987.

LOPES, Adriana Dias. *A ética da vida e da morte*. Revista *Veja*. Edição no. 2162 de 28 de abril de 2010.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A ortotanásia e o direito penal brasileiro*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/artigo/10507-A-ortotanasia-e-o-direito-penal-brasileiro>> Acesso: 19 abr. 2013.

MPF. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. MPF/GO move ação contra resolução do Conselho de Medicina que "facilita" morte de pacientes. Assessoria de Comunicação. Ministério público Federal em Goiás. 25 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_direitos-do-cidadao/mpf-go-move-acao-contra-resolucao-do-conselho-de-medicina-que-201cfacilita201d-morte-de-pacientes>. Acesso: 13 abr. 2013.

THE ECONOMIST. *The sad case of Terri Schiavo. Euthanasia and politics*. Mar 23rd, 2005. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/3789436>> Acesso: 09 abr. 2013.

VATICANO. *Declaração sobre a eutanásia*. Roma, da Sede da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, 5 de Maio de 1980. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/holy_father_pope_benedict_xvi/addresses/addresses_20080505_01.html> Acesso: 19 abr. 2013

www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html> Acesso: 11 abr. 2013.

VILLAS-BÔAS, ME. A Ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. Revista Bioética, n° 16, 2008.

NOTAS DE FIM

1 * Graduanda do curso de Direito - Centro Universitário Newton Paiva;
Bacharel em Administração - Centro Universitário Newton Paiva.

2 ** Graduando do curso de Direito - Centro Universitário Newton Paiva;
Graduado em *Gestão de Negócios Automotivos* - Centro Universitário Newton Paiva.

3 *** Graduando do curso de Direito - Centro Universitário Newton Paiva;
Bacharel em Ciências Contábeis - Centro Universitário Newton Paiva;
Especialista em Gestão Corporativa de Tributos - Centro Universitário Newton Paiva.

4 **** Graduanda do curso de Direito - Centro Universitário Newton Paiva.

5 ***** Graduando do curso de Direito - Centro Universitário Newton Paiva;
Bacharel em Administração - Centro Universitário Newton Paiva;
Especialista em Gestão de Pessoas e Liderança Estratégica - Centro Universitário Newton Paiva.

6 ***** Graduanda do curso de Direito - Centro Universitário Newton Paiva;
Bacharel em Geografia e Meio Ambiente - Centro Universitário Newton Paiva;
Especialista em Gestão de Negócios - UNI-BH.

7 ***** Graduando do curso de Direito - Centro Universitário Newton Paiva;
Bacharel em Comunicação Social - Centro Universitário Newton Paiva;
Especialista em Gestão Estratégica de Marketing (MBA) - Centro Universitário UNA.

8 ***** Graduanda do curso de Direito - Centro Universitário Newton Paiva.

9 Apesar do desespero de uma família que sofreu uma tragédia que já dura 15 anos, a última semana foi tumultuada. Em 18 de março, o tribunal do estado da Flórida finalmente ordenou que fossem removidos os tubos de alimentação de Terri Schiavo, uma mulher que teve sérios danos cerebrais em 1990. (The Economist, 2005, tradução nossa).

10 <http://www.vatican.va>

11 <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>.

12 <http://noticias.pgr.mpf.gov.br>

13 Ver matéria na íntegra no anexo 1.

14 Anteprojeto do Novo Código Penal. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>> Acesso: 20 de abril de 2013.

15 <http://www.ibdfam.org.br/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4961>

16 http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm

17 http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_4.asp

ANEXO 1 E ÚLTIMO

MPF/GO MOVE AÇÃO CONTRA RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MEDICINA QUE "FACILITA" MORTE DE PACIENTES

Resolução do CFM extrapola as suas competências, além de ofender valores constitucionais

O Ministério Público Federal em Goiás (MPF/GO) move ação civil pública, com pedido de liminar, para suspender Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.995/2012, que "dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes" (ortotanásia). A normativa extrapola competências legais do Conselho, como também agride a Constituição da República.

De acordo com a Resolução do CFM, o paciente poderá definir "diretivas antecipadas de vontade" como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Pela resolução, essas diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. A diferença entre esse procedimento e a "eutanásia" é que, na ortotanásia, não há uma "ajuda" para a morte do paciente, apenas não é oferecido um possível recurso ou tratamento expressamente recusado pelo paciente.

Para o MPF, a resolução é inconstitucional e ilegal, pois "extravasa os limites do poder regulamentar, impõe riscos à segurança jurídica, alija a família de decisões que lhe são de direito e estabelece instrumento inidôneo para o registro de diretivas antecipadas de pacientes, investe o médico da condição de senhor absoluto do cumprimento das diretivas".

O procurador da República Ailton Benedito, autor da ação, explica que a resolução do CFM pretende introduzir no ordenamento jurídico a expressa possibilidade de se facultar a pacientes valerem-se da ortotanásia, consistente em se abdicar do emprego de medidas médicas paliativas, que tenham como único resultado o de retardar, artificialmente, a inevitável e iminente morte do paciente terminal. No entanto, "a pretexto de suprir o vazio normativo atinente às formas de expressão de vontade do paciente terminal, e, assim, conferir segurança jurídica à atividade médica, o CFM dispôs, ilicitamente, sobre o 'direito de morrer', sublimando-se todas as repercussões administrativas, civis e penais dessa prática", aponta o procurador.

Vícios - A resolução do Conselho Federal de Medicina possui, entre outros vícios, o extravasamento do poder regulamentar. "Inexiste norma, constitucional ou legal, que conceda ao réu competência para normatizar a prática da ortotanásia", esclarece Ailton Benedito.

Outra vicissitude do ato do CFM consiste na ameaça à segurança jurídica. Para o procurador, a normativa nem sequer exige capacidade civil para que o paciente manifeste sua vontade, deixando ao arbítrio da criatividade do médico – profissional cuja formação não requer conhecimentos técnico-jurídicos. "Exemplificadamente, não há esclarecimentos sobre casos de menoridade, de emancipação ou de interdição civil. Tampouco há previsão de limite temporal à validade do 'testamento vital'. Corre-se o risco insofismável de que as diretivas externadas pelo paciente, quando ainda sadio e lúcido, sejam esquecidas e não mais correspondam à sua vontade, anos depois, quando da terminalidade da vida".

Pedidos - Primeiramente, em tutela antecipada, e, após, em julgamento definitivo, o maior objetivo do MPF/GO é a suspensão da resolução CFM 1.995/2012. Para tanto, é pedido que a Justiça reconheça e declare a inconstitucionalidade da resolução, além disso, que suspensa, em todo o território nacional, a aplicação dessa normativa. É postulada aplicação de multa diária de R\$ 100 mil, para cada caso de descumprimento.

Assessoria de Comunicação
Ministério Público Federal em Goiás

BENEFÍCIOS E IMPACTOS DA DESAPOSENTAÇÃO: PROPOSIÇÃO DE DISCUSSÃO

Elaine Cristina Oliveira e Guerra¹

RESUMO: Opiniões distintas circulam entre Legislativo, Judiciário e especialistas no assunto. Com este estudo pretende-se demonstrar as vantagens e desvantagens com a regulamentação do tema identificando os benefícios sociais e avaliando a existência de impactos financeiros no sistema atual da Previdência Social.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social; Direito Previdenciário; renúncia; aposentadoria; desaposentação.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Previdenciário

1. INTRODUÇÃO

O tema referente à desaposentação tem sido discutido com mais ênfase na doutrina e na jurisprudência. São divergentes as opiniões sobre as conseqüências da renúncia à aposentadoria para que o segurado possa obter benefício mais vantajoso. O fato é que até então o tema era pouco abordado e os principais entendimentos giravam entorno da irreversibilidade da aposentadoria.

Em resumo, conforme Ibrahim (2007, p. 38), o instituto da desaposentação exclui o vínculo do segurado com o regime de origem e possibilita a emissão da certidão de tempo de contribuição, com a respectiva averbação em regime próprio, permitindo que o trabalhador aposentado pleiteie nova aposentadoria em melhores condições financeiras.

A falta de uma legislação específica e de constantes reformas no cálculo do benefício, aliados ao aumento da expectativa de vida dos brasileiros nos últimos anos, tem levado o jubilado que continua na ativa a converter essas contribuições em um benefício maior que o atual. No entanto, pretende-se demonstrar que um benefício maior pode ter impactos sociais positivos para os segurados e déficits incalculáveis para a previdência social. Assim, a análise sobre o benefício da desaposentação deve ser feita em sua coletividade, já que individualmente o segurado almeja benefício próprio, sem causar prejuízo ao sistema protetivo do país.

De imediato surgem algumas conseqüências, dentre elas: o INSS se vê impedido de deferir administrativamente qualquer pedido que tenha por objeto a desconstituição de aposentadoria já concedida; a outra conseqüência é que, o judiciário acaba por ser o único órgão capaz de atender à demanda do segurado, o que acaba por criar diversas soluções para o mesmo tema.

Para dar seqüência a este entendimento, serão abordados os aspectos conceituais pertinentes à aposentadoria conforme os regimes vigentes e, logo após, seguirá um detalhamento sobre a desaposentação, além de uma avaliação de benefícios sociais e impactos no equilíbrio financeiro do sistema previdenciário. Por fim, serão apresentadas as considerações finais deste estudo.

2. A APOSENTADORIA

2.1 Conceito

Conforme Marcelo (2012, p. 23), a aposentadoria é a prestação dada ao segurado, mediante contribuição, e visa substituir o salário ou renda do trabalhador, garantindo sua subsistência. É o ato administrativo declaratório que reconhece ao segurado o direito a aposentadoria.

Já Castro e Lazzari (2006, p. 543) definem aposentadoria como uma prestação por excelência da Previdência Social.

Em 2011, segundo Anuário Estatístico da Previdência Social, já eram quase 7,5 milhões de segurados por tempo de contribuição e idade, conforme abaixo:

TABELA 1 - QUANTIDADE DE APOSENTADORIAS URBANAS ATIVAS, POR GRUPOS DE ESPÉCIES, SEGUNDO AS GRANDES REGIÕES E UNIDADES DA FEDERAÇÃO - POSIÇÃO EM DEZEMBRO - 2009/2011

(continua)

GRANDES REGIÕES E UNIDADES DA FEDERAÇÃO	Ano	QUANTIDADE DE APOSENTADORIAS URBANAS ATIVAS												
		Total	Grupos de Espécies									Invalidez		
			Tempo de Contribuição			Idade						Total	32	Outras
			Total	42	46	Outras	Total	41	Outras					
	2009	9.199.243	4.229.716	3.799.978	366.937	62.801	2.542.422	2.542.420	2	2.427.105	2.426.727	378		
BRASIL	2010	9.552.656	4.400.427	3.970.770	361.468	68.169	2.670.766	2.670.765	1	2.481.463	2.481.113	350		
	2011	9.923.854	4.585.098	4.153.773	357.247	74.078	2.809.757	2.809.756	1	2.528.999	2.528.670	329		

Fonte: Anuário Estatístico da Previdência Social/Ministério da Previdência Social (2011, pág. 278).

Nos tópicos seguintes serão apresentadas as modalidades da aposentadoria e os conceitos da desaposentação aplicados ao Regime Geral da Previdência Social.

2.2 MODALIDADES

2.2.1 RGPS

O Regime Geral de Previdência Social abrange todos os trabalhadores a iniciativa privada, ou seja, aqueles que possuem relação de emprego regida pela CLT, além de empregados rurais, domésticos, trabalhadores autônomos, empresários, trabalhadores avulsos, servidores públicos não amparados por Regime Próprio de Previdência Social, eclesiásticos, entre outros, garantindo a cobertura de todas as situações expressas no artigo 201 da Constituição da República Federativa do Brasil.

As espécies de prestações² para os segurados do Regime Geral da Previdência Social são as aposentadorias por invalidez, por idade, por tempo de contribuição integral e proporcional, aposentadoria especial, auxílio doença, salário família, salário maternidade e auxílio acidente, das quais, conforme Ministério da Previdência Social, serão sucintamente conceituadas a seguir.

A Aposentadoria por Invalidez é um benefício concedido aos trabalhadores que, por doença ou acidente, forem considerados incapacitados para exercer suas atividades ou outro tipo de serviço que lhes garanta o sustento.

A Aposentadoria por Idade beneficia os trabalhadores urbanos do sexo masculino a partir dos 65 anos e do sexo feminino a partir dos 60 anos de idade.

A Aposentadoria por Tempo de Contribuição pode ser integral ou proporcional. Para ter direito à aposentadoria integral, o trabalhador homem deve comprovar pelo menos 35 anos de

contribuição e a trabalhadora mulher, 30 anos. Para requerer a aposentadoria proporcional, o trabalhador tem que combinar dois requisitos: tempo de contribuição e idade mínima.

A Aposentadoria Especial é concedida ao segurado que tenha trabalhado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física.

O Auxílio Doença é concedido ao segurado impedido de trabalhar por doença ou acidente por mais de 15 dias consecutivos.

O Salário Família é pago aos segurados empregados, exceto os domésticos, e aos trabalhadores avulsos com salário, para auxiliar no sustento dos filhos de até 14 anos de idade ou inválidos de qualquer idade.

O Salário maternidade é devido às seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas, empregadas domésticas, contribuintes individuais, facultativas e seguradas especiais, por ocasião do parto, inclusive o natimorto, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção.

O Auxílio Acidente é pago ao trabalhador que sofre um acidente e fica com seqüelas que reduzem sua capacidade de trabalho.

2.2.2 RPPS

O Regime Próprio da Previdência Social contempla os servidores titulares de cargo efetivo no âmbito de cada entidade federativa, abrangendo também magistrado e membros do poder público.

As leis nº. 9.717/98 e nº. 10.887/04 tratam das regras gerais dos regimes próprios da Previdência Social.

3. A DESAPOSENTAÇÃO

O tema desaposentação não é recente, foi introduzido no mundo jurídico pelo Advogado previdenciarista Wladimir Novaes Martinez nos idos do ano de 1987, no livro "Desaposentação", de sua autoria, publicado em 2008, pela editora LTr.

Antes de 1994, quem se aposentava e continuava contribuindo,

tinha a concessão do pecúlio, ou seja, suas contribuições devolvidas pelo INSS. Após 15 de abril de 1994, com a lei nº. 8.870/94, não houve mais esta concessão e esta não poderá ser mais invocada pelo segurado que voltasse ao trabalho após essa data.

Atualmente, só há concessão do pecúlio para contemplar direitos adquiridos para segurados que preenchem cumulativamente dois requisitos: pararem de trabalhar agora e terem se aposentado antes de 03/1994.

3.1 Conceito

Para Ibrahim (2007, p. 34), o instituto da desaposentação é a reversão do ato que transmudou o segurado em inativo, encerrando, por consequência, a aposentadoria. Aqui tal conceito é utilizado em sentido estrito, como normalmente é tratado pela doutrina e jurisprudência, significando tão-somente o retrocesso do ato concessivo de benefício almejando prestação maior.

Já para Castro e Lazzari (2006, p.506), a desaposentação refere-se ao direito do segurado ao retorno à atividade remunerada, com o desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Segundo Coelho (2009), desaposentação é a contagem do tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para fins de averbação em outra atividade profissional ou mesmo para dar suporte a uma nova e mais benéfica jubilação.

Conforme Marcelo (2012, p. 25), a desaposentação consiste no ato de renúncia da aposentadoria, definida pela doutrina como "aposentação inversa". Nos dias atuais, o conceito de desaposentação está sendo utilizado de forma mais ampla, pois além de significar a renúncia à aposentadoria é utilizada também para conceituar a renúncia de qualquer benefício de natureza previdenciária ou assistencial.

Aqui se torna importante o entendimento de um novo conceito: a renúncia, que conforme Gomes e Gottschalk (2007, p.234), é o negócio jurídico unilateral que determina o abandono irrevogável de um direito dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. É ato, portanto, que independe da aquiescência de outrem (KRAVCHYCHYN, 2007).

Percebe-se, pelos conceitos apresentados, que a desaposentação passa pelo ato da renúncia ao benefício já adquirido para que, posteriormente, um novo benefício seja calculado considerando o período em que houve contribuição. O grande problema é avaliar se este novo cálculo traz realmente os benefícios sociais esperados e se estas diferenças financeiras serão absolvidas pelo sistema de previdência social, já que neste espaço de tempo, o segurado pode deixar de ter um benefício resultante, por exemplo, de uma aposentadoria proporcional para alcançar um bene-

fício integral, aumentando consideravelmente sua remuneração e mantendo sua margem de contribuição. Além disso, contando com uma expectativa de vida e fator previdenciário possivelmente diferentes de quando se aposentou.

O entendimento aqui adotado mescla os conceitos acima, tratando a desaposentação como ato jurídico de interesse do segurado, que depende da renúncia e do posterior recálculo do benefício usufruído por ele, com o objetivo evidente de melhorar sua remuneração em detrimento as contribuições vertidas após a aposentadoria.

3.2 Modalidade

Conforme Wladimir Novaes (2012, p. 90/93), as modalidades adotadas são no bojo do RGPS, RGPS para RPPS, dentro do RPPS, proporcional para integral, mudança de cargo, benefício por incapacidade, invalidez para idade e previdência complementar.

No entanto, o presente artigo optou por só tratar do instituto no âmbito do Regime Geral da Previdência Social (RGPS). Tal se justifica, por abranger a maioria das ações que se apresentam para julgamentos nos tribunais pátrios.

3.3 Benefícios e Impactos

Neste tópico, o objetivo é demonstrar quais são os benefícios e impactos do instituto da desaposentação na atualidade.

A partir de 1999, a procura pela renúncia da aposentadoria cresceu com a criação do fator previdenciário, criado para inibir as aposentadorias precoces, que reduz o valor do benefício para quem se aposenta com menos idade, independentemente do seu tempo de contribuição.

É certo que em qualquer sistema as despesas necessitam de aporte financeiro prévio, não há como quitar débitos sem o recurso financeiro necessário, sob pena de quebra no equilíbrio das contas. É nesse ponto que se abordam alguns exemplos do reflexo da desaposentação, conforme a seguir.

3.3.1 Benefício Social

Os benefícios sociais que a desaposentação poderia trazer, melhorando o nível de remuneração do segurado, são tão desconhecidos quanto os impactos financeiros que essas revisões poderiam causar à previdência social. Conforme colocação do jurista Wladimir Novaes Martinez, citado por Kravchychyn (2009):

O aumento no tempo de contribuição e a diminuição da expectativa de vida podem, no caso concreto, garantir o equilíbrio atuarial do sistema. Isso porque, devemos lembrar que uma aposentadoria concedida mais tarde significará um pagamento

por menos tempo, o que acabará se equilibrando com um aumento de valor do benefício. Sem falarmos nas parcelas vertidas ao regime após a primeira aposentadoria.

3.3.2 Equilíbrio Atuarial e Financeiro

Marcelo (2012, pág. 65) observa que o fator previdenciário passa a assumir um papel importante no tema "Desaposentação e Reaposentação". Isso se deve porque o segurado que continua a contribuir para a Previdência Social, conta com um acréscimo no fator previdenciário que diminuirá o desconto em relação ao salário de benefício ou ocasionará um acréscimo no mesmo.

Conforme exemplo citado por Marcelo (2012, pág. 65 e 66) um segurado, quando se aposentou por tempo de contribuição em 20/02/2004, tinha:

Salário benefício = R\$ 2000,00;
Expectativa de Vida de 29 anos;
Tempo de Contribuição de 35 anos;
Idade de 50 anos, 1 mês e 19 dias (50,1361 em decimal);
Alíquota de contribuição de 0,31;
Fator Previdenciário = 0,602310

A Renda Mensal Inicial com base nestas informações seria de R\$ 1.204,62 que equivale a (R\$ 2000,00 x 0,602310).

Após a desaposentação e posterior aposentadoria por tempo de contribuição concedida em 20/02/2011:

- 1 - Salário Benefício: R\$ 2.500,00 (Houve um acréscimo no salário de benefício)
 - 2 - (ES) Expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria: 23,50 anos;
 - 3 - (TC) Tempo de Contribuição até o momento da aposentadoria: 42 anos;
 - 4 - (ID) Idade no momento da aposentadoria: 57 anos, 1 mês e 19 dias (57,1361 em decimal);
 - 5 - (A) Alíquota de contribuição correspondente: 0,31.
- Renda Mensal da aposentadoria por tempo de contribuição:

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right] = 0,942737$$

salário benefício x fator previdenciário:

$$RMI = R\$ 2.500,00 \times 0,942737 = R\$ 2.356,84$$

A desaposentação para este segurado, após 7 anos contri-

buindo e usufruindo do benefício da aposentadoria, resultou numa diferença de R\$ 1.152,22, um acréscimo de mais 95% em seu benefício, resultante de um aumento de mais de 55% no fator previdenciário. Como não está explícito no exemplo, não fica comprovado que as contribuições realizadas pelo segurado durante os 7 anos foram suficientes para cobrir o aumento no novo salário de benefício e a previdência acaba assumindo um seguro sem o aporte necessário para cobri-lo. Fica impossível evidenciar essa diferença em escalas maiores, mas alguns dados podem ser observados a seguir.

A Previdência Social registrou que em 2009, o valor total dos recebimentos do caixa do INSS atingiu R\$ 273,5 bilhões, o que correspondeu a um aumento de 12,2% em relação ao ano de 2008. O valor dos pagamentos em 2009 atingiu R\$ 272,7 bilhões, o que correspondeu a um aumento de 12,4% em relação ao ano anterior. As rubricas mais importantes foram Benefícios - INSS, LOAS e RMV e transferências a terceiros, cujas participações no total foram de 79,7%, 6,9% e 6,7% respectivamente.

Em 2009, a relação entre a arrecadação líquida (dada pela diferença entre recebimentos próprios menos transferências a terceiros e restituições de arrecadação) e o PIB foi de 5,8%, e a relação entre os pagamentos com benefícios do RGPS e o PIB foi de 7,2%. O saldo previdenciário (diferença entre arrecadação líquida e benefícios previdenciários) foi de R\$42,9 bilhões o que correspondeu a um aumento do déficit de 15,5%, quando comparado com o ano anterior. A diferença entre o valor da arrecadação líquida e o total de benefícios foi de R\$ -62,9 bilhões, cerca de 15,3% maior que o déficit observado em 2008.

Com base no exemplo apresentado acima é possível perceber que o benefício social é inquestionável, já que o segurado contará com um benefício maior. No entanto, o principal problema será o crescimento dos benefícios aos segurados sem a devida contribuição a previdência social no período em que eles já usufruíam do benefício da aposentadoria, causando um impacto financeiro considerável nos cofres da previdência.

Conforme o Conselho Nacional de Justiça, 70 mil brasileiros aposentados procuraram a Justiça para pedir a desaposentação³. Hoje, há cerca de 24 mil ações desse tipo nos tribunais. Muitas delas aguardam uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, mas ainda não há previsão de quando o caso será julgado.

Em matéria do Jornal Hoje⁴, o ministro da Previdência Social, Garibaldi Alves, diz que o projeto aprovado na Comissão de Assuntos Sociais do Senado provocaria um rombo de R\$ 70 bilhões nas contas do INSS, comentado que: "Se pudesse pagar, tudo bem, mas não há a menor viabilidade".

3.4 Necessidade de restituição

É fato que um benefício de aposentadoria só é concedido

quando todos os requisitos forem preenchidos, não podendo o autor requerer um novo benefício até que os requisitos deste sejam atendidos, de forma a usufruir de benefício mais vantajoso financeiramente. Contudo, como será demonstrado, alguns autores divergem na opinião sobre a possibilidade de restituição dos valores já auferidos pelos segurados, de forma a abrir uma possibilidade de novo cálculo de benefício.

Para Ibrahim (2007, p. 61/62) em caso de migração entre regimes será desnecessário a restituição de valores, vez que o sistema previdenciário brasileiro adotou a sistemática de repartição simples (os da ativa sustentam os da inatividade para serem sustentados no futuro), aduzindo ainda que se trata de benefício previdenciário, com característica de verba alimentícia, razão pela qual não se poderia exigir a devolução de qualquer valor devidamente recebido.

Já Martinez (2008, p. 36) entende que se deve restituir apenas o necessário, ou o todo, à manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos com o aproveitamento do período anterior no mesmo ou em outro regime de previdência social, sempre que a situação do segurado melhor e isso não causar prejuízo a terceiros.

Na Lei nº. 9.796/1999 não há exigência para que o Poder Público, por meio de seus regimes previdenciários, efetue compensação integral, mas apenas do necessário ao equilíbrio financeiro e atuarial.

Visto ser o benefício previdenciário uma verba utilizada na sobrevivência do segurado, entende-se que a restituição não é devida, a menos que o segurado seja obrigado a fazê-lo.

Certo é que, no momento do acerto de contas, poderá haver insuficiências, já que ao aposentar outro segurado, o regime instituidor não possuirá exatamente os recursos para pagá-lo.

3.5 Enriquecimento ilícito

Neste contexto, duas abordagens são necessárias: o enriquecimento ilícito da previdência e o enriquecimento ilícito do segurado. Em ambos os casos é preciso conceituar que para haver enriquecimento ilícito é preciso que alguém fique com o bem de outrem indevidamente, sem claramente merecê-lo.

Os processos de desaposentação indeferidos administrativamente pela previdência não se encaixam neste contexto, visto que a previdência o faz no exercício legal de suas atribuições, respaldado por lei, não se apropriando de nada que não lhe pertença. Artigo 18 § 2º da lei 8.213/91.

Aliás, conforme Martinez (2012, pág. 63), a previdência não enriquece ou empobrece por não ser uma empresa comercial, o seu plano de custeio enfrenta superávits ou déficits, se tornando uma devedora momentânea (ou freqüente).

Ainda conforme Martinez (2012, pág. 64), alguns autores mencionam o possível enriquecimento ilícito do segurado que contesta a

restituição dos valores quando a ela é obrigado. Se o aposentado é obrigado a devolver e se esta decisão transitou em julgado, torna-se possível o entendimento de enriquecimento ilícito.

4. PROJETO DE LEI

A matéria que se pretende regular por lei garante ao aposentado que continuar trabalhando o direito de renunciar ao benefício previdenciário e aproveitar o tempo de contribuição no cálculo de nova aposentadoria mais vantajosa.

Cabe lembrar que conforme o artigo 181-B do Decreto n. 3.048/99, as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial são irreversíveis e irrenunciáveis.

Atualmente, como a legislação previdenciária não prevê a possibilidade de renúncia do benefício, as agências do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS se recusam a processar os pedidos de renúncia da aposentadoria. Assim, o segurado que, hoje, pretenda renunciar sua aposentadoria para, em seguida, obtê-la de novo, em valor mais alto, deve recorrer à Justiça.

Neste sentido, o projeto de lei nº. 91, de 2010, propõe exatamente o direito à renúncia bem como o cálculo de nova renda do benefício considerando o tempo de contribuição após a aposentadoria, sem que o beneficiado devolva valores já usufruídos.

O texto da proposta deixa evidenciado que, na hipótese de concessão de novo benefício, tanto a nova remuneração quanto a contagem do tempo de contribuição anterior e posterior à renúncia têm seus efeitos restritos ao âmbito do Regime Geral de Previdência Social.

A proposta do projeto é que o Art. 1º A Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, passe a vigorar acrescido do seguinte artigo 18-A:

Art. 18-A. O segurado que tenha se aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, por tempo de contribuição, especial e por idade, pode, a qualquer tempo, renunciar ao benefício da aposentadoria.

§ 1º Ao segurado que tenha renunciado ao benefício da aposentadoria fica assegurado o direito à concessão de nova aposentadoria, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, utilizando-se a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício objeto da renúncia e a contagem do tempo de contribuição posterior à renúncia, bem como o direito ao cálculo de nova renda mensal do benefício, na forma do regulamento.

§ 2º A renúncia do segurado à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício no

âmbito do Regime Geral de Previdência Social, não implica devolução dos valores percebidos enquanto esteve aposentado.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor no exercício financeiro seguinte ao da publicação desta Lei.

Com isso, é importante observar que o projeto de lei é limitado e faz referência apenas ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), não mencionando a transição entre os regimes (ex.: RPPS para RGPS). Apesar de implícitos, os benefícios sociais não são avaliados e o equilíbrio financeiro e atuarial continua sendo uma questão sem resposta.

5. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

À luz dos conceitos vistos até o momento, cabe também ressaltar alguns posicionamentos jurisprudenciais acerca do instituto da desaposentação.

O entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, abaixo, reforça a impossibilidade de ocorrência da desaposentação:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. NÃO CABIMENTO. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. REFORMA DA SENTENÇA. RECURSO PROVIDO.

Reanalizando os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários e melhor refletindo a respeito do instituto da desaposentação, passo a alinhar-me ao entendimento de que é cristalino o caráter irrenunciável e irreversível do ato de concessão do benefício de aposentadoria no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, evidenciando seus efeitos ofensivos à ordem constitucional vigente.

À luz dos artigos 11, §3º e 18, §2º, da Lei 8.213/91 e 3, I, 40, 194 e 195 da CRFB, verifica-se que o instituto da desaposentação possui vedação legal expressa que se compatibiliza com o caráter solidário do sistema previdenciário, não sendo, portanto, permitida a utilização das contribuições dos trabalhadores em gozo de aposentadoria para a obtenção de nova aposentadoria ou elevação da já auferida, sob pena de subversão para um sistema individualista/patrimonialista que não se compatibiliza com os fundamentos da Seguridade Social. Assim, o aposentado que retorna à atividade somente faz jus ao salário-família e à reabilitação

profissional, quando empregado (artigo 18, §2º, da Lei 8.213/91).

O entendimento também reforça que, sob a visão da renúncia, a aposentadoria não é juridicamente aceitável, já que:

A uma, sob pena de afrontar o princípio da segurança jurídica, consistente no respeito ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, da CRFB) e ao princípio da legalidade (artigo 37, caput, da CRFB c/c artigo 18, §3º, da Lei 8.213/91). Isso sem falar no princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, caput, da CRFB), uma vez que a desaposentação confere tratamento mais benéfico ao segurado que se aposenta com proventos proporcionais e continua trabalhando para, posteriormente, obter nova aposentadoria em melhores condições, em detrimento daquele que continuou trabalhando até possuir um período contributivo maior para se aposentar com proventos integrais.

A duas, porque se extrai a natureza alimentar da aposentadoria, que lhe confere o caráter de irrenunciável. Assim como a pensão alimentícia, no âmbito do direito civil, é possível a renúncia às prestações mensais, mas não ao benefício em si, que é intocável, intangível. A aposentadoria não é um direito patrimonial e, portanto, disponível, possuindo, outrossim, um caráter institucional, isto é, os direitos e obrigações não decorrem de ato de vontade, porém da lei.

E a três porque a pretensão de desaposentação não é livre e desembaraçada, gerando ônus a pessoa jurídica de direito público diretamente envolvida na constituição do ato, no caso, ao INSS, sendo claro que o desfazimento da aposentadoria repercute em ônus no sistema previdenciário, uma vez que o mesmo período e salários-de-contribuição seriam somados duas vezes, com o objetivo de majorar a renda mensal da nova aposentadoria, o que repercute diretamente no equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (artigo 201, caput, da CRFB).

Destaca-se ainda o posicionamento de Lorena de Mello Rezende Colnago:

Embora haja o interesse do segurado, no caso da desaposentação, não há interesse público, previsão legal, e, nem mesmo, objeto lícito e mora - face à aferição de vantagem em detrimento do equilíbrio financeiro dos Regimes de Previdência, ou seja, o enriquecimento ilícito do segurado.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região também tem posições não favoráveis a desaposentação, complementando com outros entendimentos:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RENÚNCIA. OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA. IMPOSSIBILIDADE. REGIMES PREVIDENCIÁRIOS IDÊNTICOS. ÓBICE DO ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91.

Quanto às contribuições previdenciárias vertidas após a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, não geram direito a um novo benefício, tampouco aumentam o valor da renda mensal da aposentadoria em fruição, nem podem ser adicionadas à aposentadoria proporcional para fins de concessão de aposentadoria integral.

Uma vez concedida a aposentadoria por tempo de serviço com proventos proporcionais, ainda que o segurado volte a contribuir para o sistema previdenciário, não poderá utilizar as referidas contribuições para complementar o tempo que restaria para obtenção de uma nova aposentadoria com proventos integrais. O art. 11, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/91, inclusive, estabelece que as novas contribuições efetuadas pelo aposentado do RGPS que retornar a atividade serão destinadas ao custeio da Seguridade Social.

Vê-se que, pelos posicionamentos jurisprudenciais, a concessão do benefício da aposentadoria é irrenunciável e irreversível. Além disso, as contribuições obrigatórias, vertidas após o retorno ao trabalho, não podem ser usadas para novo cálculo do benefício, reforçando que a desaposentação é um processo que interessa mais ao segurado e que gera ônus ao sistema previdenciário.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foram demonstrados, neste artigo, os conceitos para melhor entendimento da aposentadoria, renúncia e desaposentação, defendendo os benefícios sociais resultantes deste processo, mas abrindo uma reflexão sobre os conseqüentes impactos financeiros no sistema da previdência social.

Com isso, percebemos que a aposentadoria é um direito patrimonial e a renúncia é um direito previsto na Constituição. Mesmo sendo irreversíveis e irrenunciáveis as aposentadorias por idade e por contribuição, o segurado deverá confirmar se a renúncia e posterior aposentação trarão, de fato, uma vantagem patrimonial em seu benefício. Esse benefício social não é imediatamente visível, já que o impacto na natureza alimentar do benefício só seria evidente com o aumento da remuneração do segurado e esse cálculo não depende somente das contribuições vertidas após a aposentadoria, mas também de outros fatores como expectativa de vida.

Percebeu-se que o impacto financeiro na previdência é claro, visto que a contribuição do segurado durante a aposentadoria não garante cobertura da diferença no benefício após a desaposentação. Esta conclusão também se fundamentou nos números da própria Previdência, já que em diferença entre o valor da arrecadação líquida e o total de benefícios foi negativa, resultando em déficits maiores a cada ano.

Com reflexos sociais que podem ser positivos, mas com evidente impacto financeiro, o tema desaposentação torna-se inviável e gera preocupação entorno do equilíbrio e continuidade de um sistema que muitos contribuem, mas nem todos usufruíram.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 11 nov. 2011.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 91*, de 2010. Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para permitir a renúncia à aposentadoria concedida pela Previdência Social. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=125487&tp=1>. Acesso em 23/04/2013.

_____. Previdência. Ministério. *Benefícios da Previdência Social*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/>. Acesso em: 11 nov. 2011.

CASTRO Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 7ª Edição. São Paulo: LTR, 2006.

COELHO, Hamilton Antônio. *Desaposentação: Um Novo Instituto?* Revista de Previdência Social, São Paulo: LTR, nº. 228. p.1130-1134, nov 1999.

ESTADÃO. Site. *Expectativa de vida no Brasil passa a 73,2 anos, diz IBGE*. Geral, São Paulo -SP: 01 dez. 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,expectativa-de-vida-no-brasil-passa-a-732-anos-diz-ibge,647908,0.htm>. Acesso em 17 nov. 2011.

JORNADA DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO I / Escola de Magistratura Federal da 1ª Região - Brasília: ESMAF, 2010. Página 46.

KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. *Desaposentação: Fundamentos jurídicos, posição dos tribunais e análise das propostas legislativas*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=221165>>. Acesso em: 19 out. 2011.

LIMA, Marcos Galdino de. *O instituto da desaposentação*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 78, 01/07/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7952. Acesso: 23/04/2013.

MARCELO, Fernando Vieira. *Desaposentação: manual teórico e prático para encorajamento em enfrentar a matéria*. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 5. edição. São Paulo: LTr, 2012.

NOTAS DE FIM

1 Aluna concludente do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2013.1.

2 Para maiores detalhes sobre os tipos de aposentadoria, auxílios e pensões: www.mps.gov.br.

3 <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/01/setenta-mil-aposentados-procuraram-justica-para-pedir-desaposentacao.html>. << Acessado em 30/04/2013 >>

4 <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/04/comissao-do-senado-aprova-projeto-que-preve-chamada-desaposentacao.html>. << Acessado em 30/04/2013 >>

DANO MORAL: CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Luiz Henrique Ferreira Seibert¹

RESUMO: Este artigo tem como foco central de estudo os critérios e parâmetros utilizados pelos magistrados no Brasil no momento da fixação do quantum indenizatório, fazendo-se uma breve análise quanto a identificação do dano moral no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVES: Dano moral, critérios, parâmetros, quantum, indenização.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

O direito de reparação por danos morais foi oficialmente regulamentado com o advento da Constituição Federal de 1988, estando o mesmo previsto no artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, em inciso V. O mesmo veio assegurar aos brasileiros o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

De modo geral o dano moral ocorre quando existe lesão à integridade física ou violação de direitos personalíssimos do indivíduo. Os doutrinadores tem entendido que o dano moral resume-se à definição de todo dano que atinja exclusivamente o patrimônio ideal da vítima, conforme esclarece CIANCINE (2003, p. 6). Seguindo a mesma linha de raciocínio PEREIRA (1992, p. 54), um dos mais notáveis civilistas brasileiros, define dano moral como sendo:

[...] qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, às suas afeições, etc.

O jurista brasileiro CAVALIERI FILHO (2008, p. 81) também se posicionou a respeito do tema, ao ensinar que:

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os

direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Pode-se assim dizer que o dano moral está ligado a toda e qualquer violação que se dê de forma extra patrimonial, que venha a violar não só a integridade física do ofendido, mas também o seu ânimo psíquico, a sua moral, a honra, o seu nome, imagem etc. Desta feita, sábio é o autor GOMES (1978, p. 333), ao recomendar que “a expressão dano moral deve ser utilizada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial.”.

Atrelado ao direito de reparação por danos morais veio a dúvida, pois, nas palavras de THEODORO JÚNIOR (2010, p. 41) “a apuração do quantum indenizatório se complica porque o bem lesado (a honra, o sentimento, o nome, etc.) não se mede monetariamente, ou seja não tem dimensão econômica ou patrimonial.”, tornando o trabalho de mensuração do quantum indenizatório uma tarefa difícil e ingrata, vez que o legislador não regulamentou em lei os critérios e parâmetros a serem utilizados ou seguidos no momento de se mensurar o valor da indenização pelos danos morais sofridos. Tal tarefa ficou incumbida aos magistrados, que no exercício de suas atribuições, ao quantificarem o valor indenizatório, devem fazer uso de sua experiência, sensibilidade e bom senso como critérios de valoração.

Tal situação, como já era esperada, gerou certa insegurança jurídica e também objeções. A respeito Aguiar Dias (1994, p. 737), afirma que:

A objeção histórica à reparação do dano moral, entre vários fundamentos, teve como principal argumento a dificuldade de valoração do correspondente em pecúnia, que Aguiar Dias retratou como i) a impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; ii) a imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; iii) a extensão do arbítrio concedido ao juiz.

Mas com o decorrer do tempo, com auxílio da doutrina e jurisprudência, alguns critérios objetivos e também subjetivos, passaram a ser adotados pelos juízes no momento de se determinar o quantum indenizatório.

2 DA IDENTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Os julgadores, ao realizarem a análise do caso concreto, necessitam ainda identificar se na situação presente houve ou não à ofensa moral, fazendo-se necessário assim distinguir, segundo os ensinamentos da ilustre professora BODIN DE MORAIS (2003, p. 157/158) o “[...] constrangimento, a tristeza, a humilhação, [...] dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana”.

Igualmente pensa CIANCI (2003, p. 44) dizendo que “O reconhecimento do dano moral depende da verificação do efetivo abalo causado à esfera ideal do ofendido.”. Já CAVALIERI FILHO (2003, p. 75) na mesma esteira de raciocínio sustenta que:

Enquanto o dano material, como atrás assinalado, importa em lesão de bem patrimonial, gerando prejuízo econômico passível de reparação, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

GONÇALVES (2000, p. 549/550) também faz suas colocações quanto à necessidade de se dissociar o real dano moral dos meros dissabores que todas as pessoas estão aptas a sofrerem no dia-a-dia:

[...] para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada

estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade de nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Deste modo, não só importante os caminhos traçados para se chegar ao valor indenizatório, mas também o reconhecimento do verdadeiro direito à reparação por danos morais.

3 CRITÉRIOS PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

3.1 O Arbitramento Judicial

Para BERNARDO (2005, p. 162) “A solução genérica de nosso ordenamento jurídico é confiar ao prudente arbítrio do juiz a quantificação do dano moral, sem qualquer tabela ou limite preestabelecido”. CIANCI (2009, p. 151) esclarece ainda dizendo que:

A divergência na utilização dos critérios legais ou exclusivamente o recurso ao arbitramento judicial, que tem sido motivo de notáveis divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tem origem na total falta de regulamentação da reparação por danos morais, desde a sua oficialização pela Constituição Federal de 1988.

Ensina CAHALI (2011, p. 637), “Inexistentes parâmetros legais para o arbitramento do valor da reparação do dano moral, a sua fixação se faz mediante arbitramento.”.

Como é impraticável nos casos de dano moral a restituição ao status quo ante, se faz imperiosa a indenização pecuniária pelos danos morais sofridos, a fim de tentar compensar a vítima, e por esse motivo o arbitramento judicial aparenta ser o melhor sistema para quantificação do dano uma vez que o juiz tem um contato direto com as partes, depoimentos e provas.

Como então mensurar em dinheiro e de forma justa algo tão subjetivo? Este talvez venha sendo um dos grandes problemas na vida dos juízes no Brasil, pois são postos a julgar e determinar o valor de um sofrimento, de uma dor empregada a uma pessoa. Como se não bastasse ainda é lhe cobrada uma sentença justa, ou seja, que venha a reparar o dano sofrido, sem causar o temido e criticado enriquecimento sem causa, mas também que possua um lado pedagógico, buscando inibir o ofensor a reincidência do fato.

Nessa esteira de raciocínio ensina THEODORO JÚNIOR (2010, p. 39) que:

Se, á falta de critérios objetivos da lei, o juiz tem de se vale da prudência para atender, em cada caso, às suas peculiaridades assim como à repercussão econômica da indenização pelo dano moral, o certo é que o valor da condenação, como princípio geral, não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo.

Seguindo este entendimento entende-se que a quantificação do quantum indenizatório depende muito do caso concreto e da sensibilidade do julgador, e ainda que a indenização não possa ser ínfima, de modo a servir de humilhação a vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa. Ocorre que nesta situação, em que valor a ser arbitrado, fica a cargo da livre vontade e convicção do juiz, a vítima fica a total mercê do mesmo, podendo-se assim “tirar do chapéu” um valor qualquer, ficando límpida assim, a necessidade de critérios e parâmetros a serem seguidos para que a valoração do quantum indenizatório não fique apenas vinculada a livre vontade do julgador.

Ante a completa falta de critérios a serem seguidos, THEODORO JÚNIOR (2010, p. 41) afirma que:

Cabe, assim, ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia.

É importante, no arbitramento judicial, que o magistrado deixe explícito na sentença condenatória a sua motivação bem como os parâmetros utilizados pelo mesmo, no momento da quantificação do valor indenizatório.

3.1.2 Parâmetros Utilizados

3.1.2.1 A Extensão do Dano

Versa o artigo 944 do Código Civil que a indenização mede-se pela extensão do dano, logo o primeiro parâmetro do arbitramento judicial que se vislumbra da análise das decisões que versam sobre dano moral é aquele que determina deva a indenização corresponder à extensão do dano (BERNARDO, 2005).

A análise da extensão do dano pode ser verificada observando-se dois aspectos: A dignidade da pessoa humana e o tempo de duração do dano. Sendo o primeiro mais importante, uma vez que a lesão à vida supera uma lesão à honra objetiva, mesmo esta sofrendo variações conforme a cultura local, no geral, haverá uniformidade nessa avaliação, sendo a experiência comum, a sensibilidade do magistrado, suficiente para apurar e estabelecer as distinções. (BERNARDO, 2005).

Quanto à duração do dano, deve ser observado se possui caráter definitivo ou passageiro, influenciando tal critério em sua valoração. O valor da reparação deverá ser superior nos casos de danos definitivos. Afirmo BERNARDO (2005, p. 167) que:

[...] uma lesão corrigida dentro de seis meses é muito menor do que aquela que permanece na vítima pelo resto de sua vida, trazendo-lhe más recordações todas as vezes que a visualiza, bem como constrangimento em seu convívio social.

Por fim, quanto ao parâmetro da extensão do dano, conclui o autor BERNARDO (2005, p. 168/169) que:

Este é um parâmetro inafastável, que caminha no sentido de estabelecer-se a justa compensação e que deverá ser perseguido pelo magistrado a fim de valorar o dano moral, sem que tal preocupação se degenera em verdadeira obsessão de atingir-se a perfeita equivalência que, como demonstrado, constitui-se em verdadeira impossibilidade.

Deste modo, na valoração do quantum indenizatório, se faz imperioso a análise da extensão do dano no caso concreto.

3.1.2.2 Condição Econômica da Parte

A doutrina, não pacificada, adota como parâmetros objetivos, para auxiliar no momento da valoração do quantum indenizatório, a condição econômica do réu bem como a condição econômica do ofendido. Ao se analisar a condição econômica do réu, busca-se infligir a este uma penalização passível de ser cumprida, pois é ineficaz condenar o ofensor a pagar quantia que o mesmo não possui.

Fazendo uso dessa observação e estipulando um valor condizente com a situação do ofensor, aumentam-se as chances de cumprimento por parte do agressor, porém o valor estipulado não pode ser irrisório, deve ser um valor que venha a causar certo desconforto financeiro e também a inibir a prática reiterada do ato.

Do mesmo modo que a situação econômica do agressor, a situação econômica do ofendido deve ser observada pelo

juiz, a fim de proporcionar a este um valor que possa tentar reparar o sofrimento saboreado por este. Tal valor deve ser condizente com sua situação financeira, para que não ocorra injustiça, nem tampouco o enriquecimento sem causa.

Proporcionar à vítima um valor compensatório condizente com sua situação financeira, evitando o enriquecimento sem causa, é de suma importância para a ordem jurídica, pois deste modo evita-se condenações milionárias, que estimulariam apenas a desenfreada propositura de ações com pedidos de danos morais para os mais variados casos, banalizando assim o instituto do dano moral como explica o professor CAVALIERI FILHO (2008, p. 83), que “[...] corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.”.

De forma contrária a esse entendimento posiciona-se BERNARDO (2005, p. 183) ao afirmar que:

Maiores problemas, ainda, aparecem quando se analisa a situação socioeconômica da vítima. Ora, partindo-se do pressuposto de que o dano moral deriva de lesão à dignidade da pessoa humana, diferenciar as vítimas por posses, equivaleria a reconhecer maior dignidade aos mais afortunados e menos aos menos favorecidos.

Entende-se então que as condições socioeconômicas, tanto do autor quanto da vítima não deverão ser levadas em consideração quando da fixação do quantum indenizatório. (BERNARDO, 2005)

3.1.2.3 Culpa Concorrente e Demora na Propositura da Ação

Dispõe o artigo 945 do Código Civil que se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

A culpa concorrente segundo CIANCI (2009, p. 100) tem sido reiteradamente reconhecida como causa de diminuição do valor indenizatório, tanto é que GONÇALVES (2000, p. 424), completa dizendo que “[...] A culpa concorrente do lesado constitui fator de atenuação da responsabilidade do ofensor.”.

Outro ponto a ser observado pelo juiz, no momento de determinar o quantum indenizatório, é a demora na propositura da ação, sendo esta causa de diminuição no valor arbitrado. Nas palavras da autora CIANCI (2003, p. 65) “A demora no ingresso em juízo, de modo exagerado em proporção ao dano sofrido, apresenta-se na jurisprudência como fato capaz de impor redução ao valor da condenação.”

Como já dito o dano moral é caracterizado quando a vítima é obrigada a suportar profunda dor, vexame, ofensa à honra ou a integridade física etc., e por essa razão o direito a reparação pelos danos suportados, é pleiteado de forma imediata. Porém ao postergar o ajuizamento da ação, pressupõe-se que a vítima não tenha sofrido um dano moral, mas experimentado um mero dissabor.

3.1.2.4 Proporcionalidade e Razoabilidade

Deve o magistrado na quantificação do dano, se atentar para a proporcionalidade e razoabilidade, sendo que primeiro está intimamente ligado ao último. Dessa forma a razoabilidade é:

Um princípio, adotado como um critério não muito evidente, mas com certeza bastante ativo nas decisões judiciais, consagrou-se nos tribunais, através de reformas das decisões monocráticas consideradas incoerentes e demasiadamente excessivas em suas condenações, de forma a ser bastante levado em consideração, mesmo que implicitamente, no arbitramento do valor a ser pago pelo ofensor nas demandas de indenização por danos morais. (BRANDÃO, 2005)

Por se tratar de um parâmetro subjetivo, o mesmo pode suportar entendimentos diversos entre os juizes, ocasionando assim divergências em decisões de casos similares vez que:

Pode muito bem variar entre os juizes ou colegiados, a ponto de o que vem a ser razoável para um, pode não ser para o outro, [...] persistindo, desta feita, a possibilidade de indenizações desproporcionais, o que não deixa de retratar uma insegurança jurídica eminente. (BRANDÃO, 2005).

Apesar do caráter subjetivo que apresenta o princípio da razoabilidade, conclui CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA (2003, p. 87) entendendo que:

Deveria a razoabilidade incidir sim, em todas as sentenças que envolvem dano moral, como ferramenta à ponderação dos interesses envolvidos, a fim de servir como mais um parâmetro na busca da justa indenização, o que, infelizmente, não se verifica na prática.

A observância deste e de outros parâmetros é importante para que o magistrado demonstre em sua decisão uma motivação lógica que o levou àquele valor, criando-se assim uma maior segurança jurídica.

3.2 Tabela

A hipótese de criação de uma tabela com valores predeterminados, nas palavras de BERNARDO (2005, p. 132), seria “o nirvana dos magistrados, livres, agora, de umas das mais árduas tarefas de sua profissão, qual seja, a fixação da reparação de danos morais.”.

De início, esta parece ser a solução para o problema da quantificação do dano moral, porém como ensina BERNARDO (2005, p. 132), o tabelamento poderia gerar “estabelecimento de valores ínfimos ou muito baixos, que não reparem os danos causados ou mesmo sirvam de um estímulo ao cometimento de novos danos”.

Outra crítica que se faz ao sistema de tabelamento, é que a tabela limitaria a atuação do juiz. Assim, em um cenário de tabelamento, como ficaria uma espécie nova de dano, não prevista em qualquer tabela? Seria indenizado por arbitramento do juiz ou ficaria sem reparação? Não só a subjetividade do dano moral, mas também a constante evolução e modificação da sociedade e do ordenamento jurídico inviabilizam a utilização de sistemas como este do Tabelamento. (BERNARDO, 2005)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dano moral consagrado na Constituição Federal de 1988, surgiu como instituto de proteção à pessoa humana, garantindo a esta o direito de ser ressarcida quando a mesma tem sua honra, ou seu nome, ou sua integridade física maculada por ato de terceiros como exemplifica GONÇALVES (2000, p. 549/550) que:

se deve reputar dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar.

O reconhecimento do dano moral no caso concreto também se faz imperioso, para que meros dissabores do cotidiano, que todas as pessoas estão aptas a suportarem, não venham a ser justificativa para a propositura de ações judiciais com a finalidade única de reparação por danos morais. Evitando-se assim a banalização do dano moral e conseqüentemente o enriquecimento ilícito.

Os critérios apresentados dão a falsa impressão de que a tarefa de quantificação do quantum indenizatório é sempre simples e justa. Ocorre que ao se estudar os critérios utilizados para determinação do valor da condenação, chega-se a conclusão de que o arbitramento judicial, entre todos os existente é talvez o mais justo com à vítima. Isto porque o juiz, sendo o único desinteressado no caso concreto, por sua proximidade

na situação encontra-se mais habilitado para aplicar a justiça, como Bernardo (2005, p. 195) que:

[...] o arbitramento judicial é o mais adequado. Soluções como o tabelamento, seja porque que modo for, ou a aplicação de formulas matemáticas são inadequadas, tendendo a estabelecer uma uniformidade artificial, eis que as situações existenciais em jogo serão sempre desiguais, não podendo ser objeto de arbitrariedade uniformização, sob pena de caminhar-se a passos largos para a prática da injustiça.

Desde modo, cabe ao juiz no momento da apuração do valor a ser arbitrado pautar-se de sua experiência e sensibilidade, observando no caso concreto elementos como a duração do dano, sua extensão, seu âmbito etc. para assim se aproximar de um valor justo à ambas as partes. Deste modo não se obterá uma uniformização objetiva (BERNARDO, 2005), porém os valores agora com bases racionais, evitará a comparação dos tribunais a cassinos e loterias, onde apenas a sorte e o azar prevalecem, comparações estas que desprestigiam o respeitável e importante instituto do dano moral.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense. vol I e II. 1994.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano Moral: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. Dano Moral: valorização do quantum e razoabilidade objetiva. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 129. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=659>> Acesso em: 11 mai. 2013.
- CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.
- CIANCI, Mirna. O valor da Reparação Moral. São Paulo: Saraiva, 2003.

CIANCI, Mirna. O valor da Reparação Moral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. Obrigações. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 7. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

NOTA DE FIM

1 Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

DIREITO DE VISITAS DOS AVÓS

Milena Andrade dos Santos¹

RESUMO: A Lei n.º 12.398/2011, consolidou novas regras para o exercício do poder família, ampliando os direitos e deveres para um maior parcela dos membros familiares. Tal lei codificou o posicionamento majoritário dos Tribunais no que tange ao direito de visitas dos avós em relação a seus netos, tema deste artigo, que tem como principal finalidade analisar a importância da convivência familiar para o desenvolvimento de crianças e adolescentes.

PALAVRAS CHAVES: vínculo afetivo; direito de visitas; convivência familiar; rompimento de relacionamentos conjugais; avós.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

A dissolução da sociedade conjugal surgiu a partir da instituição do Estado Laico da República Federativa do Brasil. Desde então, os mecanismos jurídicos que colocam fim ao vínculo matrimonial evoluíram até a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 que trouxe a possibilidade do divórcio direto, independente de prévia separação ou apuração de culpa.

Tal progresso no que tange ao fim das relações matrimoniais, o reconhecimento e a dissolução das Uniões Estáveis no sistema jurídico vigente e a atual instabilidade dos relacionamentos afetivos proporcionam mudanças não só na vida do casal, bem como repercute diretamente na vida dos filhos advindos destas uniões.

Neste sentido, o legislador criou instrumentos normativos que regulamentam os institutos da guarda, direito de alimentos e o direito de visitas, com o intuito de resguardar os direitos da prole advinda das relações conjugais dissolvidas.

Ocorre que as proteções legais supramencionadas não suprem, por si só, os danos causados na vida dos filhos advindos destes relacionamentos versáteis. Desta forma, é salutar que a criança mantenha o convívio com seus familiares a fim de se reconstruir os vínculos cessados com o término da relação entre seus genitores.

Dentre os instrumentos jurídicos que tem por finalidade a proteção da criança decorrentes do poder familiar, o direito de visitas merece especial atenção por ser o instituto legal responsável por regularizar a permanência das relações familiares entre a criança e aqueles que não possuem sua guarda.

Acontece que até meados de 2011, não havia nenhuma norma jurídica que regulamentasse o convívio familiar avoengo, em que pese à doutrina e a jurisprudência já vinha reconhecendo o

direito de visitas dos avós a fim de que estes possam manter o relacionamento afetivo com seus netos.

Desta feita, o presente artigo possui como base norteadora a influência das relações parentais na formação e desenvolvimento das crianças e adolescentes, com enfoque notável na convivência familiar entre avós e netos.

2 CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Sabe-se que o término de um relacionamento afetivo causa grandes mudanças na vida dos filhos, isto porque, em muitos casos, a criança ou adolescente terá que desenvolver um novo conceito de família com transformações em sua rotina.

Tais rompimentos, não podem, contudo, desencadear a extinção do vínculo da criança com os familiares com os quais conviviam anteriormente. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, dispõe em seu artigo 227(BRASIL, 2013, p. 74), sobre o direito à convivência familiar, conforme demonstra a reprodução textual in verbis:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso)

Tal dispositivo normativo elenca a convivência familiar como um direito fundamental da criança e do adolescente que deve ser

assegurado tanto pela família, quanto pela sociedade e pelo Estado. A doutrinadora Maria do Rosário Leite Cintra (2003, p.155), ao analisar o citado artigo da Magna Carta, evidencia a importância da família na vida da criança, ao proferir as palavras, in verbis:

Realmente, a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a alimentação seja assimilada pelo organismo e a saúde se manifeste. Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. Mas este movimento será potenciado ou diminuído, e até mesmo obstaculizado, pelas condições ambientais: 60%, dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente.

Não basta por um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz.

Podemos dizer, assim, que o direito a vida e a saúde da criança encontra-se claramente ligado ao direito convivência familiar, sendo este fundamental para o desenvolvimento dos menores, devendo, portanto, ser resguardado.

Neste sentido, o doutrinador Paulo Lôbo (2009, p.392) discursa sobre a convivência familiar dizendo:

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas especialmente as crianças.

Seguindo tal linha de pensamento, a família atual não consiste apenas ao marido e mulher e sua prole, atualmente o conceito de entidade familiar é mais amplo onde a afetividade, o respeito e solidariedade entre os componentes do grupo familiar tem caráter essencial.

No que tange ao término de relacionamentos afetivos, um

grande problema que se apresenta hodiernamente consiste no fato de muitos pais, inconformados com o rompimento da relação com seus companheiros, se valem dos filhos do casal para ferir o outro, obstando assim a convivência familiar.

Tal problema se agrava quando o afastamento brusco da criança do genitor que não detém sua guarda desencadeia ainda o distanciamento da criança dos familiares daquele genitor que se encontra ausente, tal como tios, primos, avós, entre outros parentes que antes participavam ativamente da vida da criança.

Neste ponto, Argene Campos e Enrica Gentilezza de Brito (2006, p. 307) dispõem que "o afeto dos pais em relação aos filhos não se confunde com o desafeto dos pais entre si. É direito das crianças o convívio com os pais de forma equilibrada."

Pode-se atrelar aqui o princípio da convivência familiar ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, onde a vontade dos pais se encontra relativizada em detrimento das melhores condições para a criança, ora traduzidos na convivência familiar.

Ante ao exposto, pode-se concluir que o direito à convivência familiar tem suma importância, sendo tal direito garantido constitucionalmente e pautado no melhor desenvolvimento da criança e do adolescente, a fim de que estes tenham uma vida digna e sempre estejam amparados por seus familiares.

3 DO DIREITO DE VISITAS

Sabe-se que crianças e adolescentes demandam do suporte familiar para que possam se desenvolver mental e emocionalmente. Nesta acepção, o direito de visita do pai ou mãe que não convive com o menor é um direito fundamental.

O interessante é que o direito de visita ocorra naturalmente, onde os genitores tenham consciência da importância deste instituto para a formação de seus filhos. Ocorre que, atualmente, inúmeras situações colocam fim aos relacionamentos conjugais, desencadeando, em alguns casos, o afastamento total entre pais e filhos.

Com o fim dos relacionamentos matrimoniais deve-se privilegiar o melhor interesse do menor, vez que, nas palavras de Patrícia de Oliveira Chambers Ramos (2005, p. 79), "(...) a separação dos pais não pode significar para a criança uma restrição ao direito à convivência familiar. O contato com ambos os pais é extremamente benéfico para o seu desenvolvimento".

Em que pese os genitores da criança não convivam mais juntos, a conexão afetiva entre eles se mantém e possui resguardo jurídico nos termos do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que "Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária(...)".

Pode-se definir, então, o direito de visitas como o mecanismo normativo responsável pela manutenção das relações afetivas en-

tre pessoas ligadas por um vínculo de parentesco.

Neste sentido, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1589 (BRASIL, 2013), prevê que “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz.”.

Assim, acerca do direito de visitas, temos que este é um instrumento utilizado pelo direito para impedir que as divergências entre os pais interfira na vida dos filhos, valorizando, desta maneira, o mais favorável para a criança e tutela-los em relação aos familiares que atrapalhem o desempenho deste direito.

O distanciamento de crianças e adolescentes do convívio com determinados familiares, desconsiderando sua vontade de manter tal convívio, deve ser punido. Nesse ponto, quando não há um ajuste entre os pais acerca das visitas, cabe ao Poder Judiciário regulamentar tal direito de acordo com o melhor interesse da criança e seu relacionamento com o parente que encontra-se distante.

O direito de visita trabalhado diz respeito ao fato de que, ante a cessação de um convívio entre pessoas que mantenham vínculos afetivos, há um direito-dever de se conservar o relacionamento entre essas pessoas. Portanto, o direito de visitas tem o objetivo de preservar as ligações de fraternidade, afeto e respeito que possam existir entre familiares.

O direito de visita não diz respeito, apenas, a aquele familiar que deseja realizar visitas à criança ou adolescente, é uma via de mão dupla sendo direto de ambas as pessoas que possuem o interesse de preservarem sua convivência.

Por conseguinte, a assistência da família na infância e juventude do menor influi diretamente no avanço de sua personalidade, sendo, conseqüentemente, de substancial importância o trato entre criança e sua família.

Isto posto, direito de visita vai além da esfera familiar, haja vista que o vínculo de parentalidade não é requisito exclusivo para se estabelecer visitas judiciais, é elementar que haja afeto entre visitante e visitado. Ademais, o convívio entre genitor e seus descendentes é fundamental para se conservar os vínculos familiares interrompidos.

4- DO DIREITO DE VISITAS DOS AVÓS

Ao desenvolver o tema “direito de visitas dos avós”, é imprescindível que se trabalhe com institutos do direito de família, qual sejam, o poder familiar, a guarda, o direito de visitas, a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Sobre o poder familiar, pode-se dizer que este, em uma concepção atual, é entendido não como um poder que os pais possuem em relação aos filhos, e sim como uma espécie de poder-dever dos pais de praticar atos de autoridade que beneficiem e visem o melhor interesse dos filhos (OLIVEIRA, 2008).

Neste sentido, tendo em vista que o poder familiar deve ser exercido observando-se ao melhor interesse da criança, tem-se que os pais estariam agindo em desacordo com o seu poder-dever ao proibirem as visitas dos avós, quando estas trouxerem benefício para a criança.

Ainda no âmbito do poder familiar, tem-se o instituto da guarda, disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como uma obrigação de assistência educacional, material e moral. (BRASIL, 2013)

Há que se dizer que, durante a constância do casamento, ambos os cônjuges são detentores da guarda de sua prole. Entretanto, com a dissolução do vínculo matrimonial a guarda geralmente é fixada a favor de apenas um dos genitores. Nesses casos, pode ocorrer que o genitor detentor da guarda crie empecilhos para que o outro genitor, bem como sua família, não mantenha contato com a criança. Nestas hipóteses a Regulamentação do Direito de Visitas se mostra imprescindível.

Quando a guarda dos filhos é fixada a favor de um dos pais, o outro genitor terá o direito de visitar seus filhos. Tal direito não poderá ser declinado por motivos de ordem material (RIZZARDO, 2009).

Assim, tem-se que o instituto das visitas é um direito inerente aos pais, o qual não pode ser negado e deve ser respeitado pelo genitor que detém a guarda da criança.

O artigo 1589, do Código Civil de 2002, por sua vez, regulamenta apenas o direito de visitas dos genitores, não fazendo menção, contudo, ao direito de visitas a ser exercido por outros parentes, tais quais os avós. (BRASIL, 2013)

Salienta-se que a possibilidade de exercer visitas não advém apenas do poder familiar, bem como não está reduzido as ligações de parentalidade, considerando haver casos de vínculos que ultrapassam os graus de parentesco legais, onde, terceiro almeja manter os laços afetivos criados com a criança.

A este respeito, Maria Helena Diniz (1998, p. 745) dispõe acerca do direito de visitas:

Direito-dever que tem pai ou mãe não só de encontrar e comunicar com os filhos menores nas condições determinadas judicialmente, desde que não se tenha enquadrado numa das hipóteses de perda de pátrio poder e sempre que a guarda daqueles filhos for deferida outro cônjuge em razão de separação judicial, divórcio ou nulidade de casamento, mas também de velar pela sua manutenção e educação. Também têm esse direito os avós, irmãos, padrasto e demais parentes, levando-se em conta a afeição.

No que tange ao direito de visitas entre avós e netos, tem-se que este encontra respaldo jurídico no princípio da dignidade da pessoa humana, por ser o convívio entre avós e netos crucial no que condiz a constituição do caráter da criança e do adolescente (SCURO e OLTRAMARI).

Nesta diretriz, sendo dever da família assegurar direitos fundamentais às crianças e adolescentes, é inadmissível que os pais coíbam o relacionamento entre avós e netos, visto que tal instituto é indispensável para garantir de maneira digna, um desenvolvimento saudável e completo para o menor.

Tal direito deve ser conjugado com o princípio da criança, fundamentando-se na prerrogativa do neto de ser visitado por seus ascendentes, ou por qualquer parente que ele mantenha laços de afetividade de solidariedade, de respeito e de amor. (DIAS, 2010, p. 422)

O parágrafo 4º do artigo 226 da Magna Carta reconhece como família, não só aquela constituída a partir do matrimônio, bem como aquela "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". Esta disposição constitucional amplia o conceito de família, reconhecendo assim, a presença dos avós na entidade familiar. (BRASIL, 2013)

Devido à necessidade de manter contato com seus netos, os avós passaram a ajuizar ações com o intuito de reivindicar o convívio com seus descendentes, ora negado pelo genitor que detinha a guarda da criança.

A grande demanda no judiciário pela busca do reconhecimento do direito de visitas a ser exercido pelos avós desencadeou na criação da Lei 12.398 de 2011, que dispôs que "o direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente". (BRASIL, 2013)

Desta forma, o direito que há muito vinha sendo buscado perante o Poder Judiciário, passou a ser legalmente reconhecido, impedindo que os pais impossibilitem a convivência entre avós e netos.

A Lei n.º 12.398/2011, consolidou novas regras para o exercício do poder família, ampliando os direitos e deveres para um maior parcela dos membros familiares. Tal lei adicionou ainda, o parágrafo único ao artigo 1589 do Código Civil de 2002 ao estipular que "O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente". (BRASIL, 2013)

Tal instrumento normativo modificou, ainda, o disposto no inciso VII do art. 888 do Código Civil de 2002, no intuito de conceder aos avós o direito de visitas em relação aos netos. (BRASIL, 2013)

Ressalta-se que mesmo quando ausente a lei que regulamentasse a convivência entre avós e netos, o direito de visitas não era indeferido pelos Tribunais, sendo tal direito também defendido pela doutrina predominante.

A inovação legal trazida pela lei supramencionada tornou incontroverso a importância do relacionamento entre avós e netos, e a fundamental importância do convívio entre eles para um melhor desenvolvimento da criança.

Neste sentido, sob a égide do princípio da convivência familiar que dispõe ser fundamental o convívio da criança e do adolescente com sua família, é dever do Estado fazer com que este direito seja devidamente cumprido.

Destarte, no que tange ao direito de convivência familiar avoengo, temos que este beneficia não só aos avós, bem como aos netos que também gozam dos benefícios trazidos pelo convívio com seus familiares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

E Ante as considerações expostas, podemos concluir que a convivência entre a criança e o adolescente tem fundamental importância, se mostrando essencial para um melhor progresso emocional e mental da criança e do adolescente, a fim de estes tenham uma vida digna e sempre estejam amparados por seus familiares.

A busca pelo reconhecimento da convivência familiar avoenga em nosso ordenamento jurídico, desencadeou na criação da Lei 12.398 de 2011, que normatizou o então entendimento predominante nos Tribunais e na doutrina majoritária de que os avós possuem o direito ao convívio com seus netos.

Assim, insta salientar que a presença dos avós na criação dos filhos se mostra indispensável, isto porque a família é o órgão responsável por inserir a criança na sociedade, ensinando os princípios e diretrizes para que o menor desenvolva um convívio social e possa crescer tendo uma vida digna com direito a educação, saúde, esporte e lazer.

Conclui-se por fim que a Lei 12.398 de 2011, repercutiu no ambiente familiar dando um instrumento para que os avós possam participar de forma efetiva na vida dos netos, buscando resguardar a integração da criança no ambiente familiar e na própria sociedade, ao passo em que também configura instrumento capaz de evitar que o menor se afaste da família, mesmo quando seus pais decidiram romper o vínculo afetivo que mantiveram. (BRASIL, 2013)

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro 1988. *Vade Mecum Saraiva*. 15 Edição Atualizada e ampliada. Ed. Saraiva, 2013.

_____. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Saraiva*. 15 Edição Atualizada e ampliada. Ed. Saraiva, 2013.

_____. Estatuto da criança e do adolescente, de 13 de julho de 1990. *Vade Mecum Saraiva*. 15 Edição Atualizada e ampliada. Ed. Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 12.398/ 2011, de 28 de março de 2011. *Vade Mecum Saraiva*. 15 Edição Atualizada e ampliada. Ed. Saraiva, 2013.

CAMPOS, Argene; BRITO, Enrica Gentilezza de. *O papel da mediação no direito de família: separação e guarda compartilhada* In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

INTRA, Maria do Rosário Leite. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Editora Manole, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito-dever à convivência familiar*. In: Dias, Maria Berenice (Org.).

Direitos das famílias. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, E. *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. In: DIAS, M. B. e PINHEIRO, J. D. (Ed.). Porto Alegre: Magister, 2008.

RAMOS, Patricia de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

RIZZARDO, A. *Direito de Família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCURO, Andressa Bonato; OLTRAMARI, Vitor Hugo. *O reconhecimento jurídico do direito de visitas entre avós e netos no contexto da convivência familiar*. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6122. Acesso em 28/11/2012.

NOTA DE FIM

1 Estudante do curso de Direito do 9º período no Centro Universitário Newton Paiva. E-mail: milenaandradee@hotmail.com

DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Renata Cardoso Lisboa¹

RESUMO: A Constituição Brasileira de 1988 possui um dos textos mais avançados no que se refere à proteção e a promoção dos direitos humanos. O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) está previsto entre os direitos sociais da Constituição, desde a aprovação da Emenda Constitucional n.º 64, em fevereiro de 2010, sendo introduzido no art. 6º CR/88. A instituição da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN) – Lei n.º 11.346/2006 e regulamentada pelo decreto 7.272/2010 – representa um marco fundamental na luta nacional contra a fome, pois através dela criou-se o Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) que busca promover condições para a formulação da Política e do Plano Nacional nesta área de Segurança Alimentar, desenvolvendo diretrizes, metas, captando recursos e fomentando instrumentos de avaliação e monitoramento, compostos de ações e programas integrados envolvendo diferentes setores de governo e a sociedade, na busca pela alimentação suficiente e de qualidade para todos brasileiros. Portanto, esta pesquisa tem por objetivo geral realizar discussão sobre o Direito Fundamental à Alimentação Adequada, através de busca sistemática sobre a evolução da Segurança Alimentar no Brasil. Como objetivos específicos, pretende-se identificar o conceito de alimentação adequada, realizar histórico sobre as principais leis e decretos que garantem o Direito à Alimentação Adequada e identificar as Políticas Públicas de Segurança Alimentar e Nutricional existentes hoje no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos; Direito Humano à Alimentação Adequada; Segurança Alimentar e Nutricional; Efetivação.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 possui um dos textos mais avançados no que se refere à proteção e a promoção dos direitos humanos. O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) está previsto entre os direitos sociais da Constituição, desde a aprovação da Emenda Constitucional n.º 64, em fevereiro de 2010, sendo introduzido no art. 6º CR/88. Antes disso, o DHAA já estava implícito em outros dispositivos constitucionais tais como o direito à saúde, ao salário mínimo, à assistência social, à educação, à alimentação escolar, à reforma agrária, à não discriminação e o direito à vida, dentre outros. A Constituição Federal de 1988 estabelece também como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

O DHAA, conforme descrito no relatório emitido pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), em 2010, se realiza quando todas as pessoas tem acesso garantido e ininterrupto à alimentação adequada e saudável por meios próprios e sustentáveis. As estratégias para a realização do DHAA são múltiplas e pressupõem a garantia de outros direitos humanos. Cabem aos Estados as obrigações de respeitar, proteger, promover e prover os direitos humanos, pois ele é o detentor do poder e do exercício sobre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, incluindo a guarda e a execução do orçamento público. Assim, a obrigação de garantir a realização do DHAA implica em destinar orçamentos públicos e implementar políticas públicas

universais que incluam progressivamente (e prioritariamente) a população vulnerável à fome e à pobreza.

Da mesma forma ainda é exposto pelo relatório do CONSEA (2010) que o DHAA é violado toda vez que pessoas, grupos ou comunidades vivenciam situações de fome por não terem acesso a alimentos em quantidades e qualidade adequadas, de forma regular, para satisfazer suas necessidades alimentares e nutricionais, como também pessoas mal nutridas de qualquer idade por deficiências de nutrientes (anemias, hipovitaminoses e outras carências específicas). E ainda, consumir alimentos de má qualidade nutricional e sanitária e aqueles produzidos com a utilização de agrotóxicos, são exemplos de violações ao DHAA.

Outro exemplo a ser dado de violação ao DHAA são casos em que ocorrem a expulsão de agricultores e camponeses, povos indígenas e comunidades tradicionais de suas terras, o desemprego, o subemprego e a baixa remuneração, pois são situações que irão diminuir a capacidade das pessoas em garantirem de maneira digna e autônoma sua alimentação.

Vários estudos, como o desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, baseado na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada no período de 2004 a 2009, publicada em 2010, revelou que 17,7 milhões de domicílios, do total de 58,6 milhões pesquisados, encontravam-se em algum grau de Insegurança Alimentar, o que representa 30,2% dos domicílios pesquisados. Isto significa que, de certa forma, as

pessoas que vivem nesses domicílios, que representa o total de 65,6 milhões de pessoas, conforme dados da referente pesquisa, estão tendo o DHAA violado e desprotegido.

A instituição da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN) – Lei n.º 11.346/2006 e regulamentada pelo decreto 7.272/2010 – representa um marco fundamental na luta nacional contra a fome, pois através dela criou-se o Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) que busca promover condições para a formulação da Política e do Plano Nacional nesta área de Segurança Alimentar, desenvolvendo diretrizes, metas, captando recursos e fomentando instrumentos de avaliação e monitoramento, compostos de ações e programas integrados envolvendo diferentes setores de governo e a sociedade, na busca pela alimentação suficiente e de qualidade para todos brasileiros.

Com isso, é possível perceber que o Brasil ainda necessita de avançar na elaboração de Políticas Públicas que garantam a todos os brasileiros uma alimentação adequada, com qualidade e em quantidade suficiente e de modo permanente, pois a instituição da LOSAN pode ser visto como algo recente e estudos apontam que as pessoas que tem o seu DHAA violado não tem conseguido acessar as políticas públicas, das quais são titulares de direitos.

Sendo assim, o estudo deste assunto justifica-se com introdução do direito à alimentação adequada ao texto constitucional brasileiro, através da emenda constitucional n.º 64/2010, que prevê que a alimentação como um direito social a ser garantido pelo Estado. Além disso, o direito à alimentação reforça a capacidade do cidadão exigir que este direito seja garantido pelo Estado ou pelo Judiciário.

Diante deste contexto, esta pesquisa procura discutir o seguinte problema: será que o Estado brasileiro garante, através das Políticas Públicas, o Direito Humano à Alimentação Adequada? Será que o Judiciário está fiscalizando as ações governamentais, no que diz respeito à garantia da Alimentação Adequada? Com a realização desta pesquisa, poderá ser feita uma abordagem sobre a evolução do conceito de Alimentação Adequada, quais são os principais programas desenvolvidos pelo governo brasileiro e se estes programas estão realmente garantidos à plenitude do conceito de Segurança Alimentar.

Portanto, esta pesquisa tem por objetivo geral realizar discussão sobre o Direito Fundamental à Alimentação Adequada, através de busca sistemática sobre a evolução da Segurança Alimentar no Brasil. Como objetivos específicos, pretende-se identificar o conceito de alimentação adequada, realizar histórico sobre as principais leis e decretos que garantem o Direito à Alimentação Adequada e identificar as Políticas Públicas de Segurança Alimentar e Nutricional existentes hoje no Brasil.

2 DIREITOS SOCIAIS

Um dos fundamentos do Estado brasileiro é assegurar aos seus cidadãos a sua dignidade como pessoa humana, devendo-se garantir direitos básicos e elementares, para que o ser humano possa sobreviver dignamente e em condições satisfatórias.

Entre os direitos fundamentais têm-se os direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos. Alexandre de Moraes (2012) conceitua os direitos sociais como direitos fundamentais do ser humano, caracterizando-se como “liberdades positivas”, obrigatórias em um Estado Social de Direito, visando a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, concretizando assim, a igualdade social.

Já Pedro Lenza (2011) conceitua os direitos sociais como “prestações positivas” a serem implementadas pelo Estado, que tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art.1º, IV, CR/88).

A Constituição Federal proclama serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (CF, art. 6º). E, a partir da emenda constitucional n.º 64/2010 introduziu o direito à alimentação como direito social.

Pedro Lenza (2011) ainda afirma que a inclusão do direito à alimentação no rol dos direitos sociais trará para os cidadãos brasileiros melhores condições de vida, pois o Estado torna-se obrigado, a assegurar a todos, não somente o direito a alimentação, mas sim a uma alimentação com qualidade.

Para Daniela Lima de Andrade (2010) é possível destacar que a efetivação do direito à alimentação deve ser visto de forma transdisciplinar, pois se discute sobre a adoção de políticas e estratégias sustentáveis de produção, distribuição, acesso e consumo de alimentos seguros e de qualidade, com promoção da saúde e da alimentação saudável. Desta forma, tratando o assunto de forma transdisciplinar é possível contemplar o aspecto social, biológico, sanitário, jurídico e econômico envolvido no assunto.

O acréscimo da alimentação como direito fundamental constante no art. 6º, junto com outros direitos sociais, representa uma evolução do direito à alimentação como direito humano fundamental e tem se apresentado em contínua progressão no Brasil. Conforme descreve Jacques Diouf (2007) o direito à alimentação está cada vez mais presente nas constituições nacionais, textos legislativos, regulamentos e estratégias. Os programas sociais proporcionam mais meios para a reivindicação do direito à alimentação, tornando mais fácil para os cidadãos exercerem seus direitos. Além desta alteração no art. 6º da CF/88, a palavra “ali-

mentação” também se encontra presente em outros dispositivos da própria Constituição, como:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Art. 208 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Art. 212 A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no Art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Portanto, nota-se a importância da alimentação para garantir a saúde, a dignidade e melhores condições de vida do cidadão brasileiro e ressalta a preocupação do legislador constituinte com o tema. É importante salientar também que o direito à alimentação não estava explícito na Constituição como um direito funda-

mental, mas pode ser interpretado através da presença do termo “alimentação” em alguns artigos, como os descritos acima.

3 DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Mas, o que significa o Direito à Alimentação Adequada? Em relação à conceituação do Direito Humano à Alimentação Adequada, as autoras Juliane Caravieri Martins Gamba e Zélia Maria Cardoso Montal (2009), o descrevem sob duas premissas: a disponibilidade do alimento em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades dietéticas das pessoas, livre de substâncias adversas e aceitáveis para uma dada cultura e, a acessibilidade ao alimento de forma sustentável e que não interfira com a fruição de outros direitos humanos.

Um ponto fundamental para que o direito humano à alimentação adequada seja uma premissa verdadeira é necessário que o ser humano esteja “livre da fome”. E, o que significa a fome? Segundo as autoras, fome é o termo utilizado para expressar a sensação fisiológica manifestada pelo corpo quando este percebe a necessidade de alimentos para manter suas atividades e continuidade à vida. Também pode significar estados de mal nutrição ou privação de comida entre as populações, comumente associados à pobreza, conflitos armados, instabilidade política, catástrofes ambientais ou condições agrícolas adversas.

No Brasil há um entendimento consensual dos conceitos de Direito Humano à Alimentação Adequada e Segurança Alimentar e Nutricional, onde este último é dado por:

[...] realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras da saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam social econômica e ambientalmente sustentáveis. (GAMBA e MONTAL, 2009; p.44).

Portanto, o direito à alimentação saudável e adequada é derivado do próprio direito à vida, sendo um direito humano e fundamental na medida em que é indispensável à pessoa humana e necessário para assegurar a todos uma existência com dignidade, igualdade e liberdade. O direito à vida é o mais fundamental dos direitos humanos, pois é a partir da vida que podemos usar todos os outros direitos fundamentais. Ou seja, do direito à vida é que surgem todos os outros direitos (MENDOZA *et al.*, 2009).

4 O DIREITO A ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO DIREITO INTERNACIONAL

O direito humano à alimentação adequada tem sido debatido amplamente no âmbito internacional, pois é parte dos direitos fundamentais da humanidade podendo ser observado a sua existência em uma série de Tratados, Pactos, Declarações e Acordos Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (Brasil é signatário desde 1992). Até nos dias atuais as organizações internacionais estão empenhadas em garantir que os Estados se comprometam e cumpram efetivamente a garantia do direito humano das pessoas a se alimentarem. Dentro deste contexto é importante destacar quais foram os principais documentos que contribuíram para a garantia deste direito, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o Comentário Geral nº12 e as Diretrizes Voluntárias para o DHAA (NASCIMENTO *et al.*, 2009).

A declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, onde dispõe no artigo XXV:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si 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 fora de seu controle.

O PIDESC teve o início de sua discussão em 1951 e foi adotado pela Assembléia Geral da ONU em 1966, com as seguintes disposições:

Artigo 11 - §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

§2. Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individu-

almente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:

- 1. Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.*
- 2. Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.*

Os Estados signatários do PIDESC têm obrigação de adotar medidas para a realização progressiva dos direitos contidos no Pacto e informarem periodicamente, às Nações Unidas, o progresso obtido na realização progressiva dos direitos previstos no Pacto. O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992, sendo incorporado à legislação nacional pelo Decreto nº591 de 6 de julho de 1992.

Em relação ao Comentário Geral nº12 sobre o Direito Humano à Alimentação Adequada foi elaborado em 1999 pela ONU, fazendo uma interpretação do artigo 11 do PIDESC. O Comentário define o Direito Humano à Alimentação Adequada que se realiza "[...] quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção". Assim, os Estados têm o dever de programar ações necessárias para reduzir e suavizar os efeitos da fome e a sociedade deve exigir a possibilidade da existência prática desses direitos.

Já, as Diretrizes Voluntárias para o DHAA, desenvolvida em 2004 pelo Conselho Executivo da FAO, onde o Brasil teve uma participação ativa, demonstrou que a realização dos direitos humanos é fundamental para a efetividade de programas e políticas de diversas áreas como economia, comércio, educação, alimentação e nutrição. As diretrizes destinam-se a todos os Estados, partes ou não do PIDESC.

Além desses foros mencionados, também é importante salientar a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 ou o Pacto de São José da Costa Rica que foi ratificado pelo Brasil em 1992, onde o Brasil reconhece como obrigatória de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A Conferência Mundial de 1974, que teve participação do Brasil e teve como resultado o compromisso de erradicar a fome no espaço de dez anos, mas que não se concretizou. E muitos outros foros como Conferência Internacional sobre Nutrição (1992), Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993), Cúpula Mundial da Alimentação (1996), Cúpula do Milênio (2000) e Cúpula Mundial sobre Segurança Alimentar e Nutricional (2009) (NASCIMENTO, *et al.*, 2009).

5 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL NO BRASIL

O conceito de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) vem evoluindo ao longo dos anos e se modifica na medida em que a sociedade modifica suas relações de poder e a organização social (ALMEIDA, 2010).

Na década de 80 questionava-se que a fome e a desnutrição eram decorrentes mais do problema de acesso do que da produção de alimentos, portanto o enfoque das ações de combate à fome era voltado para redução da pobreza. Já no final da década de 80 e início dos anos 90, este conceito evoluiu incorporando novos aspectos como cita a autora supracitada:

[...] o conceito de segurança alimentar passou a incorporar a noção de acesso a alimentos seguros não contaminados biológica ou quimicamente, de qualidade nutricional, biológica, sanitária e tecnológica, produzidos de forma sustentável, equilibrada e culturalmente aceitável e, também, incorporando a ideia de acesso à informação (ALMEIDA, 2010 p. 62).

Esta nova percepção a cerca do assunto foi consolidada na Conferência Internacional de Nutrição, realizada em Roma, em 1992.

No Brasil, a discussão sobre SAN iniciou-se em 1985, pelo Ministério da Agricultura, através da elaboração da proposta de uma Política Nacional de Segurança Alimentar, que previa a formação de um Conselho Nacional de Segurança Alimentar e seria dirigido pelo Presidente da República e composto por ministros de Estado e representantes da sociedade civil (TONIN; COLLUCI, 2008).

Em 1986, ocorreu a I Conferência Nacional de Alimentação e Nutrição no Brasil que significou um marco na evolução do conceito de Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil, adotando a mesma conotação de âmbito internacional já descrita acima.

Outro marco foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que cita em alguns de seus artigos o direito à alimentação, como o art. 7º, IV – a composição do salário mínimo; art. 23, VIII – a competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para fomentar a produção agropecuária e organizar o

abastecimento alimentar e art. 200, VI – a competência e atribuição ao SUS para fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano.

Em 1993, foi criado o Conselho Nacional de Segurança Alimentar (CONSEA), sendo um órgão de aconselhamento da Presidência da República e que buscava soluções para o problema da fome e da miséria no país. O CONSEA realizou a I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994, na qual lançou a proposta da Política Nacional de Segurança Alimentar, com as seguintes propostas: ampliar as condições de acesso à alimentação e reduzir seu peso no orçamento familiar; assegurar a saúde, nutrição e alimentação a grupos populacionais determinados e melhorar tecnologias dos alimentos e seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis (MACEDO *et al.* 2009). O CONSEA foi extinto em 1995 prejudicando sua consolidação e o aprofundamento da proposta política.

Ainda de acordo com os autores citados acima, em 1999 foi aprovada a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN) pelo Conselho Nacional de Saúde enfatizando a produção e o acesso a uma alimentação de qualidade; necessidade de programas de alimentação e nutrição para grupos populacionais nutricionalmente vulneráveis; controle de qualidade dos alimentos; promoção de hábitos alimentares e estilos de vida saudável; promoção do DHAA como fundamento de suas ações e a necessidade de criação de uma política abrangente de Segurança Alimentar e Nutricional.

Em 2004, foi realizado a II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional propondo diretrizes para o Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e avaliação de ações e experiências. Bem como, nesta mesma época o então Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva reinstalou o CONSEA e ampliou o debate sobre essa temática de Segurança Alimentar e Nutricional, com a criação em 2006 da Lei Orgânica para a Segurança Alimentar e Nutricional – LOSAN (Lei 11.346/09).

Em 2007, aconteceu a III Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, quando criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) com o objetivo de conseguir alcançar a almejada segurança alimentar e nutricional.

Em 2009, foi lançado o projeto FOME ZERO pelo governo federal assegurando o direito humano à alimentação adequada, sendo articulado por quatro eixos – acesso aos alimentos, fortalecimento da agricultura familiar, geração de renda e articulação, mobilização e controle social.

E, em 2012, a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN) passou por uma atualização e aprimoramento de suas bases e diretrizes, consolidando-se como uma referência para os novos desafios a serem enfrentados no campo da Alimentação e Nu-

trição no Sistema Único de Saúde. O objetivo desta reformulação foi melhorar as condições de alimentação, nutrição e saúde, em busca da garantia da Segurança Alimentar e Nutricional da população brasileira. Como também suas diretrizes estão organizadas de forma que abrangem o escopo da atenção nutricional no Sistema Único de Saúde com foco na vigilância, promoção, prevenção e cuidado integral de agravos relacionados à alimentação e nutrição; atividades, essas, integradas às demais ações de saúde nas redes de atenção, tendo a atenção básica como ordenadora das ações (BRASIL, 2012).

6 EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO BRASIL

Como descrito anteriormente, a obrigação do Estado Brasileiro de proteger e promover o DHAA está prevista em vários foros internacionais, que foram ratificados pelo Brasil, ou seja, Declarações e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como também, os descritos na Constituição da República de 1988 e em várias leis infra-constitucionais vigentes no país, já citadas anteriormente.

Ao firmar um tratado de direito internacional de direitos humanos, como o PIDESC, este deverá elaborar leis, políticas públicas e realizar ações que promovam a equidade e reduzam as desigualdades nacionais e internacionais. Também deve evitar elaborar medidas que possam reduzir ou violar a existências desses direitos humanos, bem como seus mecanismos de proteção (NASCIMENTO *et al.*, 2009).

Os artigos dispostos na Constituição da República de 1988 que se relacionam com direitos e garantias fundamentais, como no caso do direito à alimentação, possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º). Mas, em alguns momentos a Constituição

(...) faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas em especialmente as que mencionam lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais. (apud NUNES, 2008, p.34, apud FERREIRA, 2010, p.47)

A autora Ferreira (2010) ainda descreve que as garantias fundamentais possibilitam aos indivíduos de exigirem dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Neste sentido, a inclusão da alimentação como um direito fundamental constitucional está desta forma garantida, diante de qualquer governo presente e futuro, devendo esse zelar pelo seu cumprimento.

E, em relação às leis infraconstitucionais vigentes no país destaca-se a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional – LOSAN, Lei 11.346/06, que define em seu artigo 2º, parágrafo 2º a obrigação do poder público de garantir os mecanismos para a exigibilidade deste direito fundamental:

§ 2º É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

Caso ocorra uma violação ao DHAA o cidadão brasileiro pode exigir o exercício desse direito tanto em nível nacional como internacional. Em nível nacional a exigência desse direito pode ser junto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e por meio de instrumentos de exigibilidade (administrativa, política, quase-judicial e judicial) (BURITY *et al.*, 2010).

Os autores citados acima descrevem que a exigibilidade administrativa é a possibilidade de exigir junto aos organismos públicos diretamente responsáveis pela garantia do direito à alimentação (postos de saúde, escolas, postos de previdência social, entre outros) a promoção desse direito, bem como a prevenção, correção ou reparação das ameaças ou violações.

Para que esta exigibilidade ocorra é necessário que seja postulados rotinas e procedimentos que se tornem públicos, explicando quem são os titulares de direito, o que são violações no âmbito do programa e quando podem ocorrer, quais são os organismos responsáveis pelo cumprimento das obrigações e reparação das violações, quais são os mecanismos disponíveis para a cobrança de direitos e quem pode exigir-los e como estas obrigações podem ser cobradas. Este feito já foi realizado com o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), o Programa Bolsa Família (PBF) e a Estratégia de Saúde da Família (ESF).

A exigibilidade política é caracterizada quando existe a capacidade de exigir que os agentes políticos façam escolhas mais eficazes e diligentes, contemplando a participação social e outros princípios, para a garantia dos Direitos Humanos. Junto ao Poder Legislativo e aos seus membros é possível exigir que sejam elaboradas as leis necessárias para a realização dos Direitos Humanos e que deixem de criar leis que possam criar obstáculos (BURITY *et al.*, 2010)

E, também é importante ressaltar que junto ao Poder Executivo, O DHA e demais Direitos Humanos podem ser exigidos administrativamente (junto aos organismos públicos diretamente responsáveis pela garantia do direito à alimentação) ou politicamente (junto aos organismos de gestão de programas e políticas públicas).

Ainda, continuam descrevendo, que a exigibilidade quase-judicial ocorre quando há a possibilidade de exigir a realização de direitos aos órgãos que não são parte do Poder Judiciário, mas que podem valer do Poder Judiciário para a garantia dos seus direitos, por exemplo, o Ministério Público, que antes de exigir direitos ao Poder Judiciário, pode usar instrumentos quase-judiciais para averiguar violações de direitos, como o inquérito civil e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

O inquérito civil consiste em um procedimento de investigação de denúncias sobre violações de direitos. Esses inquéritos podem levar à emissão de recomendações ao poder público ou à elaboração de TACs – Termo de Ajustamento de Conduta, quando necessário. O inquérito civil é um procedimento administrativo e, por essa razão, extrajudicial e pré-processual, que reúne informações, provas ou outros elementos que possam fundamentar a atuação do Ministério Público, para, por exemplo, promover ações perante o Poder Judiciário. O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC é um documento firmado pelas autoridades competentes, no qual se comprometam em ajustar sua conduta aos preceitos legais, dentro de um período estipulado (BURITY et al., 2010 p. 20).

Outras entidades que utilizam esse tipo de mecanismo são as Instituições especializadas na proteção das minorias étnicas, indígenas, crianças e mulheres.

E, por último, a exigibilidade judicial, que é a possibilidade de exigir a realização de direitos perante o Poder Judiciário, mediante a ação civil pública (BURITY et al., 2010).

No âmbito internacional a exigibilidade dos direitos humanos ocorre quando não haja reparação em nível nacional ou esta reparação é demorada ou, ainda, haja risco de vida para as vítimas de violação. Esta reparação pode ocorrer através dos sistemas de denúncias individuais ou através do sistema de apresentação de relatórios e investigações (NASCIMENTO et al., 2009)

Mas, para que a sociedade tenha esses direitos garantidos e tenha condições de exigir a garantia desses direitos é fundamental que todos saibam que têm direitos, os portadores de obrigações precisam conhecer e fazer cumprir suas obrigações

e é necessário estabelecer rotinas e instrumentos públicos de exigibilidade, que seja de conhecimento de todos, de fácil acesso e o mais próximo possível das comunidades.

De acordo com os manuscritos de Burity et al. (2010), no Brasil, o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) depende das instâncias públicas de defesa e exigibilidade dos direitos humanos, dos Conselhos de Políticas Públicas e de direitos humanos e das iniciativas da sociedade civil.

As instâncias públicas de defesa e exigibilidade são compostas pelo Ministério Público, a Defensoria Pública, os Tribunais de Justiça, o Senado Federal (Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa) e a Câmara dos Deputados (Comissão de Direitos Humanos e Minorias).

Os Conselhos de Políticas Públicas são importantes, pois contam com a participação de representantes da sociedade civil, em alguns casos de forma paritária, propondo a criação de algum programa ou política pública ou quando recomendam que políticas e programas sofram modificações com o objetivo de incorporar perspectivas dos Direitos Humanos em sua operacionalização. Como exemplos pode-se citar o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), Conselho de Alimentação Escolar (CAE), Conselho Nacional de Saúde (CNS), Conselho Nacional de Assistência Social (CONAS), entre outros.

E, por fim, as iniciativas da sociedade civil que pressionam os Estados exigindo a realização prática dos Direitos Humanos, podendo citar como exemplos as organizações não-governamentais (ONGs), entidades populares e sindicais e movimentos sociais.

7 DESAFIOS PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Conforme afirma Almeida (2010) os desafios para garantir a efetividade do DHA apontam problemas enfrentados pela sociedade e pelos órgãos públicos, mas também pode trazer uma maior interação entre órgãos e instituições na concretização de objetivos comuns.

A autora Almeida (2010) ainda descreve que:

[...] só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado - que é ainda a característica predominante da atual fase - para a garantia contra o Estado. Deve-se recordar que a luta pela afirmação dos direitos do homem no interior de cada Estado foi acompanhada pela instauração dos regimes representativos,

ou seja, pela dissolução dos Estados de poder concentrado. Embora toda analogia histórica deva ser feita com muita cautela, é provável que a luta pela afirmação dos direitos do homem também contra o Estado pressuponha uma mudança que, de fato, já está em andamento, ainda que lento, sobre a concepção do poder externo do Estado em relação aos outros Estados, bem como um aumento do caráter representativo dos organismos internacionais (apud BOBBIO, 1992 p.57).

Os principais desafios para a promoção dos DHAA são a desinformação sobre direitos e a forma de exigí-los, a descrença nas instituições e instrumentos de proteção de direitos humanos, falta de aproximação com a linguagem e prática de direitos humanos por parte de entidades da sociedade civil, falta de informação sobre as obrigações das instituições e de seus agentes que devem por em prática os Direitos Humanos, falta de garantia de acesso aos serviços e às instituições públicas, falta de planejamento, coerência e articulação entre as políticas de Direitos Humanos e Segurança Alimentar e Nutricional e a falta de instrumentos eficazes de exigibilidade de Direitos Humanos (NASCIMENTO *et al.*, 2009).

Para a realização efetiva do DHAA e construção de competências para a promoção do DHAA, alguns passos são fundamentais a serem seguidos, como: o Estado deve assumir compromissos para a realização dos Direitos Humanos, deve estabelecer e divulgar termos de referência com definição clara das atribuições e obrigações para a realização dos Direitos Humanos devem ser divulgadas informações para os titulares sobre seus direitos e para os agentes públicos sobre suas obrigações em relação aos Direitos Humanos, devem ser criadas condições para que os agentes públicos cumpram suas obrigações e deve haver mecanismos para que os agentes públicos sejam responsabilizados por violações do DHAA.

Para a promoção do DHAA é fundamental aumentar a capacidade dos titulares de direitos de exigir, fortalecer os instrumentos e instituições de exigibilidade e promover a construção de competência continuada da máquina estatal e dos servidores públicos (BURITY *et al.*, 2010).

O Brasil vem realizando vários esforços para garantir o DHAA, através das Políticas Públicas de Segurança Alimentar e Nutricional e as dimensões do DHAA, dispostos da seguinte forma: dimensão I e II: Produção e Disponibilidade de Alimentos – Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA), Garantia de Preços Mínimos/Formação de Estoques, Programa Brasileiro de Modernização do Mercado Hortigranjeiro (PRO-

HORT), Reforma Agrária, Programa da Agrobiodiversidade, Pesca e Agricultura; dimensão III: Renda/Acesso e Gasto com Alimentos – Bolsa Família, Benefício de Prestação Continuada, Previdência Social, Política de reajuste do salário mínimo; dimensão IV: Acesso à Alimentação Adequada – Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), Programa Acesso à Alimentação, Distribuição de Alimentos à Grupos Específicos, Restaurantes Populares, Cozinhas Comunitárias, Banco de Alimentos, Cisternas, Acesso a água para produção de alimentos para o autoconsumo, Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT); dimensão V: Saúde e Acesso a Serviços de Saúde – Suplementação de ferro e vitamina A, Promoção de Hábitos de Vida e de Alimentação Saudável para Prevenção da Obesidade e das Doenças Crônicas não Transmissíveis, Saúde da Família, Agentes Comunitários de Saúde, Cobertura Vacinal no Primeiro Ano de Vida e Saneamento; dimensão VI: Educação – Combate ao Analfabetismo e política de Educação Básica; dimensão VII: Populações Tradicionais – Comunidades Tradicionais, Regularização das Terras Quilombolas, Carteira Indígena e Regularização Fundiária de Terras Indígenas (CONSEA, 2010).

Portanto, percebe-se que esforços estão realizados para garantir o DHAA, mas ainda existe uma grande insegurança alimentar no país e para que o Estado assuma de fato suas obrigações uma série de mudanças deve ocorrer, como uma revolução cultural dentro da sociedade e do Estado para que a perspectiva dos Direitos Humanos seja efetivamente considerada e para que mudanças efetivas e profundas possam vir a acontecer.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo pode-se concluir que o DHAA é um tema relevante, pois ainda existem muitas pessoas e comunidades que vivem em situações de insegurança alimentar, prejudicando o desenvolvimento de suas potencialidades e ainda há muito que fazer para melhorar esta situação.

Particularmente, aqui no Brasil, onde existe uma grande desigualdade social as estratégias para a promoção da alimentação saudável devem ser desenvolvidas sob duas vertentes, uma direcionada para o combate à desnutrição e doenças infecciosas e outra de prevenção ao sobrepeso, obesidade e demais doenças crônicas não transmissíveis, resultantes de hábitos alimentares inadequados.

A evolução do conceito de Segurança Alimentar e Nutricional também adotado pelo Brasil, permitiram que avanços fossem conquistados para garantir o DHAA, preocupando-se não apenas com a produção de alimentos, mas também com a ampliação do acesso aos alimentos e que este acesso ocorra de forma segura, a alimentos de qualidade e quantidade suficientes, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais.

O Estado em conjunto com a sociedade civil deve respeitar, proteger, promover e prover o Direito Humano à Alimentação Adequada. O Brasil está em direção à eliminação dos problemas relacionados à alimentação inadequada, quando incorpora à sua Política Nacional de Alimentação e Nutrição, a ênfase em modos de vida saudáveis e desenvolvimento humano sustentável, para promover a dignidade humana e a redução das discriminações e das desigualdades.

A inclusão do direito à alimentação na Constituição Federal como direito fundamental, no art. 6º, através da Emenda Constitucional n.º 64/2010 foi de extrema relevância para garantir o DHAA, pois enfatiza que as intenções de que as políticas públicas de alimentação adequada não sejam apenas programa de governo, mas sim obrigação do Estado.

Mas, além de ter esta garantia prevista na Constituição Federal, a sociedade civil deve lutar também pela realização efetiva dos direitos humanos, através da exigibilidade por dignidade, por distribuição de recursos e pela superação de valores que oprimem povos e indivíduos. É necessário que a prática de exigir e respeitar os direitos humanos se torne um hábito na sociedade brasileira. Sendo que a promoção dos direitos ocorrerá através de uma mudança efetiva de cultura e através da pressão política exercida pelos movimentos sociais organizados e pelas instituições da sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Lima de. *Alimentação adequada como direito fundamental: desafios para garantir a efetivação*. Revista Internacional de Direito e Cidadania. n.º 8, p. 55-70, out/2010.

BRASIL. *A SEGURANÇA Alimentar e Nutricional e o Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil: indicadores e monitoramento da Constituição de 1988 aos dias atuais*. Brasília: Consea. 2010. 284 p.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Diário Oficial da União [da República Federativa do Brasil], Brasília.

BRASIL. *Lei 11.346*, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15 set. 2006.

BRASIL. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

_____. *Comentário Geral n.º 12. Direito Humano à Alimentação Adequada*, 1999. Disponível em: <http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>. Acesso em: 02 out. 2012.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948*. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 05 set. 2012.

_____. *Decreto n.º 7.272*, de 25 de agosto de 2010. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - PNSAN, estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 25 ago. 2010.

_____. *Emenda Constitucional n.º 64*, de 04 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 04 fev. 2010.

_____. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

BURITY et al. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional*. Brasília, DF: ABRANDH, 2010. 204p.

DIOUF, Jacques. *O direito à alimentação*. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/sala-de-imprensa/artigos/artigo-201co-direito-a-alimentacao-201d>. Acesso em: 2 jun. 2013.

FERREIRA, Mônica Gomes. *Direito Humano à Alimentação Adequada*. 2010. 53 f. Monografia (especialização). Curso de Política e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACEDO et al. *A Construção da Política de Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil*. Revista Simbio-Logias. Botucatu, vol. 2, n.º1, mai, 2009.

MENDOZA et al. *Direito à Vida, Direito à Saúde e Direito à Alimentação Adequada*. Direitos Humanos na internet: DHnet. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/mediar_conflitos/curso_m_conflitos_modulo_03.pdf. Acesso em: 2 jun. 2013.

MONTAL, Zélia Maria Cardoso; GAMBA, Juliane Caravieri Martins. *O Direito Humano à Alimentação Adequada: revisitando o pensamento de Josué de Castro*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 12, n.º 95, out/jan, 2009/2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD/IBGE) 2010*. Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 04 Nov. 2012.

NASCIMENTO *et al.* *Avanços e Desafios da Implementação do Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil*. Relatório Técnico. Brasília, Rio de Janeiro: ABRANDH; CERESAN; FAO-RLC/ALCSH, 2009.

TONIN, M. M.; COLUCCI, M. G. *Direito Humano à Alimentação Adequada e a Segurança Alimentar e Nutricional da Criança e do Adolescente*. 2008.

NOTA DE FIM

1 Acadêmica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA: INEFICÁCIA DIANTE DA IMPENHORABILIDADE DE VERBAS SALARIAIS

Gabrielle Ramos da Silva Ribeiro¹

RESUMO: São poucos os juristas que defendem a possibilidade de penhora de verbas de natureza salarial do devedor na execução trabalhista. Este estudo pretende contribuir para a reflexão sobre o tema para além do entendimento majoritário, e dar alento aos que acreditam na efetividade da Justiça do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: execução trabalhista, salários, devedor trabalhista, credor trabalhista, penhora, impenhorabilidade absoluta.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Processual Civil

1 INTRODUÇÃO

Se existe uma qualidade da qual a Justiça do Trabalho no Brasil pode se esmerar é a rapidez da tramitação dos processos, graças à simplificação e instrumentalização da sistemática de marcação de audiências, de notificações e à consagração do princípio da oralidade.

A bem da verdade, os processualistas civis sempre se utilizaram do processo do trabalho em suas empreitadas, extraindo dele tudo aquilo que pudesse aprimorar o sistema processual comum (MEIRELES e BORGES, 2006).

Com isso, a justiça trabalhista poderia ser eficaz, como convém à justiça destinada especialmente a tutelar as relações decorrentes do trabalho, fundamento de toda a ordem econômica, financeira e social desta República (artigos. 1º, III; 170 e 193 da Constituição Federal).

Como bem disse o compositor popular conhecido como Gonzaguinha (1983), "um homem se humilha se castram seu sonho, seu sonho é sua vida e vida é trabalho, e sem o seu trabalho o homem não tem honra, e sem a sua honra se morre, se mata. Não dá prá ser feliz."

O trabalho é mesmo o único meio lícito de inserção do indivíduo no sistema capitalista de produção e instrumento de (re)socialização na busca de uma vida digna e proba (MACHADO, 2011). Eis, pois, a razão da insistência na realização pela Justiça do Trabalho dos anseios da sociedade.

Todavia, a realidade é que, sem embargo da eficiência, ainda não se pode falar em eficácia da Justiça Especializada.

É que, a despeito da agilidade da fase de conhecimento, há um consenso entre os operadores de direito que atuam na Justiça do Trabalho, sobre a morosidade da fase de execução (GUNTHER, 2008), que é a fase em que se entrega efetivamente ao titular o que é seu de direito.

Essa fase tem sido deveras o grande entrave do acesso real e efetivo do trabalhador à Justiça do Trabalho (SCHIAVI, 2010).

Por força do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, considera-se aplicável à execução trabalhista o art. 649 do Código de Processo Civil, o qual abarca todos os bens que não se sujeitam à execução, incluindo-se, no inciso IV da norma, todos os créditos de natureza salarial.

Assim, pacificou-se na jurisprudência trabalhista o entendimento da impossibilidade absoluta da penhora de créditos salariais, fazendo com que, mesmo a CLT prevendo um procedimento simplificado para a execução, a cada dia o ideal originário desse procedimento venha perdendo terreno para a inadimplência, contribuindo para a falta de credibilidade da jurisdição trabalhista (SCHIAVI, 2010).

No entanto, em honra ao debate e à boa hermenêutica e argumentação jurídica, componentes natos e indispensáveis a esta ciência, malgrado o regramento legal e o entendimento jurisprudencial predominante, cresce, ainda que timidamente, uma comunidade doutrinária em defesa não apenas da eficiência, mas da eficácia da execução laboral e, sobretudo, da mudança de mentalidade do devedor trabalhista.

2 BENS ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEIS

A execução trabalhista está disciplinada nos artigos 876 ao 892 da CLT, cujo art. 769 esclarece que "nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas desse título".

Nesse sentido, o art. 882 é expresso em determinar a observação da ordem preferencial de penhora prevista no art. 655 do Código de Processo Civil, calando-se em relação à circunscrição dos bens executáveis.

Diante dessa lacuna celetista, convencionou-se pela aplicação, ao processo do trabalho, do art. 648 do CPC, que prescreve a não submissão dos bens impenhoráveis e inalienáveis à execução.

Por conseguinte, os bens considerados absolutamente impenhoráveis estão perfilados no art. 649 do CPC, cuja nova redação foi dada pela Lei n. 11.382/2006, sendo eles:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarneçam a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

O indigitado artigo traz duas importantes ressalvas, ambas incluídas pela Lei n. 11.382/2006. A primeira, contida no § 1º, diz inoponível a impenhorabilidade à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem, e a segunda, prevista no § 2º, diz inaplicável a impenhorabilidade no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.

Uma terceira ressalva estava prevista na redação original da referida Lei, que acrescentava também o § 3º ao art. 649 do CPC, mas este que foi objeto de veto presidencial, conforme analisado a seguir.

3 O § 3º DO ART. 649 DO CPC

A lei n. 11.382, de dezembro de 2006 alterou vários dispositivos do Código de Processo Civil, introduzindo no código de 1973 uma nova sistemática em relação aos processos de execução, visando privilegiar o credor e imprimir maior celeridade e efetividade a esta fase do processo, em especial.

O projeto original da referida lei (Projeto de Lei da Câmara n. 51, de 2006; nº 4.497, de 2004, na Casa de origem) acrescentava o § 3º ao art. 649 do CPC, que assim dispunha:

Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.

Todavia, por meio da Mensagem n. 1.047 de 6 de dezembro de 2006, o Presidente da República vetou o dispositivo, sustentando-se nas seguintes razões:

O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado. A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigen-

te no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

Nos próprios fundamentos do veto é reconhecida a razoabilidade da proposta legislativa original, o que pode se considerar um pequeno avanço. Ao reverso, impor a impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar do devedor com fundamento em "dogma" e "tradição" é um verdadeiro retrocesso. Portanto, esse argumento parece frágil.

De fato, quando um trabalhador aciona a Justiça para pleitear os salários não recebidos, e, na fase da execução, diante da inexistência de outros bens executáveis, a única alternativa de satisfação da dívida são os créditos de natureza salarial do executado, o quadro que se pinta é um choque de prioridades entre duas verbas de natureza alimentar.

Decerto, cabe ao Estado, soberano, regular esse conflito e definir qual interesse deve prevalecer, porém, de maneira equilibrada.

Quando o veto presidencial afastou até mesmo a mais razoável ferramenta de equilíbrio desse conflito, ficou claro que, no Brasil, a posição mais confortável é dedicada ao devedor.

Precisas, nesse sentido, as palavras de Giordani (2007, p. 156):

Apesar da indiscutível relevância de se tornar concreta/completa a satisfação do direito reconhecido ao credor, a situação mais confortável fica com o devedor, nomeadamente com aquele que não pretende cumprir com suas obrigações, mormente nos dias que correm, nos quais parece que estar in é não pagar o que se deve, atitude que, para alguns e infelizmente, até parece motivo de orgulho e satisfação, diploma de "esperteza" (em certas situações, com pós-graduação), enquanto que pagar o que é devido, pode encaixar homens probos, na visão dos que se enquadram na visão dos que acabei de traçar, de "out". E, de se frisar, não se cuida de quadro pintado com cores demasiado fortes para a cena que se retrata, tanto que prestigiados processualistas estão denunciando essa realidade; assim, Roger Perrot, mencionado pelo festejado Leonardo Greco, assim expressou: "há um novo ambiente sociológico. Ser devedor não é

mais uma vergonha e não pagar os débitos não é mais um sinal de desonra. A exacerbação do respeito à liberdade individual e à vida privada tornaram vantajosa a posição de devedor".

Não se pode olvidar que em países como Alemanha, França, Estados Unidos, Espanha e Portugal, onde a impenhorabilidade dos salários é limitada ou parcial, o devedor não desfruta dessa proteção excessiva (GRECO, apud GIORDANI).

Mesmo assim, a realidade do Brasil ainda é o protecionismo do devedor, seja por benevolência, compaixão, ou porque interessa à ordem pública que certos bens continuem a integrar o universo patrimonial do devedor, isentando-os de qualquer possibilidade de serem executados pela vontade de quem quer que seja (MEIRELES e BORGES, apud NOGUEIRA).

4 APLICAÇÃO DO INCISO IV NA EXECUÇÃO TRABALHISTA: O PARADOXO

A regra geral no processo civil sobre a impossibilidade absoluta da penhora dos créditos de natureza salarial dispostos no art. 649, V do CPC, faz algum sentido no processo civil, repita-se: algum sentido.

Sim, pois para quem não se habituou à realidade atual em que o crédito dispensado irrefletidamente ao consumidor e a inflação constante fizeram com que muitos compreendessem que a posição de devedor é mais confortável, retardando, quanto possível, a execução de suas dívidas (PASSOS apud GIORDANI), nenhuma previsão legal que fomente a manutenção dessa mentalidade há de fazer sentido total.

No caso, o sentido da intangibilidade salarial no processo civil se faz ver quando se é levado em conta que o salário, por ser fonte de subsistência do trabalhador e possuir caráter alimentar, merece dispor de mecanismos de proteção que visem resguardar a dignidade do labutador.

Todavia, a finalidade social do Processo do Trabalho, com sua principiologia e métodos especiais, se justifica exatamente pela natureza alimentar e preferencial dos créditos trabalhistas, constitucionalmente estabelecida (art. 100, § 1º da CF).

Afortunadas, nesse sentido, as palavras de Marcel Lopes Machado (2011, p. 85-86):

Quem pleiteia crédito alimentar já se presume em situação de necessidade. Não demanda para aumentar patrimônio ou para obter vantagem financeira. Não pretende dinheiro e riquezas. Luta por um crédito eminentemente social, cujas parcelas – salários, proventos, pensões, indeniza-

ções por morte ou invalidez – dizem respeito à sobrevivência com dignidade mínima.

O quadro que se forma na seara da Justiça do Trabalho, portanto, é este: o credor deseja satisfazer o seu crédito trabalhista de caráter alimentar, e o devedor deseja proteger as suas verbas salariais também de caráter alimentar.

Ora, se o credor trabalhista acionou o judiciário, chegando à fase de execução forçada, é porque, em algum momento, se viu privado do recebimento das suas verbas salariais, que por sua vez lhe foram sonegadas pelo devedor, sendo que esse último, depois de não disponibilizar nenhum outro meio de satisfação da dívida, quer ver absolutamente intocados os seus próprios salários.

Eis aqui um verdadeiro paradoxo.

Sobre esse choque entre dois interesses de mesmo gênero, Jorge Neto e Francisco Ferreira (2008, p. 135):

A restrição legal de impenhorabilidade não pode ser vista de forma absoluta dentro do sistema jurídico. Não se pode admitir a prevalência de um bem jurídico protegido pelo sistema normativo sobre outro bem jurídico também protegido pelo sistema.

No mesmo sentido, pondera Schiavi (2010, p. 231):

Considerando-se o caráter alimentar do crédito trabalhista, diante da possibilidade da penhora de parte do salário para satisfazer o crédito trabalhista e o direito do executado de não ter penhorado o salário, deve o Juiz do Trabalho dirimir a questão à luz do princípio da proporcionalidade.

Decerto, a questão é tormentosa quando se parte da premissa do primado do trabalho e das parcelas dirigidas a remunerá-lo, porque na Justiça do Trabalho nos dois pratos da balança está sendo pesado um mesmo bem fundamental à dignidade da pessoa humana, de modo que um ou outro terá que ser, inevitavelmente, sacrificado.

Nesse caso, o Estado optou por sacrificar o credor trabalhista, deixando o devedor na zona de conforto da impenhorabilidade absoluta.

É bem verdade que a dignidade do devedor também há de ser preservada, até porque, permitir uma flexibilização ilimitada em relação a um acarretaria, por conseguinte, a flexibilização do direito do outro.

E, principalmente, porque a dignidade da pessoa humana não

pode ser aviltada em razão do débito.

Mas nem por isso o devedor pode ignorar ou jogar sobre os ombros de outrem as consequências das atitudes que o levaram a essa condição, porquanto honrar com as consequências de seus atos é dever de todos (GIORDANI, 2007).

O último quarteto escrito por Ludwig Van Beethoven tem como tema central a expressão em alemão "Muss es sein? Es mus sein!". Narrando a origem do tema em A Insustentável Leveza do Ser, o festejado escritor tchecoslovaco Milan Kundera (1986) conta que um certo senhor Dembscher devia cinquenta florins ao compositor que, sempre falido, foi pedir-lhos. "Es muss sein?" (tem de ser?), suspirou o pobre Dembscher, ao que Beethoven respondeu em tom irônico: "Es muss sein!" (tem de ser!).

Não se pode olvidar, portanto, que quem contrai uma dívida, inexoravelmente, contrai um dever de pagar.

E em se tratando de uma situação em que há em um dos pólos um trabalhador credor, que "vende" sua força de trabalho, não podendo ser tratado como qualquer mercadoria sujeita à concorrência (MACHADO, 2011), e no outro pólo um devedor que, a despeito de sonegar ao empregado suas verbas salariais, goza, serenamente dos seus próprios salários, o pagamento da dívida trabalhista, mesmo que em doses homeopáticas – considerando-se uma limitação percentual da penhora – culmina em verdadeiro *es mus sein*.

5 CENÁRIO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO ATUAL

No final de 2008, a Subseção II Especializada em Dissídios Individuais (SDI-II) do Tribunal Superior do Trabalho (TST) pacificou o entendimento da Corte com a edição da Orientação Jurisprudencial n. 153, verbis:

MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. art. 649, IV, do CPC. ILEGALIDADE. Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.

Em virtude dessa uniformização jurisprudencial, as decisões contrárias que chegam ao crivo mais elevado da Justiça Laboral são, fatalmente, reformadas.

E em que pese a inclinação jurídica ser componente do Direito, por outro lado, não se pode deixar de homenagear a hermenêutica e a boa argumentação jurídica que, ao reverso, também é parte integrante dessa atuação, de modo que a inclinação apática e a resignação não são saudáveis e nem formam o Direito, que é dinâmico e não estático.

Aliás, a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior (KELSEN, 2000).

Em sendo assim, mesmo diante do entendimento assentado pelo Tribunal Superior do Trabalho, os juízos de piso e os Tribunais Regionais do Trabalho, juntamente com animosos doutrinadores, vêm formando uma comunidade favorável à penhorabilidade percentual dos créditos de natureza salarial do devedor para satisfazer a execução trabalhista depois de frustradas todas as alternativas de adimplemento da dívida laboral.

Nesse sentido, o Enunciado n. 70, aprovado em novembro de 2007, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em Brasília-DF:

EXECUÇÃO. PENHORA DE RENDIMENTOS DO DEVEDOR. CRÉDITOS TRABALHISTAS DE NATUREZA ALIMENTAR E PENSÕES POR MORTE OU INVALIDEZ DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. POSSIBILIDADE.

Tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e da pensão por morte ou invalidez decorrente de acidente do trabalho (CF, art. 100, § 1º-A), o disposto no art. 649, inciso IV, do CPC deve ser aplicado de forma relativizada, observados o princípio da proporcionalidade e as peculiaridades do caso concreto. Admite-se, assim, a penhora dos rendimentos do executado em percentual que não inviabilize o seu sustento.

No mesmo sentido, foi aprovado na Jornada Nacional Sobre Execução na Justiça do Trabalho, realizada nos dias 24 a 26 de novembro, o Enunciado n. 29, a saber:

PENHORA DE SALÁRIO, PENSÃO E APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE EM EXECUÇÃO TRABALHISTA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1º, § 1º, DA LEI Nº 10.820/2003; ART. 3º, INCISO I, DO DECRETO Nº

4.840/2003; ART. 115, INCISO VI, DA LEI 8.213/91; E ART. 154, INCISO VI, DO DECRETO Nº 3.048/99. SUPREMACIA DO CRÉDITO TRABALHISTA. ART. 100, § 1º-A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 186 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). É lícita, excepcionalmente, a penhora de até 30% dos rendimentos decorrentes do trabalho, pensão e aposentadoria, discriminados no inciso IV do art. 649 do Código de Processo Civil (CPC), por expressa previsão no § 2º do art. 649 do CPC, desde que comprovado o esgotamento de todos os meios disponíveis de localização dos bens do devedor.

Assim como os magistrados que participaram da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Schiavi confia numa ponderação de princípios para a sustentação da tese da possibilidade da penhora de parte do salário (2010, p. 233):

À luz dos princípios da razoabilidade, da equidade e da justiça no caso concreto, pensamos que a regra da impenhorabilidade absoluta do salário deve ser relativizada na execução trabalhista, uma vez que, tanto o reclamante, como o executado postulam verbas de índole alimentar.

Adeptos, também, à corrente da possibilidade da penhora parcial do salário, outra não é a justificativa de Jorge Neto e Francisco Ferreira:

Justificam a nossa posição os preceitos constitucionais de valorização do trabalho humano, bem como a natureza alimentar do crédito e sua abrangência definida no art. 100-A, § 1º-A, da CF, a efetividade das decisões judiciais o princípio da razoabilidade e a responsabilidade dos sócios pelo cumprimento da obrigação trabalhista (art. 50, CC).

A atribuição de normatividade aos princípios é mesmo um rico componente do conjunto de idéias do paradigma pós positivista contemporâneo (Barroso, 2005).

Não se pode olvidar o potencial choque entre a dignidade da pessoa humana do devedor e do credor trabalhista, pelo que a penhorabilidade deve ser aplicada de acordo com o caso concreto, devendo a penhora parcial do salário observar o quantum do valor recebido e do valor devido bem como a possibilidade de fixação de parcelas mensais até a satisfação do crédito trabalhista, o que, por sua vez, atende perfeitamente à

disciplina e à força normativa do princípio da proporcionalidade (JORGE NETO e FRANCISCO FERREIRA, 2008).

Já os diferentes operadores do Direito na Justiça do Trabalho que participaram da Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho avistaram a possibilidade de penhora parcial de salários na execução trabalhista em razão das inúmeras exceções à impenhorabilidade absoluta no processo comum.

Sob esse enfoque, se na Justiça Comum a regra é flexibilizada, a Justiça do Trabalho, que lida com execução alimentar não há de dar guarida àquele que, devendo – e podendo – não paga.

Ora, se é lícita a previsão de desconto no percentual de até 30% de salários, pensões e proventos para quitação de dívidas financeiras com credores cíveis/bancários, cuja natureza jurídica do crédito é quirografária, este mesmo percentual é passível de penhorabilidade na execução na Justiça Especializada, em face da supremacia constitucional e legal do crédito trabalhista (MACHADO, 2011).

O eminente doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite crê, ainda, na possibilidade de penhora de salários na execução trabalhista à luz de uma interpretação sistemática do próprio Código Processual Civil (2011, p. 1039):

Ocorre que o próprio CPC, em seu art. 20, § 5º, dispõe que nas "ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vencidas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamento do devedor". Ora, se o próprio CPC permite, na indenização por ato ilícito (o que é a regra nas reclamações trabalhistas), a penhora mediante "consignação em folha de pagamento do devedor", ou seja, penhora de salário, merece urgente cancelamento a OJ 153, pois olvida a interpretação sistemática do próprio CPC, em evidente prejuízo para a efetividade da execução no processo do trabalho e, em derradeira análise, dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Relevante destacar que, em 14 de novembro de 2012, o TST concedeu indenização por dano moral a uma vendedora que recebeu seus salários com atraso por quase três anos ao argumento de que o atraso reiterado no pagamento dos salários configura dano moral, "porquanto gerador de estado de permanente apreensão do trabalhador" (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 3321-25.2010.5.12.0037, Quarta Turma. Relatora: Min. Maria de Assis Calsing).

Assim sendo, se a apreensão do trabalhador causada pelo atraso dos salários gera dano moral, que dirá da apreensão sofrida por um trabalhador que sequer recebeu seus salários e que ao ser acudido pelo Poder Judiciário vê a execução do seu crédito se arrastar por anos com o crescente sentimento de fracasso.

E como bem meditado pela tese de Bezerra, se o processo civil admite a penhora de salário do devedor nas condenações por ato ilícito, nada mais sóbrio do que a penhora do salário do devedor de créditos trabalhistas quando esgotadas as últimas fontes da garantia da execução.

Em verdade, a ineficácia da execução trabalhista é tão inquietante que já tramita no Senado Federal o Projeto de Lei (PLS) n. 606/2011, que foi elaborado a partir de propostas sugeridas por uma comissão de ministros do Tribunal Superior do Trabalho e de juízes de primeiro e segundo graus e propõe uma revisão dos trâmites da execução, conciliando-os com as regras do direito processual civil com vistas a dar maior efetividade às decisões judiciais.²

Segundo dados oficiais do ano de 2011 divulgados na audiência pública em que se discutiu o referido Projeto, em cada 100 reclamantes, somente 26 lograram êxito na satisfação efetiva dos seus direitos na Justiça do Trabalho.³

Infelizmente, o laudável Projeto não prevê a possibilidade de penhora dos salários do devedor, o que conforme o preclaro Jordani (2007, p.160), contribuiria, sobremaneira, para uma maior efetividade da execução trabalhista:

[...] a penhora de salário poderá contribuir, em não pequena porcentagem, para minimizar a crise da execução, ou, como consistentemente dito por Guilherme Freire de Barros Teixeira, "admite-se, portanto, que a penhora de salários possa servir como um dos vários instrumentos para contribuir na luta para minimizar a crise do processo de execução, sem que isso importe em diminuição das garantias asseguradas ao executado".

Em verdade, a possibilidade da penhora de verbas salariais não significa a redenção da execução laboral, entretanto, contribuiria, sem dúvida, para a mudança das hediondas estatísticas de desalento do trabalhador, quiçá para a urgente mudança de mentalidade do devedor trabalhista.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho, como ramo jurídico dirigido a garantir um aperfeiçoamento constante nas condições de pactuação da força de trabalho na sociedade contemporânea (DELGADO, 2009), tem, na Justiça Especializada, a materialização da proteção jurídica do trabalho.

E em que pese o esmero dessa Justiça no trato ágil e eficiente dedicado às fases iniciais das ações da sua competência, a fase de execução tem representado o grande entrave ao acesso real e efetivo do trabalhador à Justiça do Trabalho (SCHIAVI, 2010).

Depois de cumprido todo o processo de conhecimento respeitado processo legal e a ampla defesa do empregador, o trabalhador, com seu direito regularmente reconhecido, malogra-se diante de um processo de execução impotente em face da superproteção dedicada ao devedor no Brasil.

Faz parte do conjunto de regras de superproteção a impenhorabilidade absoluta ainda que percentual de verbas salariais do devedor prescrita no art. 649, IV do CPC e aplicável na execução trabalhista, o chega a ser um paradoxo na Justiça do Trabalho que julga e executa senão verbas de natureza alimentar, fundamento da intangibilidade dos salários do devedor.

Todavia, como "a plena compreensão do Direito só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana" (REALE, p. 91), a despeito de um entendimento majoritário já assentado, inclusive, no TST, referente à impenhorabilidade absoluta dos salários do devedor, vem crescendo uma comunidade de juristas em defesa da possibilidade de penhora parcial de verbas salariais do devedor trabalhista e por derradeiro, da efetividade da execução na Justiça do Trabalho.

À saciedade de fundamentos, essa medida se justifica à luz de uma interpretação teleológica do art. 649, IV do CPC, com uma ponderação de princípios constitucionais, mormente dos princípios da efetividade e da razoabilidade e da proporcionalidade; de uma interpretação analógica das inúmeras exceções à impenhorabilidade absoluta no processo comum ou até mesmo de uma interpretação sistemática do próprio CPC.

Seja por um ou por outro fundamento, visto a adequação de todos, o fato é que o posicionamento da Corte Superior Trabalhista urge ser revisto e a possibilidade de penhora parcial de verbas de natureza salarial há de ser encarada como mero corolário da missão e do objeto de execução na Justiça do Trabalho.

E é de se dizer que não se trata de simples maniqueísmo, em que se decide entre o bom e o mau, entre o credor e o devedor, mas tão somente do reestabelecimento da execução como, nas ditosas palavras de Schiavi (2010, p.24), "fase processual de satisfação do crédito do credor trabalhista e de efetividade dos direitos sociais", o que, definitivamente, não é pedir demais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 07 dez. 2007 e 10 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11382.htm>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei da Câmara nº 51, de 2006 (nº 4.497, de 2004, na Casa de origem). Redação final. Brasília, DF. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/8990.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Mensagem nº 1.047, de 06 de dezembro de 2006. Veta parcialmente o Projeto de Lei nº 51, de 2006. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 07 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção de Dissídios Individuais II. Orientação Jurisprudencial nº 153, de 03 de dezembro de 2008. Diário Eletrônico [da] Justiça do Trabalho. [S.l.], 03/05 dez. 2008. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S6_141.htm#tema153>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BRASIL. Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho. Enunciado nº 29, de 26 de novembro de 2010. Cuiabá, MT, 26 nov. 2010. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/tesesaprovadasind.asp>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BRASIL. 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Enunciado nº 70, de 23 de novembro de 2007. Brasília, DF, 23 nov. 2007. Disponível em: <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Biblioteca/Confer%C3%A2ncias,%20Palestras,%20etc/1%20Jornada%20JT.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 3321-25.2010.5.12.0037. Recorrente: Carla da Silveira Dutra. Recorridos: S3eng Empresa de Inteligência Aplicada e Engenharia S.A. e outros. Quarta Turma. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, DF, acórdão publicado em 23 de Novembro de 2011. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=3321&digitoTst=25&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=12&varaTst=0037>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BRASIL. Senado Federal Parecer nº _____ de 2006. Decisão terminativa da Comissão de Assuntos Sociais. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/110435.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). [S.l.], 2005. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2013.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. A penhora sobre os créditos de natureza salarial no curso da execução trabalhista. Suplemento LTr, São Paulo, v. 44, n. 026, p. 133, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

FEIJÓ, Carmem; GIMENES, Cristina. Projeto que tramita no Senado pretende dar mais eficácia à execução das sentenças trabalhistas. Notícias do TST. Brasília, 28 mai. 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/projeto-que-tramita-no-senado-pretende-dar-mais-eficacia-a-execucao-das-sentencas-trabalhistas?redirect=http://www.tst.jus.br/noticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2>. Acesso em: 29 mai. 2013.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário: algumas outras considerações. Revista LTr, São Paulo, v. 71, n. 2, p. 154-161, fev. 2007.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Aspectos Principiológicos da execução incidentes no processo do trabalho. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). Execução trabalhista: homenagem aos 30 anos Amatra IX. São Paulo: LTr, 2008, p. 13-42.

JUNIOR, Luiz Gonzaga do Nascimento. Um Homem Também Chora (Guerreiro Menino). In: JR., Luiz Gonzaga. Alô alô Brasil. [S.l.]: Emi-Odeon. 1983. 1 disco sonoro. Lado A, Faixa 5.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUNDERA, Milan. A insustentável leveza do ser. Tradução Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca. Rio de Janeiro: Rio Gráfica, 1986.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MACHADO, Marcel Lopes. A penhorabilidade de salários, pensões e proventos de aposentadoria nas execuções trabalhistas. Suplemento LTr, São Paulo, v. 47, n. 18, p. 85-88, fev. 2011.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia científica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELES, Edilton; BORGES, Dias. A nova execução cível e seus impactos no processo do trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 72, n. 1, p. 60-68, jan./abr. 2006.

NOGUEIRA, Hilda Maria Brzezinski da Cunha. Impenhorabilidade absoluta e relativa. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). Execução trabalhista: homenagem aos 30 anos Amatra IX. São Paulo: LTr, 2008, p. 183-194.

SCHIAVI, Mauro. Execução no processo do trabalho. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOTAS DE FIM

1 Graduanda no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/projeto-que-tramita-no-senado-pretende-dar-mais-eficacia-a-execucao-das-sentencas-trabalhistas?redirect=http://www.tst.jus.br/noticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2

3 <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/110782.pdf>

EMBRIAGUEZ NO DIREITO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE AO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 12/2011

Karen Poliana da Silva¹

RESUMO: A aplicação da embriaguez como hipótese de justa causa vem mudando ao longo do tempo com o novo entendimento de ser doença catalogada pela Organização Mundial de Saúde – OMS. Mudança essa que resultou na propositura de um Projeto de Lei que visa adequar à aplicação da norma a realidade social e a evolução do pensamento da sociedade, bem como ao entendimento médico. Portanto, pretende-se com este trabalho o estudo do citado Projeto e a reflexão da importância social do tema ora proposto.

PALAVRAS-CHAVES: justa causa, embriaguez, doença, projeto de lei.

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

A relação de emprego é, inquestionavelmente, essencial para a sociedade tanto no aspecto econômico, social quanto político, prova disto é que está na Constituição como um dos direitos sociais que visam à busca por uma sociedade igualitária, desenvolvida, sem pobreza e discriminação.

Tendo em vista a importância desta relação, em 1943 foi criada a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, que passou a reger a relação entre o empregado e o empregador estabelecendo limites, princípios e garantias, com o propósito de manter uma relação de igualdade e respeito.

Nesse diploma legal, o qual disciplina o início e o fim da relação trabalhista, está presente o art. 482, que dispõe sobre os motivos ensejadores da dispensa motivada do empregado pelo empregador, sendo este último detentor do poder diretivo da relação.

Entre as justas causas estabelecidas taxativamente, destaca-se, como objeto deste estudo, a hipótese de dispensa por embriaguez habitual ou em serviço, tendo em vista os diferentes posicionamentos quanto a sua aplicação.

Portanto, pretende-se diferenciar a embriaguez habitual da embriaguez em serviço, bem como os seus impactos na vida laboral do empregado, e para tanto, utilizar-se-á de estudos jurisprudenciais e doutrinários.

Não obstante, como não é intuito do presente trabalho trazer todos os posicionamentos sobre o assunto, será destacado o Projeto de Lei da Câmara nº 12/2011, demonstrando a nova visão sobre a embriaguez, a sua aplicabilidade nas relações do trabalho, bem como as possíveis consequências da aprovação do citado Projeto de Lei, que pretendia no primeiro momento a exclusão da alínea “f” do art. 482 da CLT.

Será demonstrado que a aprovação do citado projeto visa à

mudança na interpretação do dispositivo, dando mais peso àqueles que afirmam ser a embriaguez doença.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar a lacuna axiológica da lei, que sendo uma norma positivada não consegue desenvolver e evoluir juntamente com a sociedade dependendo da atuação do legislador para que haja adequação do direito à realidade social.

2 O ALCOOLISMO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

É notório que o alcoolismo tem grande influência e impacto na sociedade em geral, não discriminando raça, sexo ou status social, e sua incidência causa grandes transtornos tanto na vida pessoal quanto profissional do cidadão empregado, bem como na do empregador.

Pode-se perceber a figura da embriaguez desde os tempos bíblicos, tendo referência no livro de Genesis capítulo 9-20,21 (BÍBLIA, 2011, p. 12): “E começou Noé a ser lavrador da terra, e plantou uma vinha. E bebeu do vinho, e embebedou-se no meio de sua tenda”.

Portanto é um mal que existe na sociedade desde o início, sendo que no período da mitologia já existia um deus ébrio chamado Baco, o deus do vinho (MARTINS, S., 2006, p. 105).

Contudo, o vício começou a ser visto como um malefício à sociedade, às relações de convivência e às relações de emprego, sendo figurado como forma de punição no art.1229, IV do Código Civil de 1916, que trazia como hipótese de rescisão do contrato por justa causa os vícios do locador, podendo ser incluída a embriaguez, tendo em vista que na época da criação do mencionado código não existiam leis trabalhistas, assim, eram aplicadas as normas de locação às relações de trabalho (MARTINS, S., 2006, p. 103).

Nesse sentido, a justa causa, incluindo assim a embriaguez,

no primeiro momento foi uma preocupação do Direito Comercial e Civil que visavam formas de rescisão de um contrato, entendendo por este último o direito contratual e não especificamente trabalhista (MARTINS, S., 2006, p. 105).

Era possível perceber ainda que ao tratar da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Servidores Públicos (Decreto nº 20.465/1931), bem como ao estipular as regras para o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos (Decreto nº 22.872/1933), a embriaguez habitual ou em serviço eram tidas como falta grave (MARTINS, S., 2006, p. 105).

Contudo, as relações de emprego se tornaram de grande importância social e política, estando ligada não apenas à sobrevivência do indivíduo, mas também ao desenvolvimento da economia, sendo atado à evolução histórica do capitalismo (DELGADO, 2012, p. 83).

Portanto, surge a necessidade de um ordenamento próprio no âmbito trabalhista, assim, leciona Sérgio Pinto Martins (2006, p. 26), que surgiu como antecedente legislativo da CLT a Lei 62/35, a qual trazia em seu art. 5º as hipóteses de dispensa por justa causa dos trabalhadores do comércio ou da indústria, dispositivo este, que segundo o autor, serviu de base para a Consolidação das Leis Trabalhistas no que tange ao rol das hipóteses de justa causa.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, criada em 1943, com o intuito de regulamentar a relação de emprego, trouxe em seu art. 482 (SARAIVA, 2012, p. 805) o rol taxativo das hipóteses de justa causa, que é considerada a pena capital do Direito do Trabalho, permitindo que o empregador dispense o empregado de forma justificada quando este pratica uma das faltas elencadas no citado dispositivo.

Neste contexto, a embriaguez habitual ou em serviço encontra-se positivada no citado dispositivo na alínea "f", devendo ser aplicada como justa causa. Contudo, a partir da evolução do entendimento sobre a embriaguez nas relações de trabalho e sociais, a Organização Mundial de Saúde reconheceu o alcoolismo como doença, incluindo o mesmo na Classificação Internacional de Doenças - CID (MARTINS, S. 2006, p. 111).

Frise-se que em 1943, ano da publicação da CLT, nem se cogitava ser a embriaguez doença. Hoje esse é um tema atual de grande discussão no âmbito jurídico trabalhista, sendo sua aplicação como penalidade um retrocesso ao entendimento contemporâneo.

Neste contexto, é necessário ter em mente que a relação de emprego é essencial na vida social, bem como para a própria sobrevivência do indivíduo, sendo garantido como um direito social pela Constituição da República de 1988 em seu art. 6º (SARAIVA, 2012, p. 11), dispondo que: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdên-

cia social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)".

Portanto, a visão sobre o alcoolismo tem tido um avanço no sentido médico, devendo ser sua aplicação como justa causa relativizada, tendo em vista a evolução histórica nas relações de trabalho.

3. EMBRIAGUEZ COMO HIPÓTESE DE JUSTA CAUSA

É necessário antes de se conceituar a justa causa, expor brevemente sobre a controvérsia existente quanto à denominação a ser utilizada: justa causa ou falta grave.

Para Wagner Giglio² (2000, *apud* MARTINS, S., 2006, p. 27):

Justa causa sempre nos pareceu uma expressão infeliz, porque causa não tem nela sentido jurídico, mas popular, e justa (ou injusta) poderá vir a ser a consequência do motivo determinante da rescisão, nunca o próprio motivo ou causa. Assim a justa causa não seria nem justa, nem causa, e melhor andaríamos se a ela nos referíssemos, seguindo o exemplo da lei, como motivo da rescisão.(...)Via de consequência, afirmar-se que alguém cometeu uma falta grave não teria, a rigor, o sentido técnico pretendido, ensejando dúvidas.

Contudo, Sérgio Pinto Martins (2006, p. 28) conclui a controvérsia entre a utilização da expressão justa causa ou falta grave dispondo que:

A falta grave é um ato mais grave ou sério, em decorrência da repetição ou da sua natureza. Diz respeito ao empregado estável. Justa causa seriam hipóteses arroladas no art.482 da CLT para a dispensa do trabalhador.

Assim, será utilizada a expressão "falta grave" somente quando for estudado a respeito de empregado estável.

Destarte, a expressão justa causa é utilizada para denominar a falta praticada pelo empregado. Quando o empregador dá causa à cessação do contrato de trabalho por justo motivo, a expressão utilizada na prática é a rescisão indireta (MARTINS, S., 2006, p.28).

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Para o Direito brasileiro, justa causa é o motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do sujeito comitente da infração- no caso, o empregado. Trata-se, pois, da conduta tipificada em lei que auto-

riza a resolução do contrato de trabalho por culpa do trabalhador. (DELGADO, 2012, p.1207)

A justa causa é vista como uma justificativa fundamentada que tenha repercussão jurídica, sendo prevista em lei, a partir da qual ocorrerá a resolução do contrato de forma unilateral e motivada por culpa do autor do erro.

Alice Monteiro de Barros (2007, p. 864) disciplina que a justa causa é uma circunstância peculiar ao pacto laboral. Ela consiste na prática de ato doloso ou culposamente grave por uma das partes e pode ser motivo determinante da resolução do contrato.

Por sua vez, Sérgio Pinto Martins (2006, p. 28) traz um conceito mais restritivo declarando que: "a justa causa é a forma de dispensa decorrente de ato grave praticado pelo empregado que implica a cessação do contrato de trabalho por motivo devidamente evidenciado, de acordo com as hipóteses previstas na lei".

Dessa forma, a justa causa é o fato grave praticado pelo empregado com culpa ou dolo, tendo como resultado final a dispensa do infrator com base nas hipóteses positivadas.

Dentre os doutrinadores trabalhistas é possível observar a divisão da justa causa em três sistemas, quais sejam: genérico, neste sistema há uma definição das hipóteses de justa causa de forma ampla e geral, ficando a cargo do julgador, analisar o caso concreto e aplicar a lei utilizando tão somente seu critério subjetivo; no sistema taxativo, as hipóteses que geram dispensa por justa causa estão todas fixadas na lei de forma exaustiva e taxativa; e no sistema misto há uma mistura do sistema taxativo com o genérico, uma vez que a lei irá definir as hipóteses da dispensa motivada, mas por existirem hipóteses de sentido amplo poderá ocorrer a subsunção de vários fatos à uma norma. (MARTINS, S., 2013, p. 397).

Conforme disciplina Alice Monteiro de Barros (2007, p. 865), a legislação brasileira aderiu ao sistema taxativo ao dispor sobre as hipóteses de justa causa de forma exaustiva, limitando-se a enumerá-las, sem a preocupação de defini-las.

Conclui-se, então, que na legislação brasileira, justa causa são todas as hipóteses que se encontram positivadas, sendo defesa a criação de nova falta por meio do empregador ou aplicador da lei.

Neste ínterim, a embriaguez está presente no rol das hipóteses de justa causa, tendo diversos conceitos nos dicionários e entre os doutrinadores que se dedicam ao assunto.

Nas palavras de Almeida Júnior³ (1996, apud, MARTINS, A., 1999, p.151):

A palavra embriaguez será usada para significar que o indivíduo está de tal forma influenciado pelo

álcool, que perdeu o governo de suas faculdades a ponto de tornar-se incapaz de executar com prudência o trabalho a que se consagra no momento.

Segundo definição da OMS⁴ (1978, apud MARTINS, A., 1999, p. 20), a embriaguez é:

O estado psíquico e também geralmente físico, resultante da ingestão do álcool, caracterizado por reações de comportamento e outras que sempre incluem uma compulsão para ingerir álcool de modo contínuo ou periódico a fim de experimentar seus efeitos psíquicos e por vezes evitar o desconforto de sua falta; a tolerância podendo ou não estar presente.

Em consonância com esta definição, Sérgio Pinto Martins (2006, p.107), afirma que: "o álcool é uma substância psicoativa, que age sobre o sistema nervoso central das pessoas. Ela pode interferir no funcionamento do cérebro, implicando conseqüências sobre a memória, concentração, equilíbrio etc."

Percebe-se no conceito da OMS⁵ (1978, apud MARTINS, A., 1999, p. 20), corroborado pelo citado autor, que a embriaguez constitui uma doença psíquica que afeta tanto o psicológico quanto o físico da pessoa. Trazendo esta definição para o âmbito trabalhista, pode-se dizer que o empregado acometido deste mal não comete falta grave, pois não está agindo com culpa ou dolo, mas sofre de um mal psicológico que o impede de pensar de maneira clara, necessitando assim, de um tratamento médico que o possibilite realizar suas funções na sociedade como no ceio familiar, portanto, a aplicação de punição terminaria por piorar a situação do empregado (MARTINS, S., 2006, p. 109).

Contudo, o autor supracitado determina que enquanto a embriaguez estiver na CLT como hipótese de dispensa por Justa Causa, ela assim tem que ser entendida (MARTINS, S., 2006, p. 109).

Portanto, a embriaguez, seja habitual ou em serviço, é motivo para dispensa por justa causa, uma vez que se encontra positivada na legislação trabalhista, a qual não sofreu alteração ou exclusão, tendo apenas uma mudança do ponto de vista axiológico na interpretação da norma.

3.1 Embriaguez em serviço

A embriaguez em serviço, juntamente com a embriaguez habitual, está elencada como hipótese de justa causa no art. 482, "f" da CLT (SARAIVA, 2012, p. 805).

Segundo Sérgio Pinto Martins (2006, p. 115) a "embriaguez em serviço se caracteriza por uma única falta. Será desnecessária

a habitualidade nessa falta, de repetição do ato praticado pelo empregado, mas de um único ato. Pode ser ocasional, mas pode ser revelada no serviço”.

Portanto, para que haja a incidência da embriaguez em serviço como justa causa não é necessária a habitualidade, ou seja, a repetição do ato em um tempo curto, basta que o empregado se apresente ao trabalho uma única vez com sintomas de embriaguez ou ingira bebida alcoólica no ambiente de trabalho para que seja configurada a justa causa, contudo, é preciso observar cada caso concreto.

Um dos exemplos mais clássicos quanto a não repetição da embriaguez em serviço para a aplicação da justa causa é o caso do motorista embriagado, tendo como decisão do Tribunal Regional de Trabalho, *in verbis*:

Ementa: JUSTA CAUSA. EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO. MOTORISTA DE CARRETA. A embriaguez em serviço, prevista na alínea f do art. 482 da CLT, constitui falta grave que autoriza o rompimento do contrato de emprego por justa causa, principalmente quando o empregado desempenha função que lhe exige total e constante atenção e diligência em serviço, como a de motorista. Provimento negado. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. Nos termos do inciso I do art. 62 da CLT, a exclusão do regime da duração do trabalho(...)(BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho-4 região. Recurso Ordinário - RO nº 0000241-30.2010.5.04.0731, Recorrente: Anderson Meinhardt. Recorrido: Scapini Transportes E Logística LTDA. Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. Porto Alegre, 18 de outubro de 2011. Disponível em: < http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:rywm3BZcG1oJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_juris/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D40087850+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-06-10..2013-06-10+embriaguez+em+servi%C3%A7o+motorista++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8 >. Acesso em: 05 de maio de 2013.

Outro exemplo é o caso do segurança armado que em decorrência do seu cargo a ingestão de bebidas alcoólicas poderá gerar transtornos irreparáveis, tornando uma única prática de embriaguez em serviço suficiente para a configuração da justa causa.

Neste sentido determinou o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região:

*Ementa: DISPENSA POR JUSTA CAUSA. EMBRIAGUEZ. VIGILANTE. Diante da natureza das atividades desenvolvidas pelo empregado vigilante, portador de arma de fogo e responsável pela segurança de várias outras pessoas, não se pode admitir a continuidade da relação de emprego quando comprovada a embriaguez em serviço. A conduta irresponsável do vigilante nessa situação exige do empregador uma atitude enérgica para evitar que a falta se repita, já que os riscos a que estariam sujeitos os funcionários, clientes e o próprio empregado são previsíveis. Ademais, no caso em tela, nenhuma prova foi produzida de o autor ser alcoólatra, mas, sim, de que se encontrava embriagado em serviço. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 12ª região. Recurso Ordinário n. 0000872-64.2010.5.12.0047. Recorrente: Ricartt Galdino de Oliveira. Recorrido: Seguridade Serviços de Segurança Ltda. Relatora: Lígia Maria Teixeira Gouvêa. Florianópolis, 08 de outubro de 2010, Disponível em: < http://www.trt12.jus.br/portal/areas/gsa/extranet/jurisprudencia/index.jsp?memoria=partialfields%3D%26as_q%3D%26requiredfields%3DBASE&requiredfields=BASE&partialfields=&site=acordaos&proxystylesheet=jurisesenv&as_eq=&as_oq=&as_epq=&q=embriaguez+e+justa+causa&as_ft=i&as_filetype=&num=10&proxylload=1&entqrm=0&exclude_apps=1&sort=date:D:S:d1&filter=0&getfields=*as_q&ip=10.12.4.225&access=p&entqr=3&ud=1&escape=0&start=10 >. Acesso em 20 de abril de 2013).*

Assim, nos julgados apresentados, as decisões se baseiam na análise do caso concreto para aplicação da justa causa, sendo que no caso do motorista e do segurança armado o perigo do exercício de sua profissão em estado ébrio não coloca em risco apenas a vida do sujeito, mais sim à da coletividade.

Em consonância aos posicionamentos dos Tribunais, disciplina Maurício Godinho Delgado:

[...] no caso de embriaguez em serviço, ela afeta diretamente o contrato de trabalho, sem dúvida. Em conformidade com a função do trabalhador (motorista ou segurança armado, por exemplo), esta

afetação pode ser muito grave, uma vez que coloca em risco a saúde e bem-estar da própria coletividade, o que tende a ensejar a dispensa por justa causa. Noutros casos, dependendo da atividade do empregado, a afetação pode ser menor, propiciando o gradativo exercício do poder disciplinar, com intuitos de ressocialização do obreiro (DELGADO, 2012, p. 1220).

Na hipótese da embriaguez em serviço deve ser observado o grau de afetação ao contrato de trabalho e qual função é desempenhada pelo empregado, sendo o poder disciplinar exercido pelo empregador com ponderação, uma vez que ao resultado menos grave do ato infracional deve ser aplicada uma penalidade menos grave, como a advertência, por exemplo.

Nem todo ato de beber em serviço deve ser entendido como embriaguez em serviço, neste sentido, Sérgio Pinto Martins (2006, p. 116) determina que "o ato de beber no intervalo para repouso e alimentação como aperitivo ou acompanhamento para a refeição não pode ser motivo para dispensa por justa causa, desde que o empregado não fique embriagado".

Pode-se excluir também o caso da embriaguez funcional, é o exemplo do empregado que trabalha na indústria de bebidas, tendo como função, experimentar as bebidas alcoólicas fabricadas, o que não geraria a justa causa (MARTINS, 2006).

Portanto, para a aplicação da embriaguez em serviço como justa causa deve-se analisar a particularidade de cada caso concreto, sendo observado o cargo, as funções e a consequência da ingestão de bebida alcoólica à execução do trabalho.

3.2 Embriaguez Habitual

Ao definir embriaguez habitual, Alice Monteiro de Barros (2007, p. 878) declara que "pressupõe ingestão não só de álcool, mas de qualquer substância tóxica, inebriante capaz de alterar o comportamento do empregado", portanto, define como embriaguez habitual a regular ingestão de substâncias que alterem o comportamento do indivíduo.

Para Sérgio Pinto Martins (2006) a caracterização da embriaguez habitual, necessita da repetição do ato. Um único ato não caracteriza tal hipótese. Disciplina ainda que a embriaguez habitual não precisa ser observada no serviço, porém tem que ter reflexos neste:

A lei, para o caso, não faz referência que a embriaguez tem que ser observada em serviço, mas que seja habitual. Logo, ela pode ser apurada fora do serviço, mas deve ter reflexos no serviço. Do contrário, não tem sentido a justa causa, pois ela não

se refere ao contrato de trabalho. O entendimento majoritário, porém, é no sentido de que a embriaguez não precisa ter relação com o contrato do trabalho, bastando que ela seja habitual, ainda que fora do serviço. (MARTINS, S., 2006, p.114)

O autor supramencionado vai mais além e declara que a embriaguez habitual ou crônica está muito mais para uma doença do empregado, que necessita de tratamento, do que para justa causa. Contudo, existe a previsão da lei (MARTINS, S., 2006, 114).

Destarte, a embriaguez habitual, diferentemente da embriaguez em serviço, depende da habitualidade, da reiteração da prática do ato de embriagar-se, sendo sua apuração realizada dentro ou fora do horário de trabalho, desde que tenha influência na execução da função laboral.

Neste íterim, a embriaguez habitual está presente como hipótese de punição tem sido discutida pelos tribunais e doutrinadores no âmbito trabalhista, que se baseiam em um novo entendimento acerca do alcoolismo, sendo este considerado doença pela Organização Mundial da Saúde (MARTINS, S., 2006, p. 111), o que traz insegurança jurídica, uma vez que não existe um posicionamento firmado.

Neste sentido o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, descharacterizou o alcoolismo como hipótese de justa causa, *in verbis*:

EMENTA: DISPENSA POR JUSTA CAUSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO EM VIRTUDE DO ALCOOLISMO DO TRABALHADOR. O alcoolismo configura doença progressiva, incurável e fatal, que consta do Código Internacional de Doenças sob a denominação "F10.2 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool - síndrome de dependência". Neste contexto, considerando-se que o autor, quando praticou o ato ensejador da dispensa motivada, encontrava-se embriagado, é de se mitigar a antiga caracterização da dispensa por justa causa em face da embriaguez do empregado em serviço (art. 482, "P", da CLT). Isto porque, trata-se de pessoa doente, incapaz de controlar a sua compulsão pelo consumo de álcool. Via de consequência, ele deve ser encaminhado para o tratamento pertinente ao invés de ser punido, atenuando-se, assim, os problemas daí decorrentes na vida social, familiar e financeira do empregado já bastante vulnerável em decorrência da doença que, por si só, torna-o ainda mais frágil. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. Recurso Ordinário - RO

nº 00984-2008-033-03-00-9. Recorrente: Carlos Antônio de Almeida. Recorrida: Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA. Relatora: Deoclecia Amorelli Dias. Belo Horizonte, 15 de abril de 2009. Disponível em: < <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=7933> >. Acesso em 04 de maio de 2013).

EMENTA: *JUSTA CAUSA. EMBRIAGUEZ HABITUAL OU EM SERVIÇO. INEXISTÊNCIA. Se o trabalho humano é princípio geral da atividade econômica (CF, art. 170), bem como base da ordem social (CF, art. 193), constituindo, ainda, um direito fundamental, como a vida e a dignidade, compartilho do mesmo entendimento daqueles que consideram a dispensa de trabalhador, por motivo de embriaguez, ato meramente discriminatório, que atenta contra princípios constitucionais básicos, além da própria vedação à despedida arbitrária (art. 7-o, inc. I, da Constituição Federal). [...]. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Recurso Ordinário nº 00213-2007-104-03-00-3 RO(RO-10049/07). Recorrente: Araguaia Engenharia LTDA. Recorrida: Antônio Quelce Ferreira. Relatora Convocada: Maria Cecília Alves Pinto. Minas Gerais 30 de junho de 2007, DJMG, página 26. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=7980>>. Acesso em: 10 de maio de 2013).*

Segundo o entendimento jurisprudencial supra, a embriaguez habitual não pode ser motivo para justa causa, uma vez que sendo doença deve ser tratada, além de ser o trabalho fundamental para a coletividade, tendo influência no âmbito econômico e social, sendo assim consagrado como direito fundamental que requer proteção.

Frise-se que a embriaguez ainda encontra-se positivada na legislação trabalhista devendo ser aplicada, uma vez que se encontra em vigor, contudo, devem ser analisados os princípios básicos da Constituição, bem como afastada a dispensa arbitrária do empregado.

4 PROJETO DE LEI 12/2011

4.1 Proposta do Projeto de Lei

Decorrente dos posicionamentos apontados neste trabalho a respeito da embriaguez como hipótese de justa causa, estão sur-

gindo resultados no âmbito legislativo. O Deputado Roberto Magalhães propôs Projeto de Lei, o qual recebeu como numeração 206/2003 na Câmara dos Deputados, casa de origem (BRASIL, Câmara, 2003).

Após deliberações na citada casa legislativa, a redação final, aprovada por unanimidade na Comissão de Constituição e Justiça, foi pela exclusão do disposto no art. 482 alínea “f” da CLT, o que geraria a retirada da embriaguez habitual ou em serviço do rol da justa causa para a dispensa do empregado, conforme se verifica na ementa final do projeto:

Revoga a alínea “f” do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT aprovada pelo Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943, a fim de excluir a embriaguez habitual ou em serviço como causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 206/2003, de 26 de fevereiro de 2003. Revoga a alínea “f” do art. 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=849980&filename=Tramitacao-PL+206/2003. Acesso em: 19 de abril de 2013.)

Como justificativa da elaboração do citado Projeto de Lei, o Deputado ressalta a necessidade da inclusão social ao empregado que se encontrar perdido no mundo do vício, uma vez que o desligamento do empregado pioraria o seu estado e afastaria a possibilidade de um tratamento digno que resgataria a saúde e a ampla condição física e psicológica do empregado alcoólico.

Neste sentido destacam-se trechos da justificativa do citado Projeto de Lei:

O presente Projeto de Lei busca dar uma oportunidade de reinclusão social ao empregado infelicitado pelo alcoolismo, ameaçado pela demissão por justa causa, mediante uma licença de curta duração, que certamente não onerará tanto o empregador. Nesta matéria de indiscutível caráter humanitário, é necessário que se dê o primeiro passo, no sentido de ser dispensado um tratamento compatível ao problema do alcoolismo, começando por abrandar a dureza da norma esculpida no inciso “f” do art. 482 da CLT. Que a luta seja pela inclusão social e não pela exclusão, pela recuperação da capacidade laborativa e da verdadeira cidadania. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº

206/2003, de 26 de fevereiro de 2003. Revoga a alínea "f" do art. 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=114889&filename=Tramitacao-PL+206/2003. Acesso em: 25 de abril de 2013)

Neste ponto, destaca-se o autor Sérgio Pinto Martins (2006) que leciona em sua obra:

[...] O alcoolismo é reconhecido como doença pela Organização Mundial da Saúde.[...] Assim o empregado deve ser tratado e não dispensado, sendo enviado ao INSS ou ao Sistema de Saúde Pública. Dispensar o empregado por Justa Causa não vai ajudar a recuperar o indivíduo. Este fica sem emprego e com maiores dificuldades para se tratar. (MARTINS, S., 2006, p.111)

O autor trabalha o conceito da OMS e ao disciplinar a embriaguez dispõe que a mesma não pode ser considerada justa causa, mas sim deve ser alvo de tratamento e encaminhamento ao INSS.

Neste ponto, a visão do autor se destaca, pois o mesmo não concorda com a aplicação da justa causa, mas também não responsabiliza o empregador, nem tão pouco admite a continuidade do empregado no ambiente de trabalho, mas sim responsabiliza o Estado no sentido de este ser o garantidor da saúde em face da população, ou seja, responsável por promover o tratamento ao empregado alcoólatra, através do Sistema de Saúde Pública.

Em consonância com esse entendimento está a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

[...] ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. NÃO CABIMENTO. A OMS catalogou o alcoolismo como doença no Código Internacional de Doenças (CID), denominando-a de síndrome de dependência do álcool (referência F-10.2). O 482, letra f, da CLT, portanto, deve ser reinterpretado à luz de tal reconhecimento legal, de modo que o alcoolismo, por si só, não enseja mais a justa causa. Tratando-se de doença oficialmente reconhecida, incabível a punição máxima, devendo o empregador encaminhar o trabalhador para tratamento médico e afastamento previdenciário. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª.Região, Recurso Ordinário – RO nº 00231.2009.311.02.00 – 7. Recorrente:Serviço Autônomo de Água e Esgoto

RECORRIDO: Josep Almir Vitorino de Araujo. Relatora: Ivani Contini Bramante. São Paulo, 12 de fevereiro do 2010. Disponível em: <http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordados>. Acesso em: 25 de maio de 2013).

Na decisão supra pode-se perceber que a Relatora não concorda em hipótese alguma com a aplicação da embriaguez como justa causa, pelo contrário, defende que a única opção aceitável frente a este caso é proporcionar tratamento médico ao empregado.

Contudo, o referido Projeto de Lei foi remetido à Casa do Senado Federal sendo denominado como Projeto de Lei da Câmara nº 12/2011, tendo sido aprovado na Comissão de Direitos Humanos desta respectiva casa, um substitutivo, o qual traz nova redação e ementa ao Projeto de Lei da Câmara nº 12/2011:

Ementa: Acrescenta § 2º ao art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a suspensão do contrato de trabalho, pelo empregador, caso o empregado apresente sintomas de dependência crônica do álcool e dá outras providências. (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 12/2011, de 1º de abril de 2011. Revoga a alínea "f" do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=99870&tp=1>. Acesso em: 25 de maio de 2013).

Com essa nova redação, o Projeto de Lei não visa mais a supressão total da norma, permitindo que a embriaguez habitual ou em serviço continue no ordenamento jurídico como hipóteses de justa causa, porém, acrescenta uma ressalva ao art. 482 da CLT, dispondo que ao se tratar da embriaguez habitual deve ser oferecida ao empregado a oportunidade de receber o tratamento médico e caso este não aceite poderá ser efetuada a dispensa por justa causa.

A redação aprovada do citado substitutivo ao Projeto de Lei 12/2011, *in verbis*:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 482, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, numerando-se o parágrafo único como § 1º:

"Art. 482. [...]

§ 2º Caso o empregado apresente sintomas de dependência crônica do álcool, na hipótese da alínea f deste artigo, o empregador deverá suspender a vigência do contrato de trabalho e determinar que o empregado submeta-se à perícia junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para a concessão de auxílio-doença e posterior tratamento, sendo cabível a justa causa em caso de negativa do benefício, recusa ou resistência do empregado ao tratamento médico cabível.(NR)”(BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 12/2011, de 1º de abril de 2011. Revoga a alínea “f” do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=99870&tp=1>. Acesso em: 25 de maio de 2013).

Assim, a partir do novo substitutivo, o que se pretende é a responsabilidade do empregador em proporcionar uma oportunidade para que o empregado seja tratado e possa retornar as suas atividades laborais, lado outro, permite que seja aplicada a punição da dispensa motivada caso o empregado não aceite esta oportunidade e continue no vício.

4.2 Possíveis conseqüências da aprovação do Projeto de Lei 12/2011

Segundo Adalberto Martins (1999, p. 97): “A ineficácia social da norma decorre da sua inadequação à realidade, portanto se revela manifestadamente injusta, o que se traduz em lacuna axiológica.”

Sendo assim, pode-se dizer que o art. 482, alínea f, da CLT (SARAIVA, 2012, p. 805), trata-se de norma socialmente ineficaz, uma vez que sua aplicabilidade não se adéqua a realidade social, bem como não satisfaz a necessidade de se proteger o empregado da dispensa arbitrária.

Neste sentido, o Relator do substitutivo ao PLC 12/2011, Senador Paulo Bauero, dispõe:

O texto celetista, nesse aspecto, perdeu parte de sua eficácia e adequação histórica, dada a evolução da ciência médica, com a compreensão dos efeitos físicos e psicológicos das substâncias químicas utilizadas. Também já é reconhecida a existência de fatores genéticos na propensão para o vício. Tudo isso torna injustificável a punição, pura e simples, do alcoolista, quando for possível diagnosticar a existência de uma doença.(BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 12/2011, de 1º de abril de 2011. Revoga a alínea “f” do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=99870&tp=1>. Acesso em: 30 de maio de 2013).

Neste trecho do citado substitutivo, o Relator concorda com a perda da eficácia da norma frente à evolução histórica, médica e de costumes da sociedade brasileira.

Porém, o citado Relator dispõe ainda que o dispositivo da justa causa serve como uma espécie de educação ao empregado, com o intuito de que a possibilidade de ser mandado embora o impeça de praticar o ato repreendido:

Nesse sentido, o texto atual da alínea f do art. 482 da CLT possui, no mínimo, qualidades educativas, dado o seu efeito moderador e indutor do controle pessoal e equilíbrio mental do trabalhador. Para os jovens, principalmente, trata-se de uma norma pedagógica importante, mesmo que não seja utilizada, como instrumento de rescisão contratual, pelo empregador. (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 12/2011, de 1º de abril de 2011. Revoga a alínea “f” do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=99870&tp=1>. Acesso em: 30 de maio de 2013).

Dessa maneira, a possível aprovação do Projeto de Lei 12/2011 é um passo importante na busca pela inclusão social do empregado alcoólatra, servindo de instrumento possibilitador da interpretação mais humana da lei positivada, uma vez que restringe a aplicação simples e pura da norma sem que tenha sido levada em consideração a necessidade de um tratamento médico pelo empregado.

No que tange à interpretação da norma, haverá apenas uma ressalva em que o empregador deverá analisar a situação do empregado e, se for o caso, o encaminhará ao sistema de saúde, contudo, se este não aceitar, poderá ser dispensado por justa causa e assim, continuará sendo aplicada a norma de forma a ferir princípios constitucionais.

Destarte, a aprovação do Projeto de Lei não soluciona o problema da aplicação da norma, visto que não excluirá como hipótese de justa causa a embriaguez habitual ou em serviço, restando ainda, a insegurança e divergências quanto à aplicação da justa causa nestas hipóteses.

Sendo o entendimento prevalecente dos tribunais, bem como por boa parte da doutrina, pela não aplicação da justa causa, tendo como justificativa a aplicação do conceito de doença pela OMS, sendo assim, faz-se necessária a observância do valor a vida e saúde do empregado, bem como o seu direito ao emprego.

Neste sentido, para interpretar e aplicar uma norma infra-

constitucional deve ser feita uma análise do ponto de vista constitucional, visto que toda a ordem jurídica deve ser entendida e interpretada sob a lente da Constituição (BARROSO, 2005, p. 2).

Dessa forma, para se analisar a aplicação das penalidades descritas no art.482 da CLT (SARAIVA, 2012, p. 805) devem ser respeitados em primeiro lugar os princípios constitucionais, dentre estes se destaca o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana presente no art.1º da CR/88, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil do qual se irradiam todos os demais princípios orientadores da ordem jurídica (BARROSO, 2005, p. 1). O citado princípio visa fornecer uma vida digna à sociedade em geral, proporcionando uma vida com melhores condições sociais.

Neste contexto, o emprego constitui fator importante na busca da melhoria da condição social, devendo essa relação observar os princípios constitucionais, e assim zelar pela dignidade do empregado acometido da enfermidade do alcoolismo, que ao ser dispensado sem o devido encaminhamento médico recebe um tratamento indigno e discriminatório tendo os seus direitos desrespeitados enquanto cidadão brasileiro.

Assim, não basta apenas uma ressalva quanto à aplicação da penalidade à embriaguez habitual. É preciso que haja a supressão do dispositivo ora estudado, bem como disciplina Adalberto Martins (1999, p. 97):

Entendemos, pois, que o dispositivo consolidado deve ser suprimido, não merecendo ser mantida nem mesmo a tipificação da embriaguez em serviço, vez que despicienda. E isso porque esta última pode decorrer do alcoolismo (hipótese que não merece punição), ou traduzir ato de indisciplina ou insubordinação, o que já se encontra tipificado no art.482 da CLT.

Assim, a melhor solução seria a supressão completa da embriaguez habitual ou em serviço do rol das justas causas, por ser a primeira doença e a segunda indisciplina ou insubordinação, já positivadas no art. 482 da CLT (SARAIVA, 2012, p. 805).

Apesar de ser mais vantajoso e condizente com a realidade social a supressão total do dispositivo estudado, não é afastada a importância do citado Projeto de Lei, tendo em vista a sua influência na interpretação da norma.

Ressalta-se que ao empregado acometido deste mal que é a embriaguez, será possível que o aplicador do direito afaste a incidência da justa causa frente à lacuna axiológica existente (MARTINS, A., 1999, p. 97).

Pelo exposto, a aprovação do Projeto de Lei nº 12/2011 trará inquestionável mudança no que diz respeito à interpretação e apli-

cação da justa causa, aproximando a norma à realidade social e possibilitando a afirmação do entendimento de ser a embriaguez doença e a sua aplicação incompatível com princípios constitucionais, restando uma lacuna de valores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação de emprego como possibilitadora do desenvolvimento social, econômico e político do Brasil é, indiscutivelmente, importante para o alcance dos fundamentos e objetivos constitucionais, devendo, portanto, ser regida sobre a luz da Constituição.

Neste ponto, a Consolidação das Leis Trabalhistas ao estipular as hipóteses de justa causa, deve ser aplicada observando-se os princípios constitucionais, em especial a dignidade do empregado, considerando ainda a evolução da mentalidade social, tendo em vista que a norma positivada, por si só, não está apta a se adequar as evoluções advindas.

Assim, conclui-se que a embriaguez habitual é uma doença que carece de tratamento médico, sendo a sua aplicação como justa causa um retrocesso à evolução do entendimento social e médico, demonstrando a sua ineficácia social, restando uma lacuna axiológica.

Neste sentido, a possível aprovação do Projeto de Lei da Câmara 12/2011 é um avanço a interpretação da lei, uma vez que reconhece a embriaguez habitual como doença e não um simples desvio de conduta do empregado exigindo do empregador o encaminhamento do empregado enfermo ao tratamento médico, podendo, assim, ser um passo em direção à exclusão total da alínea "f" do art. 482 da CLT.

Este tema analisado como um assunto de cunho social, também responsabiliza o Estado pela educação e assistência à sociedade no que tange ao alcoolismo, que na atualidade tem assolado diversas classes sociais, atingindo a população cada vez mais jovem.

Por fim, salienta-se que a melhor solução seria a supressão da alínea "f", do art. 482 da CLT, pacificando o entendimento da embriaguez habitual como doença e a necessidade do tratamento do empregado. Além da embriaguez em serviço poder ser considerada ato de indisciplina ou insubordinação, hipóteses já positivadas no citado artigo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 de novembro de. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*: contendo o velho e o novo testamento. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 206/2003*, de 26 de fevereiro de 2003. Revoga a alínea "f" do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=114889&filename=Tramitacao-PL+206/2003. Acesso em: 25 de abril de 2013.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 12/2011*, de 1º de abril de 2011. Revoga a alínea "f" do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=99870&tp=1>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Recurso Ordinário - RO nº 00231.2009.311.02.00 - 7. Recorrente: Serviço Autônomo de Água e Esgoto Recorrido: Josep Almir Vitorino de Araujo. Relatora: Ivani Contini Bramante. São Paulo, 12 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordaos>. Acesso em: 25 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 00213-2007-104-03-00-3 RO(RO -10049/07). Recorrente: Araguaia Engenharia LTDA. Recorrida: Antônio Quelce Ferreira. Relatora Convocada: Maria Cecília Alves Pinto. Minas Gerais 30 de junho de 2007, DJMG, página 26. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=7980>. Acesso em: 10 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. Recurso Ordinário - RO nº 00984-2008-033-03-00-9. Recorrente: CARLOS ANTÔNIO DE ALMEIDA. Recorrida: COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS - COPASA. Relatora: Deoclecia Amorelli Dias. Belo Horizonte, 15 de abril de 2009. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=7933>. Acesso em 04 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região. Recurso Ordinário - RO nº 0000241-30.2010.5.04.0731, Recorrente: Anderson Meinhardt. Recorrida: Scapini Transportes E Logística LTDA. Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. Porto Alegre, 18 de outubro de 2011. Disponível em: http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:rywm3BZcG1oJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_juris/jurisprnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D40087850+inmeta:data_documento:2011-06-10.2013-06-10+embriaguez+em+servi%C3%A7o+motorista++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 05 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região. Recurso Ordinário n. 0000872-64.2010.5.12.0047. Recorrente: Ricartt Galdino de Oliveira. Recorrido: Seguridade Serviços de Segurança Ltda. Relatora: Ligia Maria Teixeira Gouvêa. Florianópolis, 08 de outubro de 2010, Disponível em: http://www.trt12.jus.br/portal/areas/gsa/extranet/jurisprudencia/index.jsp?memoria=partialfields%3D%26as_q%3D%26requiredfields%3DBASE&requiredfields=BASE&partialfields=&site=acordaos&proxystylesheet=jurisesenv&as_eq=&as_oq=&as_epq=&q=embriaguez+e+justa+causa&as_ft=i&as_filetype=&num=10&proxyreload=1&entqrm=0&exclude_apps=1&sort=date:D:S:d1&filter=0

&getfields=*&as_q=&ip=10.12.4.225&access=p&entqr=3&ud=1&escape=0&start=10 >. Acesso em 20 de abril de 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012.

MARTINS, Adalberto. *A embriaguez no Direito do Trabalho*. Editora LTR, 1999.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual da Justa Causa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARAIVA. *Vade Mecum compacto*. 7. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTAS DE FIM

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

2 GIGLIO, Wagner. *Justa Causa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 12.

3 JÚNIOR, Almeida. *Lições de Medicina Legal*. 21. ed. revista e ampliada. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1996, p. 512.

4 Cf. "Manual da classificação estatística internacional de doenças, lesões e causas de óbito". Centro da OMS para Classificação de Doenças em Português, São Paulo, 1978, v. 1, p. 200.

5 Cf. "Manual da classificação estatística internacional de doenças, lesões e causas de óbito". Centro da OMS para Classificação de Doenças em Português, São Paulo, 1978, v. 1, p. 200.

EVASÃO FISCAL: REFERENTE AO IMPOSTO DO ICMS NO TRANSPORTE ILEGAL DE PASSAGEIROS NO ÂMBITO INTERMUNICIPAL NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Grazielle Reis de Moraes Pinto²

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar as consequências advindas do transporte ilegal de passageiros, especificamente uma das mais prejudiciais que é a Evasão Fiscal, com um foco no Estado de Minas Gerais. Neste sentido, buscou-se apurar medidas existentes que visam coibir o transporte ilegal de passageiros, o porquê que esta atividade aumenta no Estado de Minas Gerais, o desequilíbrio estrutural advindo da Evasão Fiscal atinente ao imposto do ICMS. Nesta esteira, são debatidos assuntos no âmbito do Direito Administrativo e Tributário que envolve o transporte ilegal no Estado de Minas Gerais. Enfim, o que se busca com esse trabalho é uma análise de alternativas que possam combater e amenizar esta atividade ilícita.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Direito Administrativo. Transporte Rodoviário. Transporte Ilegal de Passageiros. Combate. Evasão Fiscal. ICMS.

1 INTRODUÇÃO

Na década de 1990, com o crescimento populacional, as grandes cidades brasileiras diante de um intenso desenvolvimento em diversos setores como na economia, indústria, dentre outros, deparou-se com o surgimento de um aumento do número de carros, ônibus e vans, em circulação pelas grandes metrópoles.

Diante dessa situação, foi iniciada uma discussão entre os maiores interessados, dentre estes, o Poder Público, os empresários e pesquisadores a respeito do desenvolvimento do transporte de passageiros.

Em decorrência dessa ocasião, um dos maiores problemas vivenciados pelas empresas de transporte de passageiros começou a surgir, o qual denomina-se transporte ilegal. Esta atividade preocupa de maneira incalculável os empresários deste setor, uma vez que, estes serviços são exercidos na maioria das vezes por vans, ônibus, táxi, entre outros, os quais detêm maior flexibilidade de horários, pontos de embarque e desembarque mais cômodos para os usuários. Desta forma, competem deslealmente com as concessionárias prestadoras do transporte de passageiros. Nesse sentido, a presente pesquisa irá ater-se ao transporte ilegal intermunicipal realizado por vans e ônibus no Estado de Minas Gerais.

Há estatísticas (COIMBRA 2011, p. 20), que comprovam que a maioria dos acidentes que acontecem nas estradas envolve o transporte ilegal, e que este modal não oferece segurança para os passageiros.

Sob esta ótica, como contribuição ao Poder Público, às empresas de transporte de passageiros e à sociedade, este estudo visa avaliar meios diagnosticáveis na tentativa de atenuar os efei-

tos imensuráveis proporcionados por meio desta atividade ilícita. Justifica-se o artigo, haja vista os danos provocados às concessionárias de serviço público pela concorrência desleal e a baixa segurança dos veículos destes transportadores ilegais. Diante disso, colocam a vida dos usuários em risco, e lesam de forma indiscutível o erário por não recolher os tributos devidos.

No campo científico, a importância do referido tema concretiza-se no enriquecimento jurídico cultural pela relevância em se explanar a respeito do transporte público rodoviário ao tratar de uma atividade essencial. Nesta esteira, mais do que supostas hipóteses, esta pesquisa visa promover uma reflexão no setor acadêmico para um maior investimento em estudos aprofundados em relação a este relevante objeto social, o transporte público de passageiros.

É importante elucidarmos que essa conduta ilícita abarca diversos problemas, dos quais, um dos mais complexos é o fato do não recolhimento de tributos pelos transportadores ilegais de passageiros. Este fenômeno é compreendido como Evasão Fiscal, objeto desse artigo.

As concessionárias de serviço público, prestadoras do transporte de passageiros, no âmbito intermunicipal estão sujeitas ao pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação — ICMS. O tributo é de competência Estadual e do Distrito Federal, está relacionado neste setor de forma ampla, desde a obtenção de recursos que envolvem esta atividade, como também na venda de bilhetes de passagem.

Destarte, os transportadores de passageiros de forma ilegal não pagam esse imposto que é devido. Quais as consequências

para o erário, concessionárias de serviço público e a população, advindas do não recolhimento deste imposto?

Com efeito, o estudo ora a ser desenvolvido apresenta como tema problema: quais medidas poderão ser adotadas pelo Poder Público, na tentativa de combater o transporte ilegal?

Ademais, como é possível uma atividade ilícita se manter escancarada assim? Será que há ausência de fiscalização? Ou, de que forma estes transportadores conseguem confrontar os institutos normativos existentes?

O presente artigo pretende apontar como hipótese, diretrizes a serem tomadas pelo Poder Público, ao citar como exemplo, investimentos que contemplem uma estrutura para que as autoridades competentes possam fiscalizar o transporte ilegal de forma adequada; e também implementar políticas públicas que busquem ressaltar os danos ocasionados por meio desta atividade ilícita, na tentativa de alertar e sensibilizar os usuários dos riscos que podem correr.

Para tanto, devido à importância do referido trabalho foi realizada entrevistas com três especialistas no setor de transporte e um especialista tributário, na tentativa de esclarecer as perguntas norteadoras do presente artigo e evidenciar o desequilíbrio socioeconômico ocasionado ao Poder Público, relativo a milhões que deixam de ser arrecadados por meio desta atividade ilícita. Nesta esteira, foram analisadas também as medidas sugeridas pelos entrevistados na tentativa de combater o transporte ilegal de passageiros.

Enfim, independente do diagnóstico deste artigo, o que se almeja é o desenvolvimento de futuros estudos, como contribuição ao combate do transporte ilegal de passageiros. Com tudo isso, desejamos que os usuários desenvolvam a conscientização em relação às consequências do uso do transporte ilegal e utilizem o regular. Logo, o que se pretende é proporcionar à sociedade melhoria no transporte legalizado, e que esta, possa viajar com qualidade, conforto e segurança.

2. TRANSPORTE ILEGAL DE PASSAGEIROS

Em meados da década de 1990, ao surgir um intensificado número de carros e vans pelas rodovias e cidades brasileiras em decorrência do intenso desenvolvimento industrial, econômico, dentre outros, deparou-se com a realização de um amplo debate que envolveu pesquisadores, empresários e representantes do poder público. Cabe ressaltarmos que estes interessados “enfrentam um inimigo comum: os transportes “informais”, “clandestinos” ou “ilegais”, cuja concorrência produziria a quebra das empresas e a perda de qualidade do transporte ao provocar a desordem nas ruas e a degradação das condições ambientais” (MAMANI, 2000, p. 1).

A Lei Estadual 19.445/2011 (estabelece normas para coibir o transporte metropolitano e intermunicipal clandestino de passageiros no Estado de Minas Gerais), em seu artigo 2º, I, apresenta a seguinte definição do transporte ilegal de passageiros:

Art. 2º Para efeitos desta Lei, considera-se clandestino o transporte metropolitano ou intermunicipal remunerado de passageiros, realizado por pessoa física ou jurídica, em veículo particular ou de aluguel, que:

I - não possua a devida concessão, permissão ou autorização do poder concedente;

II - não obedeça a itinerário definido pela Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas - SETOP (ESTADO DE MINAS GERAIS, Lei Estadual 19.445 de 2011).

Destarte, conforme estabelecido nesta é cediço que o transporte de passageiros realizado sem a devida concessão, permissão ou autorização do poder concedente é considerado transporte ilegal.

Neste cenário é possível vislumbrar diversas nomenclaturas para denominá-lo, como “alternativo”, “ilegal” e “clandestino”, mas qual será a correta?

A princípio ao analisarmos o significado de “alternativo”, definido como opção ou escolha. É equivocada esta denominação, tendo em vista não ser correto estabelecermos parâmetros de escolha, diante de uma atividade regular e outra totalmente contrária ao arcabouço jurídico. Desta forma, a definição de clandestino não deveria ser utilizada, pois pressupõe algo realizado às escondidas; que contradiz a realidade, pois esta atividade processa-se às claras.

Logo, a denominação mais condizente é a do “ilegal”, uma vez que se trata de atividade que viola o que está expresso em lei.

O transporte ilegal de passageiros geralmente se realiza em torno das rodoviárias, uma vez que nessas áreas os passageiros são persuadidos com a venda de “bilhetes” mais baratos por aliciadores que organizam esta atividade. É importante frisarmos que, no “Nordeste e na capital paulista, ruas inteiras são transformadas em terminais fixos de onde partem os ônibus irregulares” (ABRATI, 2004, p.14).

Esta atividade preocupa de maneira incalculável os empresários deste setor, pois estes serviços são exercidos na maioria das vezes por vans, ônibus, que trabalham somente nos horários de movimento de passageiros. Diante disso, há uma violação do

que é estabelecido pela legislação, como o descumprimento de itinerários, recolhimento de impostos, respeito às faixas próprias, limites de velocidade e também sem a concessão de nenhum tipo de gratuidade, que são impostas às empresas regulares. Ademais, é relevante dizer da concorrência ruínosa com as concessionárias prestadoras de serviço do transporte de passageiros.

Cumpre ressaltarmos que, essa conduta ilícita abarca diversos problemas que foram explicitados na dissertação de Juliana Almeida Coimbra:

O estudo realizado pelo DER-MG (2003) elucidada que o transporte irregular dá margem para diversos questionamentos importantes, como: baixa segurança, aumento da tarifa em função da baixa ocupação, a ineficácia dos órgãos regulamentadores como também:

- a) viola as leis trabalhistas determinadas pela CLT;*
- b) não recolhe tributos gerando evasão fiscal;*
- c) promove concorrência desleal e ruínosa;*
- d) é exercício ilegal da profissão de motorista;*
- e) dificulta a apuração da responsabilidade objetiva;*
- f) não atende o interesse público;*
- g) não possui universalidade para o serviço prestado;*
- h) não dispõe de continuidade, regularidade e confiabilidade;*
- i) não possui padrão de qualidade;*
- j) não possui controle ambiental rigoroso frente às emissões de gás carbônico. (COIMBRA, 2011, p. 72).*

Nessa vertente ao explanarmos a respeito de alguns fatores primordiais que predispõe a proliferação de vans e ônibus ilegais, como: o aumento promissor de renda para os transportadores ilegais, pois os mesmos não recolhem os tributos devidos. Desta forma, colocam as tarifas bem abaixo das concessionárias de serviço público. Registramos também a falta de políticas públicas que contemplem a melhoria no setor de transporte, tanto no sentido de planejamento quanto operacional. É necessário evidenciarmos que estes serviços possuem itinerários flexíveis devido a sua comodidade, diferentemente das empresas regulares, as quais devem respeitar o itinerário definido pela Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas – SETOP. Por fim, há existência de decisões liminares proferidas pelo Poder Judiciário, que permitem esta atividade.

Neste contexto, para agravar a situação de acordo com as informações do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG, que corroboram estatísticas arrasa-

doras onde o número de veículos de transportadores ilegais já atinja 20.000 (vinte mil). Com efeito, superam a de 16.470 (dezesesseis mil e quatrocentos e setenta) da frota dos devidamente legalizados no Estado de Minas Gerais.

Cabe frisarmos que os usuários do transporte ilegal ao usufruir do mesmo por ser mais barato e cômodo, não avaliam as consequências em relação ao uso. Em uma reportagem do Jornal Hoje em Dia, do dia 16/12/2012 demonstra: (Ônibus ilegal deixa mulher paraplégica), "a passageira relata o drama de ser vítima de acidente da empresa que mantém rodoviária clandestina, em Belo Horizonte".

Nessa linha, é válido afirmar que nem o (DPVAT) – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, este seguro obrigatório não é garantido a esses usuários do transporte ilegal de passageiros. Portanto, evidencia-se um barato, cômodo e prático que em muitas vezes sairá caro, até mesmo com a perda da própria vida.

Com efeito, trata-se de uma evidente banalização; um serviço público desempenhado ilicitamente, que não traz de forma alguma soluções às necessidades públicas.

Para tanto, diferentemente dos transportadores ilegais de passageiros, as empresas regulares devem prestar os seus serviços de forma segura, regular, eficiente, contínua, atual, com cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas. Desse modo, as concessionárias de serviço público possuem responsabilidade objetiva, com o dever de arcar na ocorrência de danos aos seus usuários.

É importante elucidarmos que não basta à aquisição de van, de ônibus ou até mesmo de qualquer veículo, para que se possa exercer o transporte intermunicipal de passageiros é necessário obedecer todos os ditames legais. Este relevante assunto envolve interesse público, o qual possui diversas legislações concernentes que foram expostas acima. Uma delas é o Decreto Estadual 44.035/2005, que estabelece normas sobre a autorização para a prestação de serviço fretado de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. Por meio do decreto supracitado é concedido ao DER/MG o poder de polícia para que possa exercer a fiscalização, com isso o mesmo pode realizar o seu papel ao combate ao transporte ilegal.

Em entrevista concedida pelo Chefe da Fiscalização Intermunicipal do DER/MG Wallace Athayde Rodrigues:

O DER/MG realiza várias ações nas quarenta regionais que detém em todo o Estado de Minas Gerais. Assim, em conjunto com a diretoria de fiscalização e o núcleo de fiscalização intermunicipal, em parceria com o sindicato e as empresas regulares, há um labor unificado na busca da formalização

e oficialização das denúncias de concorrência ruinosa. Diante disso, as empresas e o sindicato oficiam nessas regionais onde há empresas ilegais (RODRIGUES, APÊNDICE A - Resposta 3).

Nesse contexto, afirma Wallace Athayde Rodrigues que:

O DER/MG promove a sua fiscalização com base Decreto 44.035/2005 e na Lei nº 19.445/2011, haja vista que o primeiro diz respeito a regulação do transporte fretado em Minas Gerais, já a segunda refere-se a normas para coibir o transporte ilegal. A partir disso, são montadas escalas juntamente com a polícia rodoviária federal. Desta forma, as ações são desempenhadas com o enfoque em combater esta atividade ilícita, com o amparo nesses dispositivos normativos citados (RODRIGUES, APÊNDICE A - Resposta 3)².

Nesse panorama, a Lei 19.445/2011 prevê em seu artigo 6º, medidas a serem sobrepostas aos transportadores ilegais de passageiros, as quais são aplicadas aos transportadores, que exercerem o transporte de passageiros de forma ilegal terão o seu veículo apreendido, e sua restituição ocorrerá somente com o prévio pagamento das multas vencidas, taxas, despesas com transbordos dos passageiros, transbordos dos passageiros, remoção e estada.

No que tange as políticas públicas existentes que visam alertar os usuários quanto aos riscos do transporte ilegal, o Chefe da Fiscalização Intermunicipal do DER/MG informa que:

O DER/MG por meio da gerência de comunicação no trânsito, com convênio com o sindicato realiza campanhas e blitzs educativas, geralmente em época de feriado, utilizando cartazes dentro dos ônibus e veículos, alertando o quanto é perigoso e nocivo, tanto para a sociedade, quanto para o poder público o transporte ilegal de passageiros. (RODRIGUES, APÊNDICE A - Resposta 4)³.

É importante ressaltarmos a problemática existente no momento de aplicar-se à Lei Estadual 19.445/2011. Com o advento da referida lei iniciou-se uma discussão a respeito da constitucionalidade da sanção de apreensão do veículo, e de suas medidas condicionantes a liberação do mesmo. Com as primeiras apreensões de veículos, os transportadores ilegais de passageiros começaram a ingressar no Poder Judiciário via Mandado de

Segurança e até algumas vezes por meio de Ação Ordinária, com o intuito da liberação de seus veículos apreendidos, bem como o não pagamento de multas, taxas, despesas com transbordo de passageiros, remoção e estada.

Com efeito, esta situação começou a agravar-se em decorrência das liminares concedidas pelo Poder Judiciário. Desta forma, desde o instante em que a supracitada lei entrou em vigor, até agora existem diversas ações em tramitação no Poder Judiciário no que tange esta matéria.

Nesta esteira, de um lado está o DER/MG juntamente com o sindicato da categoria, na tentativa em combater o transporte ilegal de passageiros. No caso da Autarquia, por meio do Poder de Polícia conferido pela legislação pertinente. E de outro, os transportadores ilegais de passageiros, com a justificativa na livre iniciativa e do argumento de que precisam trabalhar.

Neste diapasão, o DER/MG tem alegado que em conformidade com o princípio da legalidade, que a Administração Pública não pode deixar de aplicar a lei existente, a qual comina a sanção de apreensão de veículo nas situações nela previstas. A Autarquia ressalta que, os transportadores ilegais na verdade visam afastar a aplicabilidade da lei em tese, com o intuito de conseguir a chancela do judiciário, para que possam exercer esta atividade ilícita. Nessa linha, argumentam que a fiscalização exercida pelo Estado, não pode ser impedida via mandado de segurança, que para a realização do transporte intermunicipal é necessário a autorização do DER/MG, o qual é detentor do poder de polícia, e que este possui a finalidade precisamente de limitar os direitos individuais, em prol de um interesse coletivo maior. Desta forma, o DER/MG afirmar que a Lei Estadual 19.445/2011, ao estabelecer a apreensão do veículo, teve como escopo preencher a carência da legislação mineira; na tentativa de coibir a prática do transporte ilegal, com o intuito de afastar a impunidade. Nesses termos, elucida também que o Código Nacional de Trânsito determina claramente entre suas sanções, a apreensão dos veículos. Com efeito, há a possibilidade do Distrito Federal e os Estados de justaporem suas sanções no que tange a fiscalização do trânsito. E finalmente, que a Lei Mineira está em conformidade com os artigos 22, I, V e VI, e art.256, IV e §2º, todos do CTB, diante disso, não há transgressão ao determinado no disposto no art.22, XI, da CR/88. Logo, é cediço que a constitucionalidade da referida lei.

Lado outro, são as argumentações dos transportadores ilegais, de que é inconstitucional a apreensão do veículo haja vista, a realização do transporte ilegal de pessoas, bem com condicionar a liberação de veículo apreendido, ao pagamento das despesas elencadas na Lei Estadual 19.445/2011. Nessa mesma linha, aduzem que a mencionada norma estabelece penalidades mais gravosas, que vão de encontro com as dispos-

tas na Lei Federal (Código de Trânsito Brasileiro). Com efeito, isso seria inadmissível constitucionalmente.

Nessa vertente, indagam que de acordo com o preceituado no art. 231, VIII, da Lei n. 9.503/97, o transporte ilegal de passageiros é punido com multa e retenção do veículo. Destarte, é arbitrária e ilegal a apreensão do veículo, bem como o condicionamento da liberação do mesmo, somente quando houver o pagamento de multas e de despesas com remoção e estadia. Por fim há ausência de guarida legal, haja vista que a lei apenas dispõe a medida de retenção.

Para tanto, a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça se contrapõem a ambos os lados:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS - APARENTE CLANDESTINIDADE - PEDIDO VISANDO COMPELIR O DER/MG A SE ABSTER DE ATOS DE FISCALIZAÇÃO E REGULAÇÃO - INVIABILIDADE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NÃO DEMONSTRADO - SENTENÇA REFORMADA. Não é plausível que se almeje, por intermédio de ação judicial, a abstenção por parte da Administração de atos e funções que lhe são próprios, inerentes ao desempenho das atividades administrativas. Aliás, na hipótese, os atos administrativos questionados possuem natureza vinculada. Vale dizer: ante a ocorrência de determinada situação fática, o agente administrativo deve agir, por expressa disposição legal. Agindo assim, cumpre ditames próprios da atividade administrativa, exercendo, em nome da preservação do interesse público coletivo, a regulação e o controle do desempenho de atividades econômicas por particulares. (TJMG - Processo 1293211-63.2012.8.13.0024 - 1.0024.12.129321-1/003 - Relator: Des. Geraldo Augusto - Data da publicação: 03/05/2013).

Nesse sentido, esclarecedores são os ensinamentos do eminente Desembargador Geraldo Augusto apresentados no acórdão acima:

O DER/MG não só pode como também deve fiscalizar a prestação do serviço de transporte de passageiros, utilizando-se dos instrumentos legais e administrativos postos à sua disposição para tanto. É a concretização do poder-dever da Administração Pública". "Nessas circunstâncias específicas, conclui-se que não há direito líquido e certo a am-

parar a pretensão do impetrante, consubstanciada na busca da prestação livre e ilimitada do serviço de transporte de pessoas, exigindo-se do DER a abstenção de práticas que efetivem a sua regulação e fiscalização. (TJMG - Processo 1293211-63.2012.8.13.0024 - 1.0024.12.129321-1/003 - Relator: Des. Geraldo Augusto - Data da publicação: 03/05/2013).

Nesses termos, com propriedade a ilustríssima Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade em seu voto argumenta:

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS - APREENSÃO DO VEÍCULO - LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE DESPESAS PREVISTAS NA LEI ESTADUAL 19.455/2011 - APREENSÃO E MULTA - POSSIBILIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 2751 - MEDIDAS ADMINISTRATIVAS QUE SE INSEREM NO PODER DE POLÍCIA E DE FISCALIZAÇÃO DO TRANSPORTE CLANDESTINO PELO ESTADO. O Plenário do STF reconheceu, no julgamento da ADI nº 2751, que os Estados podem estabelecer, em suas leis, a penalidade de apreensão de veículo utilizado no transporte clandestino, inclusive estabelecendo penalidade não prevista na lei federal, o que não ofende a Constituição nem a Lei federal, pela delegação conferida aos Estados para legislar sobre medidas administrativas e para exercer a sua atribuição delegada de fiscalização do transporte clandestino, bem como em virtude de seu poder de polícia. Reconhecida a constitucionalidade da apreensão e da multa prevista na Lei Estadual nº 19.455/2011 em virtude de transporte clandestino. (Processo 0074297-87.2013.8.13.0000 - 1.0024.12.134013-7/002 - Vogal: Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade - Data da publicação: 18/04/2013).

Nesse ponto é necessário elucidarmos as sábias palavras da Emérita Desembargadora em seu voto:

A Lei Estadual não legisla sobre o transporte, apenas estabelece a apreensão para o caso de transporte clandestino, no seu poder de polícia. Assim, não se trata de legislar sobre o transpor-

te, mas de legislação de cunho administrativo. E, assim sendo, não há que se falar em inconstitucionalidade em face de invasão de competência, na realidade não existente (Processo 0074297-87.2013.8.13.0000 - 1.0024.12.134013-7/002 - Vogal: Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade - Data da publicação: 18/04/2013).

Todavia, há o entendimento contrário a este exposto acima desse mesmo Tribunal com a seguinte interpretação:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS - LIBERAÇÃO DO VEÍCULO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE DESPESAS PREVISTAS NA LEI ESTADUAL 19.455/2011 - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO TJMG E STJ. - Em consonância com o art.231,VIII, do CTB, ao transporte irregular de passageiros, deve ser aplicada a medida administrativa de retenção do veículo. - Nesse sentido, não deve a Lei Estadual estatuir penalidade mais severa para liberação do veículo, porquanto cabe à União legislar privativamente sobre trânsito e transporte. - Recurso desprovido. (Processo 0074297-87.2013.8.13.0000 - 1.0024.12.134013-7/002 - Relator: Des.(a) Eduardo Andrade - Data da publicação: 18/04/2013).

Nesse cenário desafiador, há um dos grandes problemas da presente pesquisa, sendo a luta deflagrada pelo DER/MG e transportadores ilegais. Em entrevista ao Chefe da Fiscalização Intermunicipal do DER/MG, que corrobora que a maior dificuldade que o DER/MG enfrenta para coibir o transporte ilegal:

É o fato do poder judiciário está concedendo inúmeras liminares; o nosso setor jurídico tem debruçado para poder cumprir a determinação da justiça. Então, uma decisão dessas, de um juiz, explode na nossa fiscalização! Vem uma determinação de que o DER/MG pode fiscalizar o veículo, mas não pode proibir que ele exerça a atividade de transporte ilegal. Estas decisões determinam que o DER/MG, se abstenha de aplicar a penalidade de apreensão aos veículos da parte, quando configurada a incidência do art.6º, II, e art.7º, §1º, ambos da Lei Estadual 19.445/11. (RODRIGUES, APÊNDICE A - Resposta 7)⁴.

Nessa linha é evidente que um dos motivos que o transporte ilegal tem aumentado no Estado de Minas é o fato da concessão de liminares pelo Poder Judiciário ao permitir a liberação dos veículos desses transportadores. Nesse mesmo sentido o ilustre Coronel Wallace Suares afirma:

As liminares tem sido um dos maiores empecilhos a fiscalização, tendo em vista que o transportador ao conseguir esta liminar, que determina que a Autarquia fiscalizadora abstenha-se de fiscalizar e apreender o carro que realiza o transporte irregular. Isto dificulta realmente o trabalho de combate desta atividade ilícita. (SUARES, APÊNDICE B - Resposta 6)⁵.

Feitas essas considerações é possível vislumbrarmos o embate vivenciado pelo DER/MG, ao realizar seu papel de autarquia fiscalizadora, com o dever de cumprir o que a legislação vigente determina, e o impasse do poder judiciário, ao determinar que o DER/MG se abstenha de apreender os veículos daqueles que exercem o transporte ilegal.

Com efeito, é importante ressaltarmos que o Supremo Tribunal Federal em julgamento da ADI nº 2751, em um caso semelhante no qual o poder legislativo do Estado do Rio de Janeiro, editou lei que permite ao Executivo realizar a apreensão e desemplacar os veículos ilegais de transporte coletivo. Nesse formato, o STF pronunciou que essa legislação não afrontava a lei federal, e nem invadia a competência da União, por versar de lei com cunho administrativo.

Cabe ressaltarmos que a diferenciação entre a lei mineira e a lei carioca é que nesta última há autorização da apreensão e o desemplacamento do veículo, enquanto que na primeira há autorização da apreensão e multa, não estabelece o desemplacamento.

Desta forma, o STF posicionou-se no entendimento que a apreensão como modalidade de sanção não prevista a Lei Federal é permitida, pois a Constituição de 1988 prevê dentro da competência do poder de polícia concedido aos Estados.

Assim, é visível que os que detêm o entendimento de que a apreensão é um ato ilegal, pois, a Lei Federal estabelece a retenção, não possuem a visão que é acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu em caso de transporte ilegal ser permitida a apreensão do veículo.

Eis a ementa do raciocínio do Pretório Excelso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. LEI 3.756, DE 2002, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. I. - Lei 3.756/2002, do Estado do Rio de Janeiro, que autoriza o Poder Executivo a apreender e desempla-

car veículos de transporte coletivo de passageiros encontrados em situação irregular: constitucionalidade, porque a norma legal insere-se no poder de polícia do Estado. II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 2751, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2005, DJ 24-02-2006 PP-00005 EMENT VOL-02222-01 PP-00092)

Por derradeiro, em fechamento dessa problemática a que se salienta a necessidade de maior sensibilidade na verificação da implementação da lei ao caso concreto. É visível que infelizmente a prática do transporte ilegal aumenta, e que suas consequências são desastrosas ao poder público, empresas de transporte de passageiros legalizadas e a população. Todavia, por meio de uma hermenêutica constitucional é que o intérprete deve analisar a norma a fundo com uma visão pós-positivista, na busca da intenção que o legislador teve no momento da criação da mesma, trazendo a aplicabilidade para os dias atuais. Assim sendo, além dos aspectos legais percorridos é necessário vislumbrarmos que na criação do Código de Trânsito Brasileiro, não havia de forma devastadora o transporte ilegal de passageiros. Sendo necessárias agora, medidas específicas para que esta atividade não fique impune.

Diante o exposto é importante compreendermos uma das consequências imensuráveis do transporte ilegal de passageiros, que é o instituto da Evasão Fiscal

3. EVASÃO FISCAL NO TRANSPORTE ILEGAL DE PASSAGEIROS

A Evasão Fiscal é a prática de ato que viola a lei, realizado após o fato gerador da obrigação, que visa reduzi-lo ou ocultá-lo. Registramos que sua previsão legal é delineada na Lei de Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra Relações de Consumo (Lei n.º 8.137/90).

Nesta esteira André Mendes Moreira define com propriedade: "Evasão fiscal constitui a prática, concomitante ou posterior a incidência tributária, na qual são utilizados meios ilícitos (fraude, sonegação, simulação) para escapar ao pagamento de tributos" (MOREIRA, 2003, p.2).

Noutro enfoque, a Elisão é definida diferentemente da Evasão por Moreira como:

Elisão fiscal corresponde à prática de atos lícitos, anteriores à incidência tributária, de modo a obter-se legítima economia de tributos, seja impedindo-se o acontecimento do fato gerador, seja excluindo-se o contribuinte do âmbito de

abrangência da norma ou simplesmente reduzindo-se o montante de tributo a pagar (MOREIRA, 2003, p.2).

É importante registrarmos que o escopo da Elisão é alcançar uma economia fiscal, de modo a reduzir a carga tributária sem contrariar a legislação. No entanto, é necessário analisarmos os efeitos econômicos e jurídicos de cada operação, pois implementada esta, será considerada a ocorrência do fato gerador, conforme artigo 116 do CTN, com a existência da obrigação tributária.

Portanto, a elisão fiscal é lícita, pois é feita em conformidade com a legislação. Diferentemente da Evasão Fiscal que é praticada a margem da lei.

Além, desses dois fenômenos há também o chamado Planejamento Tributário, denominado algumas vezes pela doutrina de Elisão. Entretanto, trata-se de gênero no qual a Elisão Fiscal é espécie.

Nesses termos, esclarecedoras são as palavras de Souza ao definir o planejamento tributário como "o conjunto de condutas, comissivas ou omissivas, da pessoa física ou jurídica, realizadas antes ou depois da ocorrência do fato gerador, destinadas a reduzir, mitigar, transferir ou postergar legalmente os ônus dos tributos" (SOUZA, 2005, p. 6).

Cabe ressaltarmos que este é dividido em duas fases: no qual a primeira é compreendida pela elisão fiscal, realizada antes do fato gerador.

Nessa linha, esta fase comporta planejamentos promovidos por profissionais especialistas como administradores, advogados, contadores e economistas que visam estudar os empreendimentos da pessoa física ou jurídica de modo a minimizar os ônus tributários. Este procedimento é feito devido às análises da legislação tributária por meio de lacunas apresentadas nestas, que fornecem outros meios ou contradições neste sistema.

É importante evidenciarmos que a Lei Complementar n. 104/2001 alterou o artigo 116 do CTN, "pelo que se autorizou a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária" (SOUZA, 2005, p. 6).

Desta forma, a referida legislação passou a ser denominada de norma "anti-elisão".

Entretanto, ocorreu uma equiparação errônea ao igualar a elisão fiscal como evasão fiscal, haja vista que as duas são institutos totalmente distintos, enquanto a primeira é realizada de acordo com a lei, a segunda é contrária ao arcabouço jurídico.

A Elisão é amparada pela Constituição da República de 1988, em seu art. 150, III, "b", ao tratar a respeito do princípio da anterioridade que assegura ao contribuinte o pagamento so-

mente no exercício financeiro seguinte da lei que instituiu ou aumentou o tributo, salvo exceções é claro.

Destarte, o tributo deve respeitar o princípio da legalidade, o qual poderá ser exigido conforme estabelecido em lei.

Logo, Marcus Vinícius Saavedra Guimarães de Souza corrobora ser "inadmissível uma norma "anti-elisão"" (SOUZA, 2005, p. 6). É cediço que a Constituição de 1988 estabelece que "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Pelo exposto SOUZA salienta que a "Lei Complementar n. 104 só poderá ser vista, como norma "anti-evasão", na medida em que a elisão fiscal constitui atividade preventiva e em plena consonância com a lei, descortinando uma maior margem de redução fiscal" (SOUZA, 2005, P.7).

A Constituição de 1988 prevê o princípio da estrita legalidade, bem como o mesmo regula o Direito Tributário. Portanto, não pode o Fisco impor obrigação não estabelecida em lei.

Nessa linha, na situação em que a legislação não trouxe previsão, o contribuinte poderá obter a devida vantagem ao utilizar-se da Elisão fiscal, pois o mesmo não irá contrariar a lei.

No entanto, a norma anti-elisão vai de encontro com o artigo 150, I, da CR/88, o qual dispõe que para ocorrer a obrigação fiscal é necessário a previsão legal.

Nesses termos, em decorrência desta lei o Poder Executivo e o Fisco possuem o "direito de desconsiderar a lei aplicada" e "criar" lei individual a ser aplicada a cada hipótese que desejar, sob a alegação de que teria havido, em cada uma, o desejo do contribuinte de pagar menos tributos, utilizando-se de mecanismos legais". (SOUZA, 2005, p. 8)

Nessa perspectiva, o artigo 116 parágrafo único do CTN, fere a artigo 150, I, da CR/88.

Por derradeiro é notório que a norma anti-elisão não impõe nenhum limite. Diante dessas considerações pode o fisco alegar que o contribuinte ao realizar aquela operação dissimulou para pagar um valor menor de tributação.

Face ao argumentado anteriormente, ficou visível a diferenciação dos institutos da evasão e elisão fiscal. Para tanto é necessário abordarmos que os transportadores de passageiros ilegais, exercem uma atividade ilícita com o intuito de escapar do não pagamento de tributos por meio de fraude, simulação e sonegação. Logo, concorrem à prática da Evasão Fiscal.

Cabe registrarmos que no estudo realizado na Dissertação de (CERQUEIRA, 2007, p. 118) é possível vislumbrarmos que milhões de reais são deixados de serem arrecadados pelo Poder Público, devido ao transporte ilegal de passageiros. Deste modo, o Estado é lesado, e com isso há ocorrência de um desequilíbrio socioeconômico.

Segundo o Chefe da Fiscalização Intermunicipal do DER/MG, Wallace Athayde Rodrigues:

O desequilíbrio socioeconômico é principalmente na questão tarifária. Haja vista, que com a ação do transporte ilegal as empresas do transporte regular elas deixam de realizar o transporte então isso vai acarretar o que? Vai diminuir o número de viagem, diminuindo o número de viagem diminuindo a arrecadação, diminuindo a arrecadação, quando for fazer uma nova planilha de custos do sistema operacional do transporte vão ver que as empresas estão diminuindo a capacidade operacional delas. Isto acarreta o que? As empresas terão que mandar funcionários embora, porque ela não vai conseguir manter uma frota, uma empresa com vários veículos se ela não está trabalhando, operacionalizando aquela linha. Então muitas vezes linhas são desativadas em função da demanda cair demais. Se ela está vendo que a linha não está tendo demanda, ela tem o prazo de 10 dias, para oficialar a SETOP e solicitar a desativação daquela linha. Então isto prejudica a população daquela região também, porque uma região que não tem o transporte regular estará a mercê do ilegal. E isto causa um desequilíbrio econômico e financeiro tanto nas empresas quanto na região, onde eles agem também. (RODRIGUES, APÊNDICE C - Resposta 2)⁶.

Diante ao exposto, permeados por toda ilegalidade desempenhada pelos transportadores ilegais, devido à prática da Evasão Fiscal, entraremos no quarto capítulo, o qual demonstrará sobre o ICMS, imposto vinculado à atividade de transporte de passageiros.

4. ICMS – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÕES

As concessionárias de serviço público, prestadoras do transporte de passageiros, tanto no âmbito interestadual quanto no intermunicipal, estão submetidas ao pagamento do ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. Ocorre que o mesmo é de competência Estadual e do Distrito Federal e que está relacionado neste setor de forma ampla, desde a obtenção de recursos, os quais envolvem esta atividade, como também na venda de bilhetes de passagem.

Conforme artigo 16 do CTN " Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte".

É um imposto previsto no artigo 155, II, da Constituição de 1988 não-cumulativo, o qual a incidência é realizada sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. É considerado uma das fontes primordiais de arrecadação do Estado a implementação de políticas públicas e para o pagamento das custas do Poder Público.

As normas gerais do ICMS estão determinadas na Lei Complementar n° 87/1996.

No Estado de Minas Gerais, o ICMS é regido pela Lei n° 6.763/1975 e o Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto Estadual n° 43.080/2002.

Como já mencionado o ICMS é um imposto que incide sob operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Nesse sentido, é relevante evidenciarmos que de acordo com o art. 2° do RICMS/02, aprovado pelo Decreto n.º 43080/2002 "o fato gerador ocorre, dentre outras hipóteses, na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular".

Insta esclarecer que a base de cálculo do ICMS, a que se considerar o montante tributável, cujo valor será analisado sobre a alíquota que corresponde à prestação ou operação. Logo o imposto incide sobre o valor da prestação ou operação, conforme a disposição normativa RICMS/02 nos artigos 43 a 54 que determinam a base de cálculo do referido imposto.

Uma técnica utilizada para apuração desse imposto é o crédito presumido, o qual consiste em realizar substituições dos créditos que são passíveis de apropriação em razão da entrada de bens ou mercadorias, que será feito ao verificarmos um percentual referente ao imposto debitado na prestação do serviço ou na saída de mercadorias, de acordo com o RICMS/02 em seu art. 75.

Nesta esteira, o contribuinte do ICMS será qualquer pessoa, jurídica ou física, que realize operação referente à prestação de serviço ou à circulação de mercadoria exposta como fato gerador de acordo com o RICMS/02 no seu art. 55.

Para que seja considerado contribuinte é necessária a prática de prestações ou operações de serviços de transporte intermunicipal ou interestadual, ou de comunicação com habitualidade, ou intuito comercial.

É relevante elucidarmos que o Decreto Estadual 44.035/2005 que disciplina a autorização para prestação de serviço fretado de

transporte rodoviário intermunicipal de pessoas, o qual prevê a seguinte disposição no que tange a fiscalização:

Art. 3º O acompanhamento, controle e fiscalização das atividades disciplinadas neste Decreto serão exercidos em conjunto ou isoladamente, respeitada a competência de cada qual, pelo DER/MG, Polícia Militar de Minas Gerais - PMMG, Secretaria de Estado de Defesa Social, Secretaria de Estado de Fazenda, Secretaria de Estado de Turismo e qualquer outro órgão ou entidade competente, que para tanto, estão autorizados a celebrar acordo ou convênio, se necessário (ESTADO DE MINAS GERAIS, Decreto Estadual 44.035 de 2005).

Para tanto vale dizer que o DER/MG realiza a fiscalização no tocante ao combate do transporte ilegal de passageiros. Já em relação a questões tributárias quem tem feito a fiscalização é a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais juntamente com a Polícia Militar, ao autuarem esses transportadores ilegais transcrevem um boletim de ocorrência que consta informações, as quais o transportador não possui cadastro de Contribuintes do ICMS da Secretaria de Estado de Fazenda/MG. Desta forma, imputam a eles o pagamento do ICMS cumulado com multa de acordo com acórdão abaixo:

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL. Imputação fiscal de falta de inscrição estadual. A realização de quatro prestações de serviço de transporte de passageiros, em dias esporádicos, não configura a habitualidade necessária para caracterização de contribuinte do imposto. Assim, não restaram configurados nos autos os requisitos para determinar a necessidade de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS da Secretaria de Estado de Fazenda/MG. Infração não caracterizada. Excluída a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso I da Lei n.º 6.763/75.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO/PASSAGEIRO - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA. Imputação fiscal de falta de recolhimento de ICMS referente à prestação de serviço de transporte intermunicipal de passageiros desacobertada de documento fiscal. Uma vez que os Boletins de Ocorrência lavrados pela Polícia Militar do Estado

de Minas Gerais demonstram que realmente o Impugnante realizou transporte de passageiros em prestações de serviço intermunicipais, restou configurada a ocorrência do fato gerador do imposto estadual nestes casos específicos. Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/45, respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XVI, § 1º, mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos. (Acórdão 20.583/12/3ª - Relatora Luciana Mundim de Mattos Paixão - Conselho de Contribuintes do Estado Minas).

Consequências provocadas ao poder público, às empresas de transporte de passageiros e à população, advindas do não recolhimento do ICMS, pelos transportadores ilegais. De acordo com o Assessor Jurídico do DER/MG, Fernando Antônio Silveira Rodrigues são várias as consequências:

Ao poder público é a sonegação fiscal; pois estes transportadores exercem uma atividade ilícita, onde buscam burlar de todas as formas o que é previsto na legislação, e com isso não recolhem os tributos devidos. Desta forma, no que concerne ao "ICMS há uma perda de receita, e o pior disso tudo é que esta atividade gera uma concorrência ruínoza com as empresas". Destarte, o Estado fica lesado duplamente pelo não recolhimento do ICMS pelos transportadores ilegais, e pela perda da demanda de usuários das empresas regulares que pagam o ICMS. (RODRIGUES, APÊNDICE C - Resposta 1)7.

Nessa linha, o ilustre professor de Direito Tributário Gustavo da Matta, corrobora que o prejuízo para o Estado é vislumbrado pela:

Perda de arrecadação pelo poder público, devido ao não recolhimento do ICMS. Logo, não haverá investimentos. Em sequência, em relação à população, o mesmo afirma que, "quando há uma perda de arrecadação, o Estado tem menos receita, com efeito, a sociedade fica prejudicada pela inexistência de investimentos em infra-estrutura". Por fim, no caso das empresas de transporte há uma especificidade "de que o Estado depende de uma arrecadação". No entanto, "pelo fato dos transportadores ilegais não recolherem os tributos, e o Poder Público precisar desses recursos o que é feito?

Há uma elevação da tributação para as empresas que pagam. (MATTÁ, APÊNDICE C - Resposta 1)8.

Para tanto, o ilustre professor exemplifica da seguinte maneira:

O raciocínio é simples. Eu tenho uma despesa de dez, posso repartir isso entre dez pessoas. Quanto que cada um tem que pagar? Um. Mais se dessas dez, só cinco pagam, os outros cinco não pagam, e eu tenho que cobrir com esses dez, então vou cobrar quanto de cada um dos cinco? Vou cobrar dois. Assim, ao uma sobretaxa a quem paga, pois o Estado precisa do recurso. Ao encerrar fez a seguinte ponderação: além de sobretaxar do ponto de vista tributário prejudica do ponto de vista econômico. (MATTÁ, APÊNDICE C - Resposta 1)9.

As empresas de transporte de passageiros por terem que arcar com uma altíssima carga tributária, advinda do desequilíbrio ocasionado ao Poder Público pelas empresas que realizam o transporte ilegal, diante disso, não conseguem manter-se, haja vista a concorrência ruínoza que é provocada. Em reportagem da Revista da Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros — ABRATI demonstra que "em qualquer ramo de atividade, está provado que a economia informal aumenta e se fortalece quando a tributação é maior".

Nessa linha é interessante ressaltarmos que as tarifas do transporte rodoviário de passageiros são fixadas pelo Poder Público, de acordo com levantamentos de preços de equipamentos, folha salarial, insumos entre outros.

Neste contexto, o reajuste deveria ser somente na questão tarifária, pois os contratos estabelecem reajuste na ocorrência de quebra do equilíbrio socioeconômico. Com efeito, se a carga tributária fosse menor, as tarifas iriam reduzir e as empresas de transporte de passageiros legalizadas poderiam competir com os transportadores ilegais.

Nesse ponto é relevante destacarmos que iria ocorrer o efeito inverso do apresentado pelo professor Gustavo da Matta, onde haveriam mais passageiros que escolheriam o transporte regular, muitas empresas ilegais poderiam se legalizarem, com isso aumentaria a arrecadação dos impostos.

Para tanto digno de destaque a argumentação feita pelo Assessor da Diretoria de Fiscalização Fernando Antônio Silveira Rodrigues que afirma a necessidade da desoneração:

Advogo pela desoneração fiscal mesmo porque é um serviço público, em que é de competência dire-

ta do Estado, então quando o mesmo concede isso o serviço para a exploração do particular, deveria passar também a isenção e isso traduziria em uma série de benefícios para ao usuário de transporte: a passagem iria ser de menor valor, mais acessibilidade mais disponibilidade de transporte, quanto menor o preço da passagem, a implementação de transporte de massa, e isso tem uma consequência no trânsito porque em países por exemplo: Europeus se privilegia o transporte público é rara a pessoa ir trabalhar de carro próprio.

Se a empresa é desonerada dos impostos o que vai acontecer é que a passagem vai baratear, todo mundo vai preferir ir para um transporte legalizado. O qual é fiscalizado e que tem os veículos rigorosamente vistoriados, sujeitos ao cumprimento diário na oferta de transporte. Já o ilegal não, este vai no horário de oportunidade, trabalhar mais em fins de semana, em horários de pico, quer dizer ele não está sujeito a fazer uma oferta de transporte com baixa demanda, com as empresas de ônibus. Tem empresas de ônibus que são obrigadas a circularem horários de pouquíssima demanda. O transporte ilegal é realizado no horário que melhor lhe propicia maior arrecadação e com o veículo com completa lotação de passageiros.

Com isso é claro, que das maneiras eficientes de combater do transporte clandestino é a desoneração fiscal. A qual gera diversos benefícios como: a diminuição de veículos particulares na rua, melhores condições de oferecer um transporte de melhor qualidade, mais eficiente adequado em vias próprias exclusivas, redução do tempo de viagem, redução dos problemas de saúde dos usuários que reflete em despesas para o governo. E por aí vai, sociologicamente estudado há profundidade o alcance; mais empregos. Traria um transporte eficiente com um custo adequado, e seria uma solução enorme os problemas da sociedade. (RODRIGUES, APÊNDICE C - Resposta 3)¹⁰.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos cenários vislumbrados é o fato de vans, ônibus circularem ilegalmente, todos os dias. Desta forma, vivemos num país que realmente necessita desenvolver políticas públicas, neste setor. Catástrofes que envolvem o transporte ilegal são demons-

tradas diariamente em noticiários, revistas e jornais. Entretanto, qual o motivo desta atividade ilícita estar em constante aumento?

Por meio de entrevistas realizadas aos nossos ilustres entrevistados, os quais abordaram diversos problemas como: a falta de investimentos em pessoal e estrutura para operarem fiscalizações, de outro lado, colocou em questão também a omissão do Poder Público. No entanto, chegaram num acordo no que tange a Lei Estadual 19.445/2011, que estabelece normas para coibir o transporte metropolitano e intermunicipal clandestino de passageiros no Estado de Minas Gerais. Ressaltaram que a referida Lei é um mecanismo de combate ao transporte ilegal de passageiros, mas deve ser cumprida.

Entretanto, o embate que o Poder Judiciário Mineiro tem feito em relação a esta lei, onde o próprio STF na ADI nº 2751 já decidiu que a apreensão como modalidade de sanção não prevista na Lei Federal é permitida, pois a Constituição de 1988 prevê dentro da competência do poder de polícia concedido aos Estados. Assim, é visível que os que detêm o entendimento de que a apreensão é um ato ilegal, pois, a Lei Federal estabelece a retenção, não possuem a visão que é acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu em caso de transporte ilegal ser permitida a apreensão do veículo.

Desta forma, é necessária uma sensibilização de uma parte do Poder Judiciário Mineiro que é contra a medida de apreensão do veículo, uma vez que o próprio STF já decidiu tratar-se de uma norma de cunho administrativo, com isso não há invasão de competência. Pois, o que os transportadores ilegais de passageiros na verdade almejam é uma chancela do Judiciário para realizarem esta atividade ilícita.

Nesta esteira, em decorrência do transporte ilegal de passageiros, face que o mesmo aumenta no Estado de Minas Gerais, por causa dessas liminares concedidas pelo Poder Judiciário, as quais atrapalham o trabalho do DER/MG de Autarquia fiscalizadora investida do Poder de Polícia. Devido esta situação, um dos maiores problemas advindos do transporte ilegal é a Evasão Fiscal. Como já mencionado esta é a prática de ato que viola a lei, realizado após o fato gerador da obrigação, que visa reduzi-lo ou ocultá-lo. Diferentemente da Elisão Fiscal que é alcançar uma economia fiscal, de modo a reduzir a carga tributária sem contrariar a legislação. Os transportadores ilegais por não recolherem os tributos devidos, cometem um ilícito fiscal, com isso ferem o princípio da legalidade onde "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" Art. 5, II da CR/88, haja vista atuarem a margem da lei.

Com efeito, a Evasão Fiscal provoca diversos prejuízos ao erário, concessionárias de serviço público e a população, pois os transportadores ilegais não recolhem os tributos devidos. Diante disso,

de acordo com os entrevistados o Estado é duplamente lesado pelo não recolhimento do imposto da atividade desempenhada pelos transportadores ilegais, e com a perda da demanda da atividade que paga o imposto, no caso das empresas regulares. Os usuários são prejudicados devido aos serviços públicos prestados de maneira ineficientes, pois o Estado terá menos recursos para investir em infra-estrutura para a população em geral. E as empresas diante o não recolhimento dos impostos pelos transportadores são sobretaxadas com o aumento da carga tributária que já não é baixa.

Neste contexto, um dos impostos vinculados na prestação e operação da atividade do transporte de passageiros é o ICMS. Desta forma, pelo fato da ocorrência do fenômeno da Evasão Fiscal, os transportadores deixam de arrecadarem esse tributo, o qual é uma das fontes primordiais de arrecadação do Estado à implementação de políticas públicas e para o pagamento das custas do Poder Público.

Nessa linha, é notório o desequilíbrio socioeconômico advindo do transporte ilegal que necessita ser combatido. É relevante ressaltarmos que, o DER/MG é somente uma Autarquia fiscalizadora do setor de transporte metropolitano e intermunicipal de passageiros. Haja vista que, quem realiza a fiscalização no tocante à questões tributárias é a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais juntamente com a Polícia Militar, o qual promove a autuação desses transportadores ilegais, transcrevem um boletim de ocorrência que consta informações, uma das quais é o fato de que o transportador não possui cadastro de Contribuintes do ICMS da Secretaria de Estado de Fazenda/MG.

Nesses termos é aberto um processo administrativo no qual apura a situação, e que geralmente tem punido os transportadores com o lançamento forçado do ICMS e multa. Entretanto, infelizmente o fato de Minas Gerais ser um Estado com uma malha rodoviária enorme é difícil a autuação ao combate do transporte ilegal.

Por derradeiro, como resposta da pergunta norteadora da presente pesquisa as medidas que poderiam ser adotadas pelo Poder Público, sugeridas pelos entrevistados no combate do transporte ilegal de passageiros além, do Poder Judiciário Mineiro entender a necessidade da penalidade de apreensão uma vez que o STF entendeu pela sua constitucionalidade. A que se considerar que na criação do Código de Trânsito Brasileiro, não havia de forma devastadora o transporte ilegal de passageiros. Sendo necessárias agora, medidas específicas para que esta atividade não fique impune. Outra sugestão abordada foi o fato da redução da carga tributária onde as tarifas iriam reduzir e as empresas de transporte de passageiros legalizadas poderiam competir com os transportadores ilegais. Desta forma, como vislumbrado no trabalho, que os passageiros optam pelo transporte ilegal, devido ao preço da passagem mais barata. Nesses termos, isto em

tese não iria acontecer, uma vez que as passagens das empresas regulares também teriam seus preços reduzidos.

Diante o ocorrido o Estado arrecadaria mais impostos tendo em vista, o aumento de passageiros que optariam pelo transporte legalizado e as empresas que exercem o transporte ilegal se regularizariam. Nesses termos, o trânsito melhoraria, o Estado possuiria recursos para investimentos em políticas públicas. Enfim, teríamos um transporte eficiente com um custo adequado.

Finalmente em fechamento dessa problemática o que se almeja é o desenvolvimento de futuros estudos, como contribuição ao combate do transporte ilegal de passageiros. Com tudo isso, desejamos que os usuários desenvolvam a conscientização em relação às consequências do uso do transporte ilegal e utilizem o regular. Logo, o que se pretende é proporcionar à sociedade melhoria no transporte legalizado, e que esta, possa viajar com qualidade, conforto e segurança.

REFERÊNCIAS

- ABRATI, Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros. Revista Eletrônica. Disponível em: <<http://www.abrati.org.br/page/42>>. Acesso em 18 de Novembro de 2012.
- ANJOS, Dandrea Betânia Martins dos. *O Transporte Informal de Passageiros - Análise à luz do Sistema Positivo Brasileiro*. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribuna_l_contas/2002/01/-sumario?next=1>. Acesso em 18 de Novembro de 2012.
- ARAÚJO, Ivan Luiz de Vieira. Dissertação. (Mestrado em Geotecnia e Transporte). *Transporte Público Complementar de Passageiros: Um Estudo de Caso em Betim*. Belo Horizonte: UFMG, 2012. 141p.
- AVALONE FILHO, Jofir. *Estudo sobre o serviço Público de Transporte Coletivo de Passageiros e a Atividade dos Perueiros e Clandestinos*. Disponível em: <<http://www.cesarkallas.net/arquivos/livros/direito/00274%20-%20Estudos%20Sobre%20o%20Servi%20E7o%20P%20FAblico%20de%20Transporte%20Coletivo.pdf>>. Acesso em 18 de Nov. de 2012.
- BRASIL, *Constituição da República de 1988*. Portal Planalto - Presidência da República. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>> Acesso em 18 de janeiro de 2013.
- CERQUEIRA, André dos Santos. Dissertação. (Mestrado em Administração). *Fatores Determinantes do Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros na Bahia: Ameaças para Sustentabilidade e Qualidade Prestação do Serviço*. Salvador: UFBA, 2007. p.167.
- COIMBRA, Juliana Almeida. Dissertação. (Mestrado em Administração). *A Evasão de Passageiros no Transporte Público Rodoviário: Porter Explica?* Pedro Leopoldo: FPL, 2011. 173p.
- CUSTOS, Contabilidade. *ICMS nas Empresas de Transporte de Passageiros*

do Estado do Ceará.

Disponível em: <http://www.classecontabil.com.br/site/trabalhos/ARTIGO_-_ICMS_NAS_EMPRESAS_DE_TRANSPORTE_DE_PASSAGEIROS2.pdf>. Acesso em 18 de Nov. de 2012.

DER/MG — *Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.der.mg.gov.br/>>. Acesso em 05 de abril de 2013.

ESTADO DE MINAS GERAIS, Decreto Estadual 44.035 de 2005, — *Assembleia de Minas*. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/index.html>>. Acesso em 18 de janeiro de 2013.

ESTADO DE MINAS GERAIS, Lei Estadual 19.445 de 2011, ALMG — *Assembleia de Minas*. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/index.html>>. Acesso em 18 de janeiro de 2013.

ESTADO DE MINAS GERAIS, *Jornal Hoje em Dia*, do dia 16 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/>>. Acesso em 16 de dezembro de 2012.

FERREIRA, Pedro; PARREIRAS, Mateus; RIBEIRO, Luiz. *Clandestinos já são maioria nas estradas*. Estado de Minas, Belo Horizonte, 03 de maio de 2012. Editorial, 21-22 p.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. 414 - 428 p.

MAMANI, Hernán Armando. *Alternativo, informal, irregular ou ilegal? O campo de lutas dos transportes públicos*. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/rural1/p6art2.pdf>>. Acesso em 18 de Nov. de 2012.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 410 p.

MOREIRA, André Mendes. *Elisão e Evasão Fiscal – Limites ao Planejamento Tributário*. Revista Eletrônica da Associação Brasileira de Direito Tributário. v. 21, 2003, p.11 - 17.

PINTO, Grazielle Reis de Moraes. Monografia. *EVASÃO FISCAL: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Newton Paiva. 2013.

SEF/MG — *Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br/>>. Acesso em 05 de abril de 2013.

SOUZA, Marcus Vinícius Saavedra Guimarães. *Elisão e Evasão Fiscal*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=636>>. Acesso em 23 de Maio de 2013.

STF — *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 05 de abril de 2013.

TJMG — *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em 05 de abril de 2013.

NOTAS DE FIM

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro suplente dos representantes dos condutores da 2ª Junta Administrativa de Recursos de Infrações de Contagem, MG — TRANSCON.

2 PINTO, Grazielle Reis de Moraes. Monografia. *EVASÃO FISCAL: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Newton Paiva. 2013. (RODRIGUES, APÊNDICE A - Resposta 3).

3 PINTO, Grazielle Reis de Moraes. Monografia. *EVASÃO FISCAL: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Newton Paiva. 2013. (RODRIGUES, APÊNDICE A - Resposta 4).

4 PINTO, Grazielle Reis de Moraes. Monografia. *EVASÃO FISCAL: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Newton Paiva. 2013. (RODRIGUES, APÊNDICE A - Resposta 7).

5 PINTO, Grazielle Reis de Moraes. Monografia. *EVASÃO FISCAL: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Newton Paiva. 2013. (SUARES, APÊNDICE B - Resposta 6).

6 PINTO, Grazielle Reis de Moraes. Monografia. *EVASÃO FISCAL: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Newton Paiva. 2013. (RODRIGUES, APÊNDICE C - Resposta 2).

7 PINTO, Grazielle Reis de Moraes. Monografia. *EVASÃO FISCAL: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Newton Paiva. 2013. (RODRIGUES, APÊNDICE C - Resposta 1).

8 PINTO, Grazielle Reis de Moraes. Monografia. *EVASÃO FISCAL: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Newton Paiva. 2013. (MATTA, APÊNDICE C - Resposta 1).

9 PINTO, Grazielle Reis de Moraes. Monografia. *EVASÃO FISCAL: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Newton Paiva. 2013. (MATTA, APÊNDICE C - Resposta 1).

10 PINTO, Grazielle Reis de Moraes. Monografia. *EVASÃO FISCAL: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Newton Paiva. 2013. (RODRIGUES, APÊNDICE C - Resposta 3).

GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO A EMPREGADA GESTANTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO

Duane David Brumkhorst¹

RESUMO: Demonstrar que a empregada deve ter a garantia provisória de emprego assegurada mesmo quando, tomar ciência de seu estado gravídico durante o curso do aviso prévio. Zelando dessa forma, pelo bem estar da empregada e de seu descendente; logo, da sociedade como um todo.

PALAVRAS CHAVES: garantia provisória de emprego; gestante; ávido prévio.

1 INTRODUÇÃO

Nas primeiras décadas do século XX o trabalho feminino era explorado sem qualquer regulamentação ou condições dignas; as mulheres chegavam a trabalhar mais de 14 horas diárias para receber uma quantia em dinheiro que mal dava para o próprio sustento. Com a Revolução de 1930 iniciou-se uma nova era para os trabalhadores brasileiros. O problema do trabalho feminino foi estudado no governo Vargas pelo Ministro Lindolfo Collor, quando foi expedido o Decreto nº 24.417-A de 17 de maio de 1932, a primeira lei que cuidou da situação da mulher trabalhadora.

Da década de 70 até os dias atuais, o número de mulheres que trocam o trabalho doméstico pelo exercício de uma profissão remunerada vem crescendo a cada dia, pois se tornou necessária a participação da mulher no sustento da família. E hoje, a busca pela própria independência financeira e realização profissional, se tornaram metas do universo feminino. Dessa forma, tem-se uma gama de trabalhadoras que dependem de amparo legal nas diversas situações que poderão envolvê-las, como, por exemplo, a maternidade, objeto dessa exposição.

As Conferências Internacionais do Trabalho realizadas pela OIT, Organização Internacional do Trabalho, fundada em 1919, preocupou-se com a falta de proteção e a constante exploração do trabalho da mulher. A mulher passou então, a ter voltada para si à atenção e criação de regulamentos sobre as condições de trabalho. No que tange a maternidade, regulamentou a proibição de trabalho antes e depois do parto, por exemplo.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a tratar, especificamente, do Direito do Trabalho da mulher, garantindo salário e licença maternidade, por exemplo. Contudo, a Carta de 1937, consequência de um golpe de Estado, não trouxe garantia de emprego à gestante, mas, na vigência desta, por necessidade de unificação dos resultados trabalhistas, já então alcançados, foi promulgada, em 1943, a CLT, Consolidação

das Leis do Trabalho. Na qual havia normas de proteção ao trabalho da mulher, garantindo-lhe, entre outras, a estabilidade.

Já as Constituições de 1946 e 1967 não inovaram na esfera da maternidade. Por fim, a promulgação da atual Constituição Federal (05/10/1988), que assegurou igualdade entre homens e mulheres e trouxe a inclusão dos direitos sociais e das garantias individuais.

A Constituição Brasileira de 1988 é o marco jurídico de uma nova concepção da igualdade entre homens e mulheres. Estabelece que os deveres e responsabilidades do matrimônio cabem a ambos os cônjuges, sem fazer distinção de sexo. Refletindo, com isso, de forma significativa no direito Trabalhista que, antes, destinava-se a proteger o lugar da mulher no lar, e agora se destina a proporcionar igualdade, em relação aos homens, no mercado de trabalho. Enfraquece a figura de chefia masculina na sociedade conjugal, e com ela, as preferências e privilégios que sustentavam a sua dominação.

2 A GARANTIA PROVISÓRIA E A ESTABILIDADE DE EMPREGO

A garantia provisória de emprego, Segundo Maurício Godinho Delgado, (2010, p 1165) é:

a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador.

Ou seja; é um mecanismo que resguarda o trabalhador da dispensa arbitrária quando esta é fundada em algum ato do empregado como, por exemplo, a eleição do empregado para cargo de direção da CIPA, a mulher que engravida durante o contrato de trabalho; entre outros. Essa garantia Tem por objetivo evitar a discriminação no ato da dispensa.

Já a estabilidade de emprego, segundo o mesmo doutrinador (2010, p 1159):

é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independente da vontade do empregador.

Um exemplo desse instituto é a estabilidade do servidor público, todo servidor público que completar três anos de efetivo serviço irá ter a estabilidade de emprego.

No entanto, ressalta-se que as nomenclaturas desses institutos, na prática, se misturam. No caso da gestante, por exemplo, a mulher grávida tem garantia provisória de emprego, no entanto, podemos perceber, em decisões, a utilização de "estabilidade"; porém, essa estabilidade é provisória tendo prazo certo, determinado em Lei, para acabar, podendo, inclusive, o empregador dispensar sem justa causa, quando acabar o prazo pré-determinado.

A garantia provisória da empregada gestante é resguardada pelo artigo 10, inciso II, alínea "b" do ADCT, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No entanto, o objetivo desse estudo é analisar se a garantia provisória de emprego estende-se à empregada que engravidar, ou descobrir o seu estado gravídico, no curso do aviso prévio.

3 PROTEÇÃO DO EMPREGO DA EMPREGADA GESTANTE

3.1 A Garantia Provisória de Emprego

A empregada gestante tem garantida a manutenção do seu contrato de trabalho nos termos do artigo 10, inciso II, alínea "b" do ADCT, Onde estabelece a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

No entanto, existe discussão quanto à manutenção da garantia provisória de emprego quando a empregada ficar grávida durante o aviso prévio. É preciso esclarecer que o ordenamento jurídico trabalhista era insatisfatório no sentido de trazer regulamentação específica para a situação. No entanto em 14 de setembro 2012 a Súmula 244, inciso III, do TST, Tribunal Superior do Trabalho, foi alterada, na sessão do Tribunal Pleno (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25.09.2012), na qual garante a estabilidade mesmo diante de contratação por tempo determinado; ou seja, a empregada que for contratada para trabalhar com prazo pré-determinado terá direito a permanecer no trabalho no mínimo cinco meses após o parto.

E o TST, no dia 06 de fevereiro de 2013, no julgamento do recurso de Revista n.º: 490-77.2010.5.02.0038 de relatoria do

Ministro Maurício Godinho Delgado, entendeu que a empregada gestante, faz jus a garantia provisória de emprego mesmo que no curso do aviso prévio. Decisão esta baseada, justamente, na Súmula 244 do TST. (decisão em anexo).

Não obstante, há quem entendia que a empregada gestante não fazia jus ao direito à garantia provisória quando o seu fato gerador ocorresse no curso do aviso prévio, quais sejam alguns pensadores, como por exemplo, Sérgio Pinto Martins em seu livro: "Manual do Trabalho Doméstico" (2000); jurisprudências e no caso da decisão pelo TST, mencionada acima, o próprio juízo de origem, ao argumento de que com a concessão do aviso prévio, já se opera a denúncia do contrato de trabalho, já houve a manifestação de vontade do empregador; logo, não haveria qualquer irregularidade.

Porém, grande parte da doutrina e das jurisprudências já vinham sustentado o contrário, que a gravidez no curso do aviso prévio, ainda que indenizado, terá os efeitos da garantia. Diante dessa discussão se faz necessário e importante analisar esse tema, onde corroboramos a decisão do TST.

3.2 O Direito a Garantia Provisória da Empregada Gestante, Quando a Gravidez Ocorrer no Curso do Aviso Prévio.

A garantia provisória é assegurada pelo artigo 10, inciso, II, alínea "b" do ADCT; e pela Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XVIII, que também garante licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário.

Dispõe o artigo 487, parágrafo primeiro, da CLT, que "a falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço" (BRASIL, 1943, p. 946). Ou seja, o período do aviso, ainda que indenizado, integra o contrato de trabalho até o seu término; sendo considerado tempo de serviço para todos os seus efeitos legais. Para Alice Monteiro de Barros "dispensa é resilição de iniciativa do empregado, porém sempre sem justa causa. Logo, o aviso é da intenção de dispensar e não da própria dispensa, que só se verifica ao término do prazo do aviso" (BARRROS, 1995, p. 459).

O artigo 489 da CLT, por sua vez, permite que aviso prévio seja reconsiderado, e se aceito o pedido de reconsideração pela parte pré-avisada, o contrato continua a fluir normalmente, como se o aviso não tivesse existido. Assim, durante o prazo do aviso, o contrato de trabalho continua a vigorar com todas as características dos contratos por prazo indeterminado.

Temos, também, a súmula 244 do TST, inciso I, que consagra a responsabilidade objetiva do empregador, no qual o desconhecimento do estado gravídico pelo mesmo não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade, com a premissa de que o importante é a gravidez, fato

gerador da garantia provisória. Ou seja, o fato da gravidez se dá durante o curso do aviso prévio não impede a aquisição desse benefício, pois o fato da gestante não ter ciência do seu estado gravídico em nada altera a sua situação, posto que a lei não traz nenhum requisito para aplicação desse direito. Nessa mesma linha de raciocínio o inciso III da respectiva Súmula foi alterado, trazendo o direito à estabilidade em casos de emprego com prazo determinado.

Sergio Pinto Martins em seu livro "Manual do Trabalho Doméstico" defende que a empregada não tem garantia provisória de emprego. Para ele quando o vínculo de confiança acaba entre empregado – empregador não há que se falar em manutenção do emprego. (2000, p 90) "Obrigado uma pessoa a ficar com a empregada quando a confiança deixou de existir é praticamente impossível, principalmente quando essa pessoa trabalha na casa do patrão, o que é ainda pior. Viola a intimidade da pessoa"

Contudo, não há mais base para essa tese. A Súmula 396 do TST deixa claro, no seu inciso I, que a empregada não terá a sua reintegração no emprego assegurada, garantindo apenas os salários compreendidos entre a data da despedida e o fim da estabilidade.

Com isso, a empregada gestante, conforme dito em última decisão do TST, deve ter direito a garantia provisória de emprego mesmo quando tiver ciência da gravidez no curso do aviso prévio, seja ele indenizado ou não.

Além dos aspectos legais, não podemos esquecer os aspectos sociais e psicológicos que englobam uma gravidez. Quando a mulher está grávida ela está em um momento especial e merece tratamento diferenciado; afinal ela está resguardando duas vidas, a sua e de seu filho.

Durante a gestação, a mulher não se limita a aguardar o filho; trata-se de um processo psicológico complexo, de intensa atividade emocional, que testa tanto as suas reservas físicas e psíquicas como sua aptidão para criar uma nova vida. (BARROS, 1995, p. 39)

Portanto, é fundamental que a mãe esteja protegida no que diz respeito aos seus direitos, para que possa seguir com a sua gestação de forma tranquila e saudável.

Por fim, vale mencionar, novamente, que a garantia provisória tem o intuito de evitar a discriminação no ato da dispensa. Dessa forma, além de proteger a gestante de qualquer ato arbitrário do empregador, assegura a tutela do nascituro.

Discriminar, segundo Maria Luiza Pinheiro Coutinho (2003, p 18) significa:

separar, distinguir, fazer distinção, estabelecer diferenças; não se misturar; tratamento desigual de um indivíduo ou grupo de indivíduos, em razão de alguma característica pessoal, cultural, classe social ou convicção religiosas. (...) A discriminação, assim entendida como tratamento desequilibrador, que decorre de preferência ilógica, é conduta vedada juridicamente quando referente às pessoas devido a sua origem, raça, sexo, cor, idade, religião ou quaisquer outras formas que as diferencie das demais, e tenha como efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento exigida entre todos – art. 1º, da Convenção 111, da OIT. Nesses casos, distinguir tem o significado de tratamento desfavorável dado a alguém ou a certo grupo de pessoas; seria agir discriminando.

4 LEI 12.812 DE 17-05-2013

Para corroborar nosso posicionamento, no dia 16 de maio de 2013, foi aprovada pela nossa presidenta, Dilma Rousseff, a Lei 12.812 que concede à empregada gestante a estabilidade provisória no curso do aviso prévio, passando a vigorar a partir de 17 de maio de 2013, data da sua publicação no Diário Oficial da União.

A Lei insere na CLT o artigo 391-A com a seguinte redação:

A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ou seja, demonstrada a gravidez através de exame que comprove que a gestação foi no curso do aviso a empregada fará jus à garantia provisória de emprego. Com essa publicação não restam mais dúvidas ou decisões contrárias sobre esse tema.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto no presente artigo, enfatizado pela Lei 12.812 de 2013, não há mais controvérsias de que a garantia provisória de emprego é devida a empregada que engravidar no curso do aviso prévio.

Posicionamento este acertado já que a finalidade do instituto, garantia provisória de emprego, é impedir a discriminação no ato da dispensa, que tem como intuito, no caso da gestante, a pro-

teção do nascituro e da própria mãe, enquanto responsável pelo bem estar daquele, englobando na verdade, uma questão também social, que vai além dos limites da relação de trabalho.

A proteção à maternidade é de extrema relevância, pois o trabalho da mulher tem papel importante no meio social, contribuindo para o crescimento de toda a sociedade. Assim, quando a norma legal estabelece direito às mães trabalhadoras, está salvaguardando toda a população, as futuras gerações e, ainda, impede a exploração por parte do empregador.

Portanto, comprovada que a gravidez se deu no durante o aviso prévio, ainda que indenizado, a empregada terá direito à garantia provisória de emprego, ao salário maternidade e a todos os benefícios que englobem a empregada.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995. 506 p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. "In" Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p 3-117.

BRASIL, CLT (1943). Consolidação das Leis Trabalhistas: Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. "In" Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. P 897-998.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Discriminação na Relação de Trabalho: Uma Afronta ao Princípio da Igualdade. 1 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. 143 p.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010. 1373 p.

MARTINS, Sergio Pinto. Manual do Trabalho Doméstico. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2000. 160p.

NÚCLEO de bibliotecas. Manual para elaboração e apresentação dos trabalhos acadêmicos : padrão Newton Paiva. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva. 2011. Disponível em: <http://www.newtonpaiva.br/NP_conteudo/file/Manual_aluno/Manual_Normalizacao_Newton_Paiva_2011.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2011

PEREIRA, Leonellea; LIMA, Magna Simone Albuquerque de. Da Proteção à Promoção do Trabalho da Mulher. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2311> Acesso em: 15 de outubro de 2011.

NOTAS DE FIM

1 Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

6 ANEXO

A C Ó R D Ã O
(3ª TURMA)

GMMGD/GP/JB/JR

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONCEPÇÃO

NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. DIREITO À ESTABILIDADE. ART.

10, II, "B", DO ADCT. A empregada gestante possui direito à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, "b", do ADCT). O dispositivo constitucional tem por finalidade tanto a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária quanto relativamente aos direitos do nascituro. Portanto, a rescisão do contrato de trabalho da obreira gestante, durante o período de gestação, ainda que desconhecida a gravidez pelo empregador ou até mesmo pela empregada, quando do ato da dispensa, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade não usufruída, conforme entendimento das Súmulas 244, I e 396, I, do TST. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º TST-RR-490-77.2010.5.02.0038, em que é Recorrente ANDREA MATSUYAMA TROYANO e Recorrida CONGREGAÇÃO DAS FILHAS DENOSSA SENHORA DO MONTE CALVÁRIO - HOSPITAL SANTA VIRGÍNIA.

O TRT da 2ª Região negou provimento ao recurso ordinário da Reclamante.

Inconformada, a Reclamante interpõe o presente recurso de revista, que foi admitido pela Vice-Presidência do TRT por possível contrariedade à Súmula 244 do TST. Foram apresentadas contrarrazões, sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, do RITST.

TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL - RITO SUMARÍSSIMO.

PROCESSO ELETRÔNICO

É o relatório.

V O T O

I) CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos gerais de admissibilidade do recurso, passo à análise dos específicos.

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. DIREITO À ESTABILIDADE. ART. 10, II, "B", DO ADCT

O Tribunal Regional, quanto ao tema, assim decidiu:

"Decidiu o Juízo de origem pelo não reconhecimento da estabilidade por gravidez da empregada, uma vez que a concepção deu-se em data posterior à rescisão contratual. Diante disso, rebate-se a autora, que deseja a procedência do pedido, invocando os efeitos do aviso prévio indenizado.

Aduz a recorrente que o período do aviso prévio indenizado integra-se a seu tempo de serviço, o que lhe daria o direito à estabilidade provisória da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme prevê o art. 10, inciso I, alínea 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Incontroverso nos autos que a confirmação da gravidez deu-se em 18/11/2009, donde consta a data da última menstruação da reclamante em 11/10/2009. Logo, é fato que a concepção deu-se após o desligamento com a empresa. A rescisão contratual deu-se com a indenização do aviso, prévio, em 01/10/2009, restando ponderar o alcance dessa indenização em face da pretensão.

Pois bem. Verificando-se que a gravidez ocorreu no período de aviso prévio indenizado, de se concluir que, ao tempo da rescisão dentro de seu poder potestativo, não havendo falar-se em qualquer desatenção ao direito da trabalhadora, posto que não havia estado grávida no momento da dispensa. Assim, não existe prova a corroborar a tese inicial, uma vez que não houve violação à proteção dada à gestante, nos termos do artigo 10 do ADCT. Aliás, oportuno ressaltar que a corte máxima trabalhista já se posicionou sobre os efeitos do aviso prévio indenizado e sua projeção no contrato de trabalho, nesses termos:

371 - Aviso prévio indenizado. Efeitos. Superveniência de auxílio-doença no curso deste. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 40 e 135 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20.04.2005).

A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário. (ex-OJs nºs 40 e 135 - inseridas respectivamente em 28.11.1995 e 27.11.1998).

Nesse passo, em face do que consta dos autos, reconheço que a recorrida não afrontou os termos da lei específica para o caso, posto que ao tempo da dispensa não se encontrava a recorrente em estado grávida que merecesse a proteção invocada. Bem assim, amparado pela jurisprudência unificada do C. TST, rejeito a pretensão no que tange à prorrogação do aviso prévio para o efeito pretendido. Não provejo." (destacamos).

Nas razões do recurso de revista, a Reclamante sustenta que o pré-aviso não significa o fim da relação empregatícia, "mas apenas a manifestação formal de uma vontade que se pretende concretizar adiante, razão por que o contrato de trabalho continua a emanar seus efeitos legais". Argumenta que a Súmula 371/TST não cuida da hipótese de estabilidade provisória conferida à gestante. Aponta violação do art. 10, II, "b", do ADCT, e do art. 7º, I e XVIII, da CF, bem como contrariedade à Súmula 244, I, do TST.

O recurso de revista merece conhecimento.

A empregada gestante possui direito à estabilidade provisória no emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, "b", do ADCT). O dispositivo constitucional tem por finalidade tanto a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária quanto os direitos do nascituro. Portanto, a rescisão do contrato de trabalho da obreira gestante, durante o período de gestação, ainda que desconhecida a gravidez pelo empregador ou até mesmo pela empregada, quando do ato demissional, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade não usufruída.

Na hipótese, o próprio Tribunal Regional admitiu que "a gravidez ocorreu no período de aviso prévio indenizado". Logo, a mencionada estabilidade é assegurada à empregada gestante, sem outras restrições que não a verificação da concepção na vigência do contrato de trabalho, incluída a projeção do aviso prévio, nos termos da OJ 82/SBDI1/TST.

Importante lembrar que esta Corte adotou a teoria da responsabilidade objetiva, considerando que a garantia constitucional tem como escopo a proteção da maternidade e do nascituro, independentemente da comprovação da gravidez perante o empregador.

Nesse sentido, têm-se a Súmula 244, I, do TST: "O desconhecimento do estado grávido pelo empregador não afasta o direito ao

pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (Art. 10, II, 'b' do ADCT)".

No tocante ao direito da Reclamante à estabilidade, ainda que a concepção tenha ocorrido no curso do aviso prévio indenizado, trago à colação os seguintes precedentes:

"RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. Nos termos do art. 10, II, 'b', do ADCT, para a garantia de estabilidade provisória da empregada é exigido somente que ela esteja grávida e que a dispensa não tenha ocorrido por justo motivo. O atual posicionamento desta Corte é no sentido de se conferir a garantia de estabilidade provisória à trabalhadora a partir do momento da concepção, ocorrida no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o aviso-prévio trabalhado ou indenizado. Essa garantia não visa apenas à proteção objetiva da gestante, mas, sobretudo, à tutela do nascituro. Ademais, consoante preconiza a Orientação Jurisprudencial 82 da SBDI-1 do TST, não há dúvida de que o período relativo ao aviso-prévio integra o contrato de trabalho. A diretriz da Súmula 371 do TST não constitui fundamento pertinente para obstar essa garantia. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido". (RR - 205800-71.2009.5.02.0311, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT de 23.11.2012).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO TRABALHADO. De acordo com o entendimento atual da SDI-1/TST, a concepção durante o curso do aviso prévio dá direito à estabilidade provisória da gestante, porquanto, além de o contrato de trabalho ainda não ter-se expirado, há de ser observada a dicção do artigo 10, II, 'b', do ADCT, o qual é enfático ao determinar que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da

empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido". (AIRR- 555-91.2011.5.10.0013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT de 5.10.2012).

"GARANTIA DE EMPREGO À GESTANTE. PROJEÇÃO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. SÚMULA Nº 371, PRIMEIRA PARTE, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO

TRABALHO. 1. O direito de a empregada gestante manter-se no emprego, sem prejuízo dos salários, com conseqüente restrição ao direito de rescisão unilateral do contrato sem justa causa pelo empregador, sob pena de sujeitar-se às reparações legais, nasce com a concepção e projeta-se até cinco meses após o parto. Trata-se de garantia constitucional, prevista no artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo escopo é não somente proteger a gestante, mas assegurar o bem-estar do nascituro, erigindo-se em genuíno direito fundamental. O interesse em assegurar a vida desde seu estágio inicial é da sociedade, cumprindo ao Estado outorgar ao nascituro proteção ampla e eficaz. A condição para a empregada auferir a garantia erigida no texto constitucional é que a concepção ocorra no curso do contrato de trabalho. 2. Consoante entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 82 da SBDI-I desta Corte superior, 'a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso-prévio, ainda que indenizado'. Tal entendimento decorre da melhor exegese do disposto no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, extraindo-se do referido texto legal que, durante o período do aviso-prévio, ainda que indenizado, o contrato de emprego encontra-se vigente. 3. Uma vez confirmado que a concepção ocorreu na vigência do contrato de trabalho, e considerando a projeção do aviso-prévio indenizado, como no presente caso, tem jus a empregada à garantia provisória de emprego prevista no texto constitucional. 4. Afigura-se inviável, de outro lado, a aplicação, no presente caso, do entendimento consagrado na Súmula n.º 371 do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que, como já destacado pela Ex.ma Ministra Maria de Assis Calsing, no julgamento do processo nº TST- E-RR-3656600-96.2002.5.06.0900, 'os precedentes que originaram o referido verbete apenas analisaram a projeção do aviso-prévio sob o enfoque da garantia de emprego do dirigente sindical, do alcance dos benefícios instituídos por negociação coletiva ou da aplicação retroativa de normas coletivas e não da estabilidade gestante'. Precedentes da SBDI-I. 5. Recurso de revista conhecido e provido". (RR-139100-70.2009.5.01.0302, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT de 5.10.2012".

Incontroverso, portanto, que a concepção ocorreu durante o aviso-prévio indenizado, ou seja, antes da despedida, configurada está a estabilidade provisória. Contudo, como período estável já se exauriu, à Reclamante é devido o pagamento dos salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração.

Esse é o entendimento consubstanciado na Súmula 396, I, do TST, que preceitua: “Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego”. Assim, entendo que o v. acórdão regional incorreu em ofensa ao art. 10, II, “b”, do ADCT e contrariedade à Súmula 244, I/TST, razão pela qual CONHEÇO do recurso de revista.

II) MÉRITO

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO.

DIREITO À ESTABILIDADE. ART. 10, II, “B”, DO ADCT

Como consequência do conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula 244, I/TST, DOU-LHE PROVIMENTO para condenar a Reclamada ao pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período de garantia provisória de emprego assegurada à gestante. Exaurido o período estabilitário, não há reintegração, mas simples pagamento indenizatório (Súmula 396, TST). Inverte-se o ônus da sucumbência. Custas pela Reclamada.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por contrariedade à Súmula 244, I/TST e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a Reclamada ao pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período de garantia provisória de emprego assegurada à gestante. Exaurido o período estabilitário, não há reintegração, mas simples pagamento indenizatório (Súmula 396, TST). Inverte-se o ônus da sucumbência. Custas pela Reclamada.

Brasília, 06 de fevereiro de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

Mauricio Godinho Delgado

Ministro Relator

Fls.

PROCESSO Nº TST-RR-490-77.2010.5.02.0038

Firmado por assinatura digital em 06/02/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

GOVERNANÇA CORPORATIVA

Clinton Neyder Leite Junior²

RESUMO: Com a globalização da economia e a busca das empresas pela maximização de seu lucro, a governança corporativa é um meio eficiente para que o empresário possa atingir um maior grau de confiabilidade perante o mercado de valores e a harmonia entre os entes componentes da empresa. Assim, o presente trabalho tem como escopo demonstrar o que é a governança corporativa e como as suas práticas influenciam no engrandecimento da organização.

PALAVRAS CHAVE: governança corporativa; valoração econômica; harmonia de poderes; práticas; globalização da economia; modelo de gestão.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Empresarial

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a importância do instituto da governança corporativa e suas práticas, que visam proporcionar o engrandecimento econômico da empresa e a harmonia entre os acionistas ou sócios. Serão tratados indistintamente os diversos tipos de sociedades, sejam empresárias, como no caso das sociedades anônimas e sociedades limitadas, ou não empresárias, como as simples e cooperativas, visto que a governança corporativa não se direciona unicamente ao grupo de sociedades empresárias, podendo ser aplicadas suas práticas em outros tipos de organizações, como as sociedades simples e as cooperativas.

Diante da atual situação financeira dos mercados pelo mundo, as práticas de governança corporativa procuram diferenciar as companhias que as utilizam das demais, tornando-as mais competitivas.

Para tanto, haverá o estudo da história do tema, passando-se pelos estudos feitos pelo ALI (American Law Institute), o Relatório Cadbury, que foi a primeira regulamentação sobre o instituto da governança corporativa, o Relatório Hampel, entre outros marcos que culminaram na formação atual do tema em foco.

Será estudado o conceito de governança corporativa e seus princípios, bem como as regulamentações referentes ao tema, tais como as alterações na Lei 6.404/74 (Lei 10.303/01), a Cartilha das Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, o Novo Mercado e os Níveis 1 e 2 de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA (antiga Bolsa de Valores do Estado de São Paulo) e a Cartilha de Recomendações da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) sobre governança corporativa.

Por fim, ocorrerá a observação prática do tema, com discussão sobre o que a CVM e a literatura têm a dizer sobre os efeitos das práticas de governança corporativa nas companhias.

2 GOVERNANÇA CORPORATIVA

2.1 Origem Histórica

O movimento para formação do instituto da governança corporativa se iniciou em meados da década de 80, pelo ALI (American Law Institute), que desenvolveu diversos estudos com o fim de discutir melhores maneiras de gestão das sociedades empresárias. Tais estudos mobilizaram profissionais de áreas variadas, tais como Direito, Economia e Administração.

Em que pesem tais esforços, o primeiro registro concreto que se tem do instituto da governança corporativa encontra-se no Relatório Cadbury, elaborado por uma comissão da Bolsa de Valores de Londres, liderada por Adrian Cadbury, formada em conjunto de outras entidades profissionais e o Banco da Inglaterra. Datado de 1992, continha em anexo o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. O relatório continha disposições acerca de algumas das práticas empresariais utilizadas pelo mercado estadunidense que culminaram na expansão de diversas empresas americanas, que envolviam essencialmente o Conselho de Administração, no tocante a adquirir uma postura de oposição a ideia de que apenas determinado indivíduo ou grupo de indivíduos detinham o controle da empresa.

Após, mais precisamente no ano de 1994, e não menos importante, o American Law Institute publicou os Principles of corporate governance (Princípios de Governança Corporativa, em tradução livre).

O Relatório Hampel apareceu posteriormente e teve como escopo ampliar as recomendações dos trabalhos anteriores nos aspectos do papel dos conselheiros, sua remuneração, as relações com os acionistas, prestação de contas e auditoria e

conselhos externos independentes (Lodi, 2000, p. 64)

Segundo Fábio Ulhôa (2010, p. 331), o movimento se expandiu por outros países:

A partir de suas manifestações originárias nos países de common law, o movimento de governança corporativa estendeu-se, ao longo dos anos 1990, aos de tradição jurídica romana, expressando-se, por exemplo, em França (com os informes Vienot I e II), Itália (com o código de autodisciplina Preda, da Borsa Italiana) e Espanha (único país em que o governo tomou a iniciativa de promover a discussão das regras de governança corporativa)

Percebe-se que a aplicação da governança corporativa não se limitou apenas à Europa e aos Estados Unidos da América. Pode-se citar como exemplos de outras regulamentações relativas à governança o Korean Code of Best Practice for Corporate Governance, datado de setembro de 1999, o Princípios de Buen Gobierno para las sociedades peruanas, de julho de 2002 e o Código de Mejores Prácticas Corporativas, proveniente do México e elaborado em 2006.

O Brasil, seguindo esta tendência, publicou por meio do IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa), em 1999, o seu primeiro Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa.

O IBGC, idealizado inicialmente pelo administrador de empresas Bengt Hallqvist e o professor João Bosco Lodi (este último é um dos mais citados autores no que se refere ao tema em estudo), foi fundado em 1995 em conjunto com diversos outros profissionais, com o nome de IBCA (Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração) e objetivava principalmente a gestão deste órgão tão importante das sociedades.

Porém, com o decorrer dos anos, verificou-se que as discussões dentro do Instituto se desdobraram para outros temas, tais como a diretoria, o conselho fiscal e a assembleia, o que fez com que o IBCA passasse a se denominar IBGC, tornando-se paradigma mundial no que concerne à governança corporativa.

No mesmo sentido, a Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) fundou em 2000 o Novo Mercado, que visa principalmente listar as empresas que pretendem abrir o seu capital, seguindo práticas básicas de governança corporativa. Criou também seus níveis diferenciados (Nível 1 e Nível 2) que se relacionam precipuamente a um aumento no grau de compromisso de adoção de práticas de governança corporativa.

A CVM (Comissão de Valores Mobiliários), autarquia federal, também regulamentou o tema por meio de sua Cartilha de Recomendações Sobre Governança Corporativa, de 2002

Tais mudanças ensejaram inclusive alterações na Lei das So-

iedades por Ações (Lei 6.404/76), que se fizeram por meio da Lei 10.303/01, que, segundo Rubens Requião (2010, p. 43), “[...] procura atualizar alguns sistemas ou institutos da Lei 6.404/76, com proclamado propósito de proteger os ditos acionistas minoritários.”

Nos dias atuais, o tema é amplamente discutido tanto na academia quanto no âmbito das empresas e vêm sendo cada vez mais difundidas e utilizadas as práticas de governança corporativa.

2.2 Conceito, princípios e abrangência

Governança Corporativa é o instrumento utilizado para aperfeiçoar a administração da sociedade empresária, de modo a realizar um esforço conjunto entre acionistas/quotistas, conselho de administração, conselho fiscal, assembleia geral, auditoria e outros entes da empresa em benefício ao desenvolvimento da mesma, garantindo também a sua longevidade. As práticas de governança corporativa, além de melhorarem a administração da companhia, procuram também o seu robustecimento perante o mercado, dando confiança aos investidores, estando estes mais seguros quanto ao investimento a ser realizado.

Dentre os vários conceitos existentes na literatura, aquele que se entende como o mais completo hoje é o presente nas Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa:

Governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas. (2002, p. 2)

Para Jorge Lobo (2006), a prática da governança corporativa não envolve apenas ações de certos entes da companhia, e sim o seu todo, abrangendo desde o acionista minoritário até os conselhos de administração.

De tal conceito pode-se retirar certos princípios que norteiam a governança corporativa, sendo os basilares a transparência, a equidade de tratamento dos acionistas e a prestação de contas.

A transparência não se traduz apenas na obrigação de informar, imposta em leis ou regulamentos, mas no desejo de disponibilizar as informações de interesse das partes interessadas. Tal transparência resulta em clima de confiança tanto dentro da empresa como nas relações com terceiros, passando uma boa imagem da empresa. (IBGC, 2010, p. 19)

A equidade de tratamento entre credores é o tratamento

isonômico entre os sócios e acionistas das empresas, da forma mais correta aplicável ao caso concreto. (IBGC, 2010, p. 19)

Tal tratamento não resulta em igualdade total entre os acionistas ou quotistas majoritários e minoritários, já que os mesmos possuem diferença quanto ao número de ações/quotas e poder de decisão perante a assembléia geral, mas seria possível diminuir esta diferença atribuindo-se, por exemplo, direito de voto a cada ação ou quota.

Já a prestação de contas é o princípio pelo qual os sócios, administradores, conselho fiscal e auditores devem prestar contas de sua atividade, ficando obrigados quanto aos seus atos e omissões. (IBGC, 2010, p. 19)

Jorge Lobo (2006) lista ainda mais alguns princípios complementares aos primeiros: eticidade; proteção ao acionista minoritário; independência dos administradores; e função social da empresa.

A eticidade se traduz sendo o dever de, ao prestar qualquer tipo de informação, em especial àquelas que se referem aos balanços patrimoniais e financeiros, de seguir a estrita veracidade das informações prestadas. (Lobo, 2006)

Percebe-se como em alguns casos específicos, fusões milionárias baseadas em superfaturamentos e superestimativas de lucro fizeram com que surgissem diversos litígios entre empresas na década de 90, podendo ser citado o caso AOL/Time Warner, em desconformidade com o princípio da eticidade. (Lobo, 2006)

O ativismo societário consiste numa maior participação do acionista ou quotista no futuro da empresa, exercendo seu poder decisório. Seria, por exemplo, a participação do máximo de acionistas ou quotistas nas assembléias gerais, procurando o melhor para a sociedade empresária. (Lobo, 2006)

A proteção ao acionista minoritário estabelece que não possa haver na sociedade empresária um império sobre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, cabendo ao legislador impor restrições ao exercício do poder na companhia, como, por exemplo, o quórum qualificado para decisão sobre determinadas matérias. (Lobo, 2006)

Para Fábio Ulhôa Coelho (2010, p. 286), o acionista majoritário ou controlador é aquele que "é titular de mais de metade das ações com direito de voto", enquanto os acionistas minoritários são aqueles que possuem menos da metade das ações com direito a voto.

Quanto ao princípio da independência dos administradores, a boa governança corporativa pretende que os administradores sejam terceiros independentes e qualificados não vinculados nem aos acionistas controladores e nem aos minoritários, com o fim de tornar isentas de influência externas as suas decisões. (Lobo, 2006)

O dever de responsabilidade imposto aos administradores

das sociedades empresárias é aquele em que resultou até em dispositivo da Lei 6.404/74, qual seja, o art. 153, que prevê que o administrador "deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo o homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios." (Lobo, 2006)

No que concerne à abrangência de sua utilização, entende-se ser cabível a prática de governança corporativa a todos os tipos de sociedades empresárias, desde que sejam possíveis à realização do objeto social do empresário e não exijam esforço que possa inviabilizar a atividade empresarial.

É perceptível sua maior utilização pelas sociedades anônimas, pois as práticas de governança corporativa foram desenvolvidas para este tipo de sociedade empresária tendo em vista a sua complexidade organizacional e o seu objeto, bem como o mercado de valores mobiliários.

Ainda assim, mesmo sendo um instituto desenvolvido em especial para as sociedades anônimas, diante de um grande volume de notícias de sucesso das sociedades que decidiram empregar a governança corporativa com o objetivo de aumentar seu potencial societário e mercadológico, vêm agora diversas outras sociedades empresárias, como as limitadas, aderindo a tais práticas, o que vem fazendo que aumente o seu nível de competitividade.

Seria possível tal uso tendo em vista que as sociedades limitadas também possuem órgãos de gestão, como conselho fiscal e de administração, o que tornaria possível aplicar os modelos previstos na governança corporativa no sentido de profissionalizar os citados órgãos, bem como os princípios da transparência, prestação de contas e tratamento equitativo entre quotistas.

Também se observa que até os entes integrantes da Administração Pública Indireta nacional vêm absorvendo as práticas de governança corporativa à sua atividade. As sociedades de economia mista, entes públicos resultantes da descentralização estatal, que segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, 16 ed., p. 73), são aquelas pessoas jurídicas de direito privado controladas pela Administração Pública Indireta, mas com participação do capital social privado e público, sob a forma de sociedades anônimas, que exploram atividades econômicas ou prestam serviços públicos. Exemplo da aplicação da governança corporativa às sociedades de economia mista é o Banco do Brasil S/A, que atualmente se vincula ao Novo Mercado da BOVESPA.

Importante salientar que, como dito alhures, a aplicação das práticas de governança corporativa irá depender da estrutura e da necessidade do empresário. Seria inviável a aplicação da governança em empresários com uma estrutura organizacional simplificada. Sen-

do assim, antes da aplicação das práticas de governança corporativa, necessário será observar o binômio necessidade-utilidade.

3 A GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL

O instituto da governança corporativa ganhou força no Brasil tendo em vista as experiências anteriores e bem-sucedidas dos países que aderiram as suas práticas, formando conselhos de administração mais atuantes e obtendo maior participação dos acionistas nas decisões da sociedade.

Para André Luiz Santa Cruz Ramos, a evolução da governança corporativa no Brasil se deu da seguinte forma:

[...] A partir de então, vários outros países também aderiram ao movimento, o que ocorreu, inclusive, com o Brasil, onde, em 1999, foi publicado o nosso Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), revisado e ampliado em 2001, após a criação do chamado Novo Mercado da BOVESPA, em 2000. A importância do movimento no Brasil já é tão grande que é facilmente perceptível sua influência na reforma da LSA levada a efeito pela Lei 10.303/2001[...]. (RAMOS, 2012, p. 279)

Como marcos da governança corporativa no Brasil podem ser citados:

A criação do IBGC, em 1995, com o fim inicial de melhorar a gestão dos conselhos de administração das companhias, bem como a elaboração do primeiro documento inerente à governança corporativa no país, o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa;

A criação do Novo Mercado da BOVESPA (Bolsa de Valores do Estado de São Paulo), juntamente com seus Níveis 1 e 2 de governança corporativa;

A alteração realizada na Lei 6.404/74 pela Lei 10.303/01;

A elaboração da Cartilha de Recomendações sobre Governança Corporativa da CVM – Comissão de Valores Mobiliários

Tais valores surgiram em razão da mudança de paradigmas dos empresários brasileiros, que vem abandonando o modelo de controle familiar de administração das empresas para adquirirem modelo mais competitivo de administração, pautado na atuação mais incisiva dos seus conselhos e dos seus acionistas.

3.1 O IBGC e o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa

O IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa), inicialmente denominado IBCA (Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração), surgiu em 1994, inicialmente com o objetivo de dar aos conselhos de administração atuação efetiva dentro das companhias. Por fim, e com o desenvolvimento da governança corporativa, o IBCA, em 1999, passou a se denominar IBGC e passou a tratar não apenas dos conselhos de administração, mas sim de toda a estrutura organizacional das sociedades empresárias aplicando-se a governança corporativa.

Diante dos seus estudos do tema, lançou em 1999 o seu Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, que, segundo Lodi (2000, p. 46), baseou-se em outros Códigos de Melhores Práticas, como o Relatório Cadbury e o Relatório Ham-pel. Focou-se basicamente no Conselho de Administração, ressaltando sua importância dentro das sociedades empresárias, suas competências, como fiscalização da gestão dos diretores e a eleição e destituição dos auditores independentes, transparência (disclosure), entre outros temas. Houve uma revisão de seu texto em 2001, passando a discorrer também sobre os outros integrantes da companhia, como sócios, conselho fiscal e gestores. A partir de então diante de diversos acontecimentos, como o renascimento do mercado de capitais, com companhias abrindo seu capital, surgiu a necessidade de adequar o Código às necessidades atuais das companhias, merecendo o Código nova reforma. (IBGC, 2010, p. 13)

Atualmente, o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa encontra-se em sua 4ª edição, que se encontra subdividida em 6 capítulos: propriedade (sócios/acionistas), conselho de administração, gestão, auditoria independente, conflito de interesses e conselho fiscal (IBGC, 2010, p. 15), os quais serão a seguir analisados.

A parte inicial do Código dispõe sobre a propriedade da organização, que dá ao sócio/acionista tal propriedade na sociedade de acordo com sua participação no capital social. Elabora o conceito de “uma ação = um voto”, que consiste em atribuir a cada acionista ou quotista direito de voto na assembléia geral. Afirma ainda que, caso queira se propor alguma exceção ao conceito, que tal exceção seja devidamente fundamentada, para que não prejudique o acionista/quotista ou a empresa. (IBGC, 2010, p. 21)

Dispõe ainda sobre o acordo entre sócios ou acordo de acionistas, prevendo o Código que tais acordos sigam estritamente os princípios da transparência, eticidade e moralidade, no sentido de divulgar seu teor aos acionistas, conter mecanismos de solução de conflitos, não haver a restrição ou vinculação do voto dos membros do Conselho de Administração e abstenção da indicação de quaisquer diretores para a sociedade. (IBGC, 2010, p. 22)

Mais adiante trata sobre a Assembléia Geral, órgão máximo de deliberação da sociedade, apontando primeiramente para a sua convocação que, diferentemente de como dispõem os prazos elencados no art. 124, Lei 6.404/74, será de pelo menos de 30 (trinta) dias, para que haja uma adequada preparação do acionista/sócio quanto aos temas a serem tratados e, dependendo do tema a ser discutido, deve ser a convocação feita em prazo ainda maior. A pauta da Assembléia Geral deve ser pormenorizadamente elaborada, não podendo constar como item a ser tratado "outros assuntos", pois o que se procura aqui é possibilitar ao sócio/acionista uma maior preparação para a deliberação. Traz ainda o Código uma abordagem de como devem ser a deliberação, como por exemplo, ao determinar que dados assuntos tenham quórum mais qualificado para sua aprovação. (IBGC, 2010, p. 23)

Quanto às relações de conflitos entre os sócios/acionistas, o Código traz soluções interessantes, como a previsão expressa no estatuto de quais situações possibilitam a retirada do sócio dissidente e a possibilidade da imposição da mediação e da arbitragem para solução de contendas.

Tratando sobre o Conselho de Administração, o instrumento normativo em comento sugere que seria este o órgão de maior importância no que concerne à aplicação das práticas de governança corporativa, uma vez que segundo o Código é "o guardião do objeto social e do sistema de governança. É ele que decide os rumos do negócio, conforme o melhor interesse da organização." (IBGC, 2010, p. 29)

Entre as atribuições do Conselho, pode-se destacar a prevenção e resolução de conflitos de interesses entre os acionistas e a defesa do objeto da sociedade empresária.

Os conselheiros devem ser pessoas capacitadas para tanto e que possam expressar livremente suas opiniões, sem se vincularem aos interessados. O prazo de mandato, segundo o Código, deve ser não superior a 2 anos, sendo limitada a possibilidade de reeleição, privilegiando a renovação do Conselho, devendo todos os conselheiros serem eleitos na mesma Assembléia Geral. O estatuto ou contrato social deverão expressar o número máximo de anos para exercício do cargo de conselheiro, evitando-se a vitaliciedade. (IBGC, 2010, p. 33)

Há uma concentração de deveres para o presidente do Conselho, das quais podem ser citadas as de coordenar os outros conselheiros, presidir as reuniões e organizar a agenda do Conselho. Importante dizer que não deve haver concentração de funções no presidente do Conselho ou no diretor-presidente, a fim de se evitar a concentração de poder dentro da companhia. É aconselhável que o diretor-presidente não seja membro do Conselho de Administração, mas que participe das reuniões como convidado. (IBGC, 2010, p. 36)

O Código não define um número específico de conselheiros para composição do Conselho de Administração, sugerindo o número de 5 (cinco) a, no máximo 11 (onze) de conselheiros. (IBGC, 2010, p. 36)

São definidos três tipos de conselheiros pelo Código, sendo estes os internos, externos e independentes. Internos são aqueles que já fazem parte da empresa, como diretores e funcionários. São externos aqueles que não possuem vínculo direto com a sociedade, como os prestadores de serviços (advogados, consultores). Independentes são os que são contratados especificamente por processos formais, não possuindo vínculo anterior com a sociedade. Há recomendação de que o Conselho de Administração seja formado por conselheiros externos e independentes, principalmente. (IBGC, 2010, p. 36)

A remuneração e a concessão de benefícios aos conselheiros devem passar por procedimento formal que atenda aos princípios de transparência e prestação de contas, devendo ser encaminhada a Assembléia Geral para aprovação, devendo ser discutida toda a remuneração dos conselheiros como salários, benefícios, gratificações e bônus.

Devem também ser instituídos os Comitês do Conselho de Administração, capazes de exercer funções que, se fossem centralizadas apenas no Conselho, acabariam por inviabilizar as suas atividades, pois tais funções demandam dispêndio de tempo. Podem ser formados Comitês de, por exemplo, Recursos Humanos/Remuneração, Governança, Finanças e Sustentabilidade. (IBGC, 2010, p. 43)

O relacionamento com os demais componentes da companhia deve ser harmônico, devendo o Conselho atuar de forma eficiente e transparente. O Conselho deve manter canal de contato com os sócios, sem estar restrito às Assembléias Gerais ou reuniões. É o caso da instituição da ouvidoria. A relação entre o Conselho e o diretor-presidente pauta-se na reciprocidade, mantida a separação de poderes entre ambos. Quanto ao Conselho Fiscal, será pautada pela transparência, devendo o Conselho de Administração prestar todas as informações úteis para o exercício das atribuições do Conselho Fiscal, como, por exemplo, fornecer cópia de todas as atas das reuniões do Conselho de Administração. (IBGC, 2010, p. 48)

No que toca à gestão da organização, esta é a função essencial do diretor-presidente, que atua como um verdadeiro elo entre Diretoria e o Conselho de Administração. (IBGC, 2010, p. 54)

Os diretores são responsáveis pelas suas atribuições. Devem prestar contas e atuar de forma transparente perante o Conselho de Administração, sócios/acionistas e demais entes da sociedade. São escolhidos pelo diretor-presidente e sua remuneração é submetida a análise do Conselho de Administração, que se fará do mesmo modo que a remuneração dos conselheiros. (IBGC, 2010, p. 54)

O capítulo seguinte do Código é dedicado a atividade do auditor independente. Possui como atividade a fiscalização das demonstrações financeiras da sociedade, para aferição de sua adequação à realidade.

Tal atividade é de suma importância para a organização, pois o auditor independente atua no sentido de atribuir confiabilidade às demonstrações financeiras da companhia. Essa importância foi aumentada logo depois que se teve notícia de diversos escândalos envolvendo demonstrações financeiras das companhias, como os casos Enron e Xerox, que fraudaram seus demonstrativos com o objetivo de ganharem maior visibilidade no mercado.

Assim, no panorama da governança corporativa, os auditores independentes exercem papel determinante no sentido de aumentar a confiabilidade na companhia, atraindo o mercado de valores e novos investidores, além de manter os investidores que já mantinham vínculo com a organização.

Os auditores independentes se reportam ao Conselho de Administração ou o Comitê de Auditoria identificando as deficiências relevantes encontradas na administração contábil da empresa, propõem alternativas contábeis, a avaliação de riscos e a análise de possibilidades de fraude, entre outras atribuições. (IBGC, 2010, p. 59)

O penúltimo capítulo do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC trata sobre outro órgão de extrema relevância dentro da sociedade empresária: o Conselho Fiscal.

O Código atribui ao Conselho Fiscal alguns objetivos, como fiscalizar os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos deveres legais e estatutários.

Ressalta-se que os conselheiros fiscais também devem ser independentes, sendo selecionados preferencialmente pelos sócios não controladores. (IBGC, 2010, p. 63)

A relação entre os entes da companhia deve ser de isenção, pois o Conselho Fiscal se responsabiliza para com a organização, e não com os interesses dos sócios ou o Conselho de Administração. Quanto aos comitês e os auditores, devem os conselheiros fiscais atuar fiscalizando e cooperando com os mesmos. Sua remuneração deve ser adequada, de acordo com os trabalhos realizados, divulgando-se individualmente as remunerações.

Por fim, o último capítulo do Código dispõe sobre conduta e conflito de interesses. O código de conduta, elaborado conjuntamente pelo Conselho de Administração e a Diretoria. Além dos preceitos contidos em lei, o código de conduta preverá os princípios e políticas que guiarão a atividade empresarial, bem como o modo de efetuar as denúncias ou resolução de conflitos. (IBGC, 2010, p. 66)

O código de conduta deve abranger todos os integrantes da companhia, desde funcionários aos diretores. O código deve tratar sobre temas como política de negociações das ações da empresa,

prevenção e tratamento de fraudes, cumprimentos de leis, pagamentos ou recebimentos e conflitos de interesses, meio ambiente, entre outros.

Assim, termina-se o estudo do Código do IBGC e começa a observação de outro importante marco: as regulamentações da BM&FBOVESPA.

3.2 O Novo Mercado e os Níveis de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA

Criado em dezembro de 2000 pela BOVESPA (hoje denominada BM&FBOVESPA), o Novo Mercado, juntamente com os Níveis Diferenciados de Governança Corporativa 1 e 2 foram um dos marcos da governança corporativa no Brasil. A elaboração de tais segmentos teve como objetivo precípuo melhorar o ambiente de negociação no mercado de valores, visando atender os interesses dos investidores e valorização da companhia. Enquanto o Novo Mercado cuida de proporcionar a abertura de capital das companhias, os Níveis 1 e 2 se dirigem a empresas que já possuem ações negociadas na Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA).

Ao aderirem ao Novo Mercado, as empresas assumem compromissos de governança corporativa, no sentido de que ocorra uma melhor prestação de informações que proporcionem facilidade ao acompanhamento da administração e a sua fiscalização bem como a adoção de regras societárias que busquem a redução de desigualdades entre os acionistas, perseguindo o equilíbrio, atraindo também a confiança dos investidores.

A adesão ao Novo Mercado da BM&FBOVESPA se dá por meio de acordo de vontades, que culmina em contrato. Com a assinatura do instrumento, as partes se obrigam a cumprir o Regulamento de Listagem do Novo Mercado, em que estão os requisitos adicionais do segmento. É adotada a arbitragem para a solução de conflitos entre acionistas.

O Novo Mercado traz ainda algumas das providências já contidas no Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC, como as pertinentes a emissão exclusiva de ações ordinárias, com direito a voto.

A sociedade empresária pode rescindir o contrato que a vinculou ao Novo Mercado, retornando ao mercado tradicional. A principal característica dessa rescisão é a sociedade não estar mais obrigada a cumprir os preceitos do Regulamento de Listagem. Em que pese tal fato, existe uma "compensação", por assim dizer, quanto a saída da empresa. A retirada deve ser aprovada por uma assembleia geral e comunicada com antecedência de 30 dias à Bolsa, além de oferta pública de aquisição das ações em circulação por, no mínimo, seu valor econômico.

A adesão ao Nível 1 se dá também por meio de contrato, não

sendo automática mesmo que a sociedade empresária esteja inscrita no Novo Mercado e preencha todos os requisitos para se vincular ao Nível 1. Para tanto, é necessária a assinatura do Contrato de Adoção de Práticas de Governança Corporativa Nível 1, cabendo à BM&FBOVESPA a fiscalização e punição dos infratores.

A maior parte dos compromissos contidos no Nível 1 se referem a transparência, que é observada na maior divulgação de informações que auxiliam na avaliação de valoração da empresa, sendo vedada a emissão de partes beneficiárias.

É possível, da mesma forma em que é prevista para o Novo Mercado, o deslistamento da companhia do segmento, importando a rescisão do contrato e retorno ao mercado tradicional.

Quanto ao Nível 2, apresenta este também a faceta de que seja ampliada a prestação de informações aos sócios/acionistas, sendo modelada de acordo com padrões internacionais, além de se instituírem práticas com o objetivo de conseguir equilíbrio entre acionistas, como, por exemplo, a atribuição de voto em determinados assuntos às ações preferenciais. A adesão também é voluntária, como no Novo Mercado e no Nível 1, bem como a rescisão se dá nos mesmos moldes dos demais segmentos.

A diferença principal entre o Nível 2 e o Novo Mercado reside na possibilidade de emissão de ações preferenciais pelos aderentes ao Nível 2, o que não ocorre com os aderentes ao segmento do Novo Mercado, pois neste existem apenas ações ordinárias com direito a voto.

Assim, por tal motivo, O Novo Mercado direciona-se à listagem de empresas que desejam abrir seu capital e o Nível 2 àquelas que já possuem ações preferenciais no mercado e, num primeiro momento, não podem convertê-las em ações ordinárias. É necessário afirmar que, no caso de adesão ao Nível 2, os investidores que adquiriram ações preferenciais possuem direito de voto quando a deliberação tratar de temas como avaliação de bens que concorram para o aumento do capital e transformação, cisão, fusão e incorporação da companhia.

Com tais considerações, é possível afirmar que os segmentos instituídos pela BM&FBOVESPA visam a proteção do investidor e também a igualdade de tratamento entre sócios, pautados na transparência e prestação de contas confiável por parte da empresa, atribuindo à mesma uma melhoria de sua imagem no mercado de valores e a sua valoração.

3.3 As alterações efetuadas pela Lei 10.303/01 sob a influência das práticas da boa governança corporativa

A Lei 10.303/01 realizou diversas alterações na Lei 6.404/76, sob a forte influência do movimento de governança corporativa. De tais mudanças, podem ser citadas como mais relevantes:

A possibilidade dos acionistas minoritários (10% das ações em circulação) poderem convocar assembleia especial para deliberar sobre a oferta pública de ações quando do fechamento do capital da companhia (art. 4º-A);

A redução da proporção de emissão de ações preferenciais sem direito a voto de 2/3 para 50% do total das ações emitidas (art. 15, §2º);

Alteração no regime de preferências e vantagens nas ações preferenciais (art. 17);

Concessão de maior prazo para a primeira convocação da assembleia-geral (art. 124, § 1º);

Maior quantidade de documentos que se encontrarão à disposição dos acionistas para deliberação quando da realização da assembleia-geral (art. 133, IV, V e § 2º);

Inclusão do direito de acionistas minoritários elegerem ou destituírem membro ou suplente do conselho de administração e conselho fiscal com votação em separado da assembleia-geral (art. 141, § 4º e art. 161, §4º);

Com a leitura das alterações efetuadas em cotejo com o texto original da Lei 6.404/76, pode-se perceber que a Lei 10.303/01 teve o claro intuito de delegar mais poderes aos acionistas minoritários, como no caso do art. 141, § 4º, em que podem eleger ou destituir em separado da assembleia-geral um dos conselheiros e suplentes do Conselho de Administração.

Entretanto, os preceitos contidos na Lei 10.303/01 não vinculam as companhias, no sentido de ficarem ligadas exclusivamente às práticas previstas em lei, podendo e devendo reformar seus estatutos no sentido de inserirem os preceitos expostos nas melhores práticas de governança corporativa e em que foi silente a lei, como, por exemplo, atribuir maior prazo do que o previsto em lei para convocação da assembleia-geral.

Assim, entende-se que a Lei 10.303/01 teve o objetivo de introduzir na Lei das Sociedades por Ações alguns dos princípios de governança corporativa, como a transparência, equidade de tratamento de acionistas e prestação de contas, melhorando a gestão das companhias e a relação entre os sócios. De forma geral, a Lei 10.303/01 constituiu-se horizonte para a introdução de práticas de governança corporativa nas companhias, podendo as mesmas também criarem suas regras no sentido de promover tais práticas.

3.4 A Cartilha de Recomendações da CVM Sobre Governança Corporativa

No ano de 2002, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia federal, responsável pela normatização e operações envolvendo valores mobiliários, bem como a fiscalização das sociedades anônimas abertas, elaborou a sua Cartilha de Recomendações Sobre Governança Corporativa.

Desta feita, em posse de tais considerações, é de se observar que a Cartilha teve os mesmos princípios das demais regulamentações já existentes à época, como os segmentos de Novo Mercado e Níveis 1 e 2 de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA, o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC e as alterações realizadas na Lei de Sociedades por Ações pela Lei 10.303/01.

É ressaltado também o caráter de complementaridade da Cartilha, pois a mesma se omite em alguns pontos onde já existe prescrição legal sobre o assunto. Salienta-se que a Cartilha deve ser utilizada de acordo com as necessidades das companhias, atendendo ao interesse das mesmas e que o documento em comento não vincula nenhum empresário, pois se tratam de meras sugestões emitidas pela CVM.

Quanto ao conteúdo da Cartilha, verifica-se que se assemelha bastante ao que foi anteriormente visto nas outras regulamentações analisadas, complementando pontos obscuros deixados pelas outras normas.

Trata a Cartilha sobre a assembléia-geral, acordos de acionistas, conselho de administração e conselho fiscal, no que toca a sua composição e estrutura, proporção de ações ordinárias e preferenciais, direito de voto dos minoritários, padronização internacional de divulgação de informações e auditorias.

Neste ponto, convém dizer que a análise pormenorizada de cada sugestão culminaria em repetição do que já foi dito anteriormente quando da análise dos outros dispositivos normativos brasileiros referentes à governança corporativa, o que prejudicaria o objeto de estudo do presente trabalho.

4 IMPORTÂNCIA PRÁTICA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Desde o início da atividade empresarial no mundo sempre se desejou que a mesma extraísse o máximo de lucro possível do seu exercício. A governança corporativa é meio hábil a atingir tal objetivo harmonizando os interesses de todos os envolvidos na atividade, com o fim de atribuir valor à empresa.

Ao fazer uso das práticas de governança corporativa, a sociedade assume compromisso com os princípios de transparência, equidade no tratamento de acionistas/sócios e prestação de contas (accountability). Para que tenham a devida efetividade, é necessária a atuação na gestão pelo Conselho de Admi-

nistração da companhia. José Antônio Rodrigues (2004, p. 114) diz que "o Conselho deve ser o órgão responsável por delinear estratégias, monitorar resultados, definir o orçamento de capital e a estrutura de financiamento."

Entretanto, a prática empresarial por muito tempo pecou por não atribuir ao Conselho de Administração esse grau de profissionalismo. Em várias oportunidades verificou-se a atuação deficiente de tal órgão, geralmente gerido por profissionais que concentravam uma larga gama de funções, ocorrendo na maioria dos casos o império dos acionistas controladores sobre os acionistas minoritários e conflitos societários. Assim, restou claro que a gestão das organizações deveria se profissionalizar

No Brasil, a profissionalização da administração das sociedades empresárias se deu com a utilização de conselheiros e auditores independentes capazes de gerir a sociedade sem a intervenção dos interesses dos demais órgãos das organizações.

Há a discussão sobre a existência da efetividade dos princípios de governança corporativa. Para Mônica Gusmão (2011, p. 404), "falta a efetiva concreção". A autora, visando corroborar seu entendimento, cita ainda John Plender e Avinash Persaud (2005, p. 82), dizendo que "Os Códigos de Governança Corporativa estão se proliferando [...], contudo os escândalos corporativos continuam surgindo [...] O que deve ser feito?"

Diferentemente do entendido pela ilustre jurista, Fábio Uihôa (2010, p. 333) entende que "o movimento de governança corporativa é uma tentativa de revitalizar os mecanismos de autofinanciamento das empresas através de capitalização ou securitização no mercado de valores mobiliários".

Diversos estudos identificam a eficácia das práticas de governança corporativa nas empresas. Em junho de 2000, a McKinsey & Co, em parceria com o Banco Mundial conduziu uma pesquisa ("Investors Opinion Survey") junto a investidores da Ásia, Europa e América Latina representando um total de carteira superior a US\$ 1.650 bilhões, destinada a detectar e medir eventuais acréscimos de valor às companhias que adotassem boas práticas de governança corporativa. Como resultado, verificou-se que 80% dos investidores pagariam entre 18% e 28% a mais por ações de empresas que adotam melhores práticas de gestão, pautadas na transparência, equidade de tratamento entre sócios/acionistas e prestação de contas confiável. Tal informação apenas confirma que as sociedades empresárias que investem na governança corporativa melhoram sua imagem perante o mercado de valores, o que resulta no aumento de valor de suas quotas ou ações.

Como exemplo brasileiro de uma organização que se utiliza das práticas de governança corporativa e vem colhendo os frutos de tal uso é a Vale S/A. Após instituir a governança corporativa, seguindo as regras indicadas pela Bolsa de Valores

de Nova Iorque, reorganizou o seu conselho de administração, possuindo atualmente 11 conselheiros e 11 suplentes; instituiu diversos comitês, entre eles o de Governança e Sustentabilidade; inseriu em seu sítio eletrônico informações sobre os pareceres de do conselho fiscal, as atas das assembleias e outros documentos, disponíveis a qualquer um que se interesse por observá-las e; elaborou seu próprio código de ética.

4.1 Atuação da CVM na aplicação das práticas de Governança Corporativa

A CVM também vem atuando no sentido de que cada vez mais as companhias se utilizem da governança corporativa, profissionalizando a sua gestão e aumentando a confiabilidade na empresa perante o mercado de valores, como se pode observar nos casos concretos a seguir analisados.

Em atendimento ao princípio da equidade de tratamento entre sócios/acionistas pode ser encontrada na decisão de recurso no processo RJ2000/6117 a necessidade da companhia realizar oferta pública de suas ações quando do fechamento do seu capital, valendo destacar de tal decisão o seguinte:

Nada mais justo e razoável, assim, que os acionistas da BR possam se manifestar quanto à operação através da aceitação da permuta de suas ações por ações da Petrobras formulada através de oferta pública. De outro modo, restaria aos minoritários da BR, que aplicaram suas poupanças baseados em decisões conscientes de investimento, a frustração de sua confiança no funcionamento eficiente e regular do mercado de capitais do País, pois passariam a deter ações de outra companhia, sem que tenham sido consultados ou concorrido para tal, e, ao menos, ouvidos quanto ao seu valor, quando, repita-se, é a mesma vontade que se manifesta dos dois lados. A oferta prévia não só é legítima como se coaduna com os princípios de boa governança corporativa de que devem estar imbuídas as companhias que se valem do mercado para se capitalizarem. É através de bons exemplos que o mercado de capitais brasileiro poderá se desenvolver e se tornar respeitado. Só assim nossas empresas terão condições de aumentar a captação de recursos no mercado de capitais e aumentar dessa forma a sua contribuição para o desenvolvimento nacional. Assim sendo, para atingir o objetivo de incorporar a totalidade das ações de controlada, deve a

Petrobras previamente realizar oferta pública de compra da totalidade das ações de emissão da BR em circulação no mercado. E, considerando que declarou intenção de fechar o capital da aludida BR, a oferta deverá seguir os trâmites da Instrução 229/95.

Diante de tal posicionamento percebe-se o cumprimento do art. 4º-A da Lei 6.404/74, inserido pela Lei 10.303/01, oferecendo assim, proteção aos acionistas minoritários da Petrobras e mantendo a confiabilidade na companhia.

Quanto à transparência das informações fornecidas pela sociedade empresária, a CVM vem atuando no sentido de forçar as organizações a divulgá-las, atendendo ao princípio em comento, tomando até medidas mais radicais para a proteção do mercado e dos investidores, como a suspensão do registro da empresa, conforme se pode notar quando da leitura do teor da decisão proferida pelo Colegiado no processo de número RJ2010/14737:

Em seu voto, o Relator ressaltou que a suspensão do registro não constitui medida de sanção contra a emissora, mas instrumento de que a CVM dispõe para (i) fazer com que a emissora preste as informações exigidas; e (ii) proteger o mercado, uma vez que aquela emissora vem deixando sistematicamente de divulgar as informações que devem servir de base às decisões de investimento. Embora a suspensão possa se mostrar gravosa para a base atual de investidores brasileiros da emissora estrangeira, trata-se de verdadeiro esforço de proteção ao mercado, uma vez que, desta forma, se impede a atuação de emissores que estão inadimplentes em suas obrigações de cunho informacional por um período significativo. Assim, a suspensão do registro deve ser mantida até que o registro da Recorrente esteja devidamente atualizado com o cumprimento de todas as obrigações periódicas e eventuais. Qualquer outra decisão representaria verdadeira anuência com a falta de transparência, senão a conivência com as más práticas no que tange ao envio de informações ao mercado – e é por haver rompido com esse padrão que o mercado brasileiro vem, nos últimos tempos, se diferenciando.

O Colegiado, acompanhando o voto do Relator Otavio Yazbek, deliberou o indeferimento do recurso apre-

sentado pela Agreenco Limited e a manutenção da decisão da SEP que denegara o pedido de reversão da suspensão de registro da emissora. (CVM, 2011)

A atual dinâmica do mercado de valores não pode admitir que a sociedade empresária omita informações de interesse dos sócios, sob pena de se incorrer em verdadeira anuência às práticas fraudulentas ou mesmo ao império dos sócios/acionistas majoritários ou controladores sobre os acionistas minoritários, o que diminui potencialmente o grau de confiabilidade dos investidores para com a organização.

No processo RJ2002/4932, foi destacada a importância da atribuição de voto na assembleia-geral às ações preferenciais da companhia, exaustivamente ressaltada quando da análise do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC. No caso em análise, uma interpretação errônea do estatuto social retirava o direito de voto do acionista preferencial sob a condição de recebimento de dividendo privilegiado, senão confira-se:

Efetivamente, seria iníquo para o acionista, que tem como contrapartida da exclusão de seu voto o recebimento de um dividendo privilegiado, assistir amordaçado o desenrolar da decadência da sociedade sem poder interferir. É irrazoável admitir-se que fique à frente da sociedade quem deu margem aos prejuízos, sob o risco de se atingir a total desvalorização do patrimônio social. Evidentemente não foi esse desígnio antidemocrático que movimentou o legislador. O espírito é permitir o exercício do poder de controle pelos acionistas prejudicados, ao menos, até que a sociedade retorne a seu rumo. Já é questionável, em termos de boa Governança Corporativa, a existência de ações sem direito de voto, quiçá admitir-se que tais ações também fiquem indiscriminadamente privadas de participar dos lucros, direito intangível do acionista. O direito de participar dos lucros sociais tem caráter periódico (anual). Assim, a cada ano em que não se pagam os dividendos está-se impedindo um direito essencial do acionista. A contrapartida para essa obstrução só pode ser o direito de votar para tentar sustar a infração continuada. Trata-se de direito individual do acionista, ope legis, insuscetível de modificação, nem mesmo pela Assembleia Geral. Assim, a única conclusão lúdima acerca do pleito

é de que todos os preferencialistas adquirem o direito ao voto após a inadimplência contínua da companhia, em razão da própria natureza das ações preferenciais. (CVM, 2009)

Sob a ótica da boa governança corporativa, na decisão do Colegiado, foi ressaltada a importância de se atribuir o direito de voto à ação preferencial bem como seria impensável desrespeitar o preceito contido no art. 109, I, Lei 6.404/74, ao retirar do acionista o seu direito essencial de participar dos lucros da sociedade empresária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto ao longo deste trabalho, pode-se concluir que a governança corporativa e suas práticas não são apenas teoria, mas trata-se o instituto de instrumento hábil a produzir crescimento da empresa e a melhoria de sua imagem perante os investidores.

Foi possível perceber que os inúmeros abusos praticados por conselheiros de administração e diretores que visavam apenas interesses próprios e que não possuíam habilitação para o exercício de tal função culminaram em uma série de fraudes e escândalos, o que fez com que houvesse um esforço conjunto para a eliminação de tais práticas e a profissionalização da administração da companhia.

Iniciado internacionalmente, o movimento da boa governança corporativa se expandiu rapidamente, sendo absorvido pelo Brasil, originando diversas regulamentações e incentivando a discussão sobre o tema.

Como já dito, nos dias atuais é indispensável que qualquer sociedade empresária que deseje maximizar a sua captação de lucros deve seguir os princípios de prestação de contas confiável (accountability), equidade de tratamento entre sócios/acionistas e a transparência, traduzida na padronização e verossimilhança das informações divulgadas.

Assim, aquelas companhias que se encontram em estado de liderança no mercado de capitais e de maior capacidade de gestão são as que aderiram ao modelo de governança corporativa no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 16. ed. rev. e atual - São Paulo: Método, 2008.

BM&FBOVESPA. Governança Corporativa e Segmentos Especiais de Listagem. 2013. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/a-bmfbovespa/publicacoes/folhetos-de-mercado/folhetos-de-mercado.aspx?idioma=pt-br>. Acesso em: 04 jun. 2013.

BRASIL, Congresso. Lei 6.404, de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em 31 maio 2013.

BRASIL, Congresso. Lei 10.303, de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10303.htm. Acesso em: 31 maio 2013.

BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. Processo RJ2002/4932. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/descol/resp.asp?File=2002-042D21102002.htm>. Acesso em : 02 jun. 2013.

BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. Processo RJ2000/6117. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/descol/resp.asp?File=2001-003ED23012001.htm>. Acesso em 02 jun. 2013.

BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. Processo RJ2010/14737. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/descol/resp.asp?File=2010-049ED14122010.htm>. Acesso em: 02 jun. 2013.

BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. Cartilha de recomendações sobre Governança Corporativa. 2002. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/>. Acesso em 15 maio 2013.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 2010. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/CodigoMelhoresPraticas.aspx>. Acesso em 04 jun. 2013.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial. volume 2: direito de empresa. 14. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

GUSMÃO, Mônica. Lições de Direito Empresarial. 10. ed. Atual. - Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LOBO, Jorge. Governança Corporativa. Disponível em: <http://www.jlobo.com.br/artigos1.asp?seq=31>. Acesso em: 26 maio 2013.

LODI, João Bosco. Governança Corporativa: o governo da empresa e o conselho de administração. - Rio de Janeiro: Campus, 2000.

MCKINSEY & COMPANY, KORN/FERRY INTERNATIONAL, Panorama de Governança Corporativa no Brasil, São Paulo, 2001.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 2 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método: 2012.

REQUIÃO. Rubens. Curso de Direito Comercial. 27. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, José Antônio; MENDES, Gilmar de Melo. Governança Corporativa: estratégia para geração de valor. - Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

SANTOS. Jackson Freire Jardim. A governança Corporativa no Brasil, enquanto técnica de valorização e otimização de desempenho das empresas. 2011 (Pós-graduação em Direito) - Universidade Gama Filho. Belo Horizonte, 2011.

NOTA DE FIM

1 Graduando em Direito, atualmente no 9º período, membro do GEPEM - Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Empresarial do Centro Universitário Newton Paiva, estagiário no Escritório de Advocacia Pinto e Soares Advogados Associados.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO: UMA FORMA DE FACILITAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

Mateus dos Santos Barros¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a inversão do ônus da prova na justiça do trabalho, facilitando o seu acesso e garantindo uma solução mais condizente com as necessidades sociais. O estudo permeia os entendimentos e críticas doutrinárias acerca do tema, verificando a pertinência da utilização subsidiária das normas presentes em outros meios jurídicos que não o processo trabalhista. Assim, nota-se a importância da aplicação supletiva no processo trabalhista da inversão do ônus probatório presente no Código de Defesa do Consumidor, tornando o acesso à justiça laboral mais concreta, efetiva e célere.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual do Trabalho – Ônus da prova- Inversão do ônus da prova – Código de defesa do consumidor

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

A prova sempre teve grande importância, não só no processo do trabalho, como também no processo civil e no processo penal. Essa necessidade constante de estudar os mecanismos que norteiam os meios probatórios justifica-se devido ao fato da essencialidade de demonstrar e comprovar ao julgador tudo aquilo que se alega.

Dessa maneira, constata-se que a prova é meio necessário para tornar concreto o acesso à justiça e possibilitar uma decisão efetiva e completa para a solução do conflito de interesses. Nesse sentido, a inserção do tema é imprescindível, dada a posição simplista da Consolidação das Leis Trabalhistas -CLT- a respeito do assunto.

Assim, o presente estudo concentra-se no ônus da prova no campo do processo trabalhista, objetivando demonstrar a diversidade de entendimentos e críticas a respeito do tema, bem como a relevância da sua inversão para garantir uma solução que seja mais condizente com as necessidades sociais.

Nessa esteira, percebe-se a pertinência da abordagem acerca da inversão do ônus probatório, utilizando de modo subsidiário para tanto o Código de Defesa do Consumidor - CDC -, que além de tratar de modo expresso sobre tal instituto, estabelece os requisitos necessários para a concessão da inversão.

Esse emprego supletivo de normas jurídicas que não sejam as trabalhistas torna-se indispensável quando se vislumbra a garantia dos direitos humanos e fundamentais, devendo ser ressaltado que:

[...] a conduta humana é regulada por todo o direito e não por uma norma ou mesmo um conjunto fechado de normas. Dessa forma,

deve ser buscada no ordenamento jurídico uma solução que possibilite tornar concreto o direito ao acesso a uma justiça rápida, eficiente e efetiva. (ALMEIDA, 2009, p. 17).

Portanto, a discussão adiante se fundamenta na importância da aplicação da inversão do ônus da prova, quando necessária, para assim, obter-se uma justa solução do litúgio, observando sempre os princípios que norteiam tal instituto.

2 PROVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

O estudo da prova sempre foi de grande relevância para garantir a ordem jurídica e assegurar uma base sólida e bem fundamentada à sentença. Exatamente por essas razões, durante vários anos ela foi alvo de inúmeras influências históricas.

Atualmente, vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio do livre convencimento motivado do Juízo, estabelecendo que o magistrado deverá observar as circunstâncias e fatos trazidos pelas partes ao processo, para assim embasar e firmar a sua decisão convicto da verdade formal dos fatos, garantindo uma prestação jurisdicional justa.

Já no que se refere especificamente ao conceito do vocábulo prova, existem vários doutrinadores que discursam a respeito, um deles DE PLÁCIDO E SILVA (2002, p. 656), *in verbis*:

do latim proba, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existências ou veracidade de um ato material ou

de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.

Também ALMEIDA (1999, p. 21), esclarece que:

Prova é a série de elementos constantes dos autos de um processo que, em conjunto ou individualmente conduzem ao conhecimento dos fatos, objeto de defesa, afirmando-lhes a veracidade e dando procedência às alegações das partes. É a demonstração legal da existência e/ou da autenticidade de um fato material ou de um ato jurídico que interessa ao êxito do que se pleiteia.

Pelo exposto, percebe-se que a prova é de extrema importância para que o julgador conheça os fatos alegados pelas partes e solucione a demanda pleiteada. Além disso, é exatamente por meio da prova que o reclamante tem a possibilidade de convencer o juízo de que os fatos realmente aconteceram, sustentando assim a sua pretensão.

Desse modo, é notória a grande relevância de estudar os mecanismos que norteiam a prova, uma vez que através desse instituto é possível alcançar uma prestação jurisdicional satisfatória.

Outrossim, como já mencionado, uma vez que no Brasil adota-se o princípio do livre convencimento motivado do juízo, a satisfação do direito da parte depende quase que exclusivamente das provas que possuem e que comprovam em juízo (DAIDONE, 2001, p. 204).

Por sua vez, CÂMARA (2006, p. 395), destaca que:

Todo elemento que contribuiu para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. Quer isto significar que tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu será chamado de prova.

Portanto, mister é a utilização da prova no processo, como instrumento necessário para a realização de um direito e meio essencial para nortear a decisão do julgador.

2.1 Meios probatórios

O artigo 332 do Código de Processo Civil, que tem plena pertinência com o direito processual do trabalho, relaciona as possíveis formas de demonstração e comprovação dos fatos alegados em juízo, disciplinando que são hábeis para provar a verdade dos

fatos, em que se funda a ação ou a defesa, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos.

Nessa esteira, OLIVEIRA (2001, p. 61), salienta que os meios de prova constituem os veículos pelos quais a prova há de ser materializada nos autos, alertando, todavia, para o caráter lícito e os meios admissíveis em direito, nos seguintes termos:

[...] a parte incumbida de provar o fato alegado (prova) e a parte adversa a quem interessa o desprestígio da prova produzida (contraprova) poderão usar de todas as provas em direito admitidas, desde que requeridas em tempo hábil e desde que idônea se apresente a via eleita.

Adiante, o Código de Processo Civil, elencou um rol não taxativo dos tipos de provas admitidos, como o depoimento pessoal, a prova documental, testemunhal e pericial, a inspeção judicial, além dos outros meios legítimos que não foram especificados pela lei, mas que são hábeis para provar a veracidade dos fatos.

Sendo assim, NASCIMENTO (2007, p. 533) dispõe sobre a definição da prova documental que é comumente utilizada no processo trabalhista, veja-se:

Documentos são toda representação objetiva de um pensamento, material ou literal. Em sentido estrito, o documento é toda coisa que seja produto de um ato humano, perceptível com os sentidos da vista e do tato, que serve de prova histórica indireta e representativa de um fato qualquer. Num sentido amplo, documento é todo objeto físico suscetível de ser levado a presença do juiz.

Com efeito, nota-se a importância da utilização da prova documental como meio de sustentação e comprovação da alegação feita pela parte. De outro modo, a prova testemunhal, também presente frequentemente no processo trabalhista, possui grande valor e revela-se por meio de uma pessoa física que comparece em juízo para prestar informações sobre os fatos de que tem conhecimento, colaborando, assim, para a solução do dissídio (ALMEIDA, 2009 p. 592).

Igualmente, a prova pericial é outro meio fundamental para comprovar o direito pleiteado pela parte, como no caso de comprovação do trabalho em condições insalubres, à apuração de tal fato demanda um conhecimento técnico especial para que assim seja possível desvelar a veracidade do caso.

Na mesma linha, SANTOS (1989, p. 3), assinala que:

[...] a prova dos fatos faz-se por meios adequados a fixá-los em juízo. Por esses meios ou instrumentos os fatos deverão ser transportados para o processo, seja pela sua reconstrução histórica (narração de testemunhas), ou sua representação (declaração constitutiva de atos, constante de documentos), ou sua reprodução objetiva (exame da coisa por peritos, ou pelo próprio juiz), ou, ainda, sob outras formas idôneas para atestar a sua existência, ou suficientes para se obter a ideia precisa da sua existência.

Por todo o exposto, percebe-se que é um direito das partes utilizarem de todos os meios de provas admitidos em direito que sejam necessários à apuração dos fatos alegados, levando-se a uma justa decisão da causa.

2.2 Ônus da prova

O estudo a respeito do ônus da prova é de grande importância e repercussão na esfera processual, sobretudo no processo trabalhista, em que sua igual distribuição geralmente não satisfaz a parte hipossuficiente da relação, ou seja, o trabalhador.

NASCIMENTO (2001, p. 422) salienta que o ônus da prova é a responsabilidade imputada a parte para produzir uma prova, sendo que a produção insatisfatória gera, como consequência, o não reconhecimento pelo órgão julgador da existência do fato que a prova pretendia comprovar.

Seguindo esse raciocínio, SANTOS (2008, p. 357) leciona:

Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (allegatio et non probatio quae non allegatio), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias (quaestiones facti), impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão – ônus da prova.

Desta forma, infere-se pela expressão ônus da prova a exigência que a lei faz a cada uma das partes, no sentido de demonstrar os fatos que lhe interessa provar, objetivando assim na formação da convicção do magistrado e no possível alcance do resultado pretendido.

A respeito do ônus processual, PAULA (2001, p. 28) também comenta:

O ônus processual consiste, pois, em conferir a um sujeito um poder de vontade, ou uma faculdade para tutelar ou não um interesse próprio, pela produção de um certo efeito jurídico. Pelo ônus caracteriza-se uma situação jurídica criada pela liberdade que concede à parte ordenar a própria conduta: o sujeito do ônus tem a opção de escolher entre a realização do fato e a inatividade, que lhe trará resultado desfavorável.

Por fim, importante mencionar também a lição de THEODORO JÚNIOR (1999, p. 423) de “que o ônus da prova consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz”.

Portanto, a produção da prova do fato alegado constitui um imperativo do interesse da parte, uma vez que o litigante produz a prova não porque esteja obrigado a fazê-lo, mas porque, caso não o faça, corre o risco de não ter sua pretensão atendida (ALMEIDA, 2009, p. 571).

Sendo assim, verifica-se a essencialidade da utilização da prova como forma de concretizar e respaldar uma alegação proferida pela parte, bem como a importância da inversão do ônus, se necessário, caso este que será tratado mais adiante.

3 A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

No que tange ao tratamento dispensado pela Consolidação das leis Trabalhistas a respeito da distribuição do ônus da prova, o art. 818 estabelece que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer” (BRASIL, 2013). Em razão da simplicidade deste artigo, e considerando-se a disposição do art. 769 da CLT, que permite a utilização do direito processual comum nos casos em que houver a omissão do direito processual do trabalho, faz-se necessária a aplicação subsidiária do art. 333 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2013) ao direito trabalhista, que assim estabelece, *in verbis*:

O ônus da prova incumbe:

*I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

Dessa maneira, é nítida a necessidade de aplicação do dispositivo processual civil na seara trabalhista, uma vez que não existe contradição e nem incompatibilidade entre eles. Corroborando com tal entendimento, CARRION (2008, p. 564) elucida:

Ao processo laboral se aplicam as normas, institutos e estudos da doutrina do processo geral (que é o processo civil), desde que: a) não esteja aqui regulado de outro modo ("casos omissos", "subsidiariamente"); b) não ofendam os princípios do processo laboral ("incompatível"); c) se adapte aos mesmos princípios e às peculiaridades deste procedimento; d) não haja impossibilidade material de aplicação (institutos estranhos à relação deduzida no juízo trabalhista); a aplicação de institutos não previstos não deve ser motivo para maior eternização das demandas e tem de adaptá-las às peculiaridades próprias.

Em contrapartida, vários doutrinadores defendem a aplicação do art. 818 do Diploma Consolidado sem a possibilidade de utilização subsidiária do art. 333 do CPC. O entendimento tem como alicerce a incompatibilidade dos dispositivos, além da não omissão da CLT a respeito do tema. Assim é que TEIXEIRA FILHO (2003, p. 126) *adverte*:

[...] o art. 818 da CLT, desde que o intérprete saiba captar, com fidelidade, o seu verdadeiro conteúdo ontológico, deve ser o único dispositivo legal a ser invocado para resolver os problemas relacionados ao ônus da prova no processo do trabalho, vedando-se, desta forma, qualquer invocação supletiva do art. 333, do CPC, seja porque a CLT não é omissa, no particular, seja porque há manifesta incompatibilidade com o processo do trabalho.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, SILVA² (*apud* ALMEIDA, 2011, p. 64), **alega que o art. 818 da CLT tem o condão de evidenciar a:**

[...] prudência e moderação do longínquo e eficiente legislador de 1943. Sobre o ônus da prova, apenas disse, no art. 818, que 'a prova das alegações incumbe às partes que as fizer'. Esse dispositivo não é uma divisão do ônus da prova nem por ele se pode reduzi-la, pois as alegações fazem tanto o autor, quando requer, como o réu, quando contesta. Ora, se a cada um cabe provar o que 'alega', é de cada um o ônus das alegações. Portanto, há distribuição igual do ônus da prova, ficando reclamante e reclamado com o encargo da prova do que

afirmar. Foi clara a intenção do legislador de não transportar para o âmbito do processo do trabalho a teoria do ônus da prova do processo civil.

Assim, embora grandes doutrinadores defendam a não aplicação supletiva da regra de distribuição do ônus do processo civil no processo trabalhista, a maior parte do entendimento doutrinário pauta-se na aplicação subsidiária, principalmente pelo fato de não haver qualquer contradição e incompatibilidade entre os dispositivos.

Com efeito, o art. 333 do Código de Processo Civil complementa o art. 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas, sobretudo quanto ao critério de julgamento a ser adotado pelo magistrado no momento em que se depara com a insuficiência da prova de determinado fato controverso e relevante para o deslinde do litígio (ALMEIDA, 2011, p. 66).

Ainda, o descompasso entre a necessidade social e a solução adotada pelo processo do trabalho no deslinde de um caso concreto, permite a utilização supletiva do processo comum (omissão ontológica). Sob essa ótica, percebe-se a necessidade do uso do Código de Processo Civil quando este apresentar normas mais benéficas e dinâmicas a situação fática. Portanto, quando houver uma norma na CLT, ainda que específica, mas que esteja em desacordo com a realidade social, o juiz estará autorizado a utilizar o direito processual comum, visando adotar uma solução mais condizente com as necessidades sociais (ALMEIDA, 2009, p. 15).

Nesse sentido, pode-se constatar a importância da utilização das normas do processo civil, que tenham eficácia, flexibilidade e dinamicidade, no processo laboral, alcançando-se, assim, um processo mais célere e efetivo.

3.1 A possibilidade de inversão do ônus da prova no processo do trabalho

A teoria acerca da inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho cada vez mais ganha espaço entre a jurisprudência e doutrina pátrias. A sua utilização faz-se pertinente tendo em vista a necessidade de equilibrar a relação trabalhista, transferindo-se, assim, o ônus da prova que seria do empregado ao empregador.

Nesse sentido, ALMEIDA (1995, p.180) esclarece que a inversão do ônus da prova no processo do trabalho tem como objetivo a modificação da situação de desequilíbrio existente entre os principais sujeitos da relação de emprego, sobretudo no que diz respeito ao trabalhador.

A Consolidação das Leis Trabalhistas não trata expressamente da inversão do ônus da prova, contudo, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o magistrado passou a ter um respaldo legal para solucionar os conflitos e tentar equilibrar a diferença existente entre os pólos que compõem a relação laboral.

Isso porque o art. 6º, VIII do CDC poderá ser utilizado e aplicado de forma subsidiária para solucionar a lide, visando igualar a relação de desequilíbrio de forças entre as partes.

Corroborando com tal entendimento, TEIXEIRA FILHO (2003, p. 166), apesar de acreditar na autossuficiência do art. 818 da CLT, defende a utilização supletiva da norma, vejamos:

(...) conquanto entendemos que o art. 818, da CLT, é auto-suficiente, em matéria de ônus probandi, nada obsta a que se utilize, em caráter supletivo, a regra inscrita no inciso VII, do art. 6º, do CDC, máxime, nos casos em que o trabalhador for, verdadeiramente, hipossuficiente.

Nesse diapasão, é nítida a importância da utilização da inversão do ônus da prova no direito trabalhista, pois o reclamante, na maioria das vezes, não é capaz de produzir a prova que sustenta sua alegação, devido ao seu estado de hipossuficiência ou até mesmo em decorrência da alta onerosidade para a sua produção, inviabilizando-se, assim, o próprio direito pleiteado (PAULA, 2001, p. 151).

No mesmo sentido, o Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais perfilha seu entendimento:

EMENTA: HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DOS CARTÕES DE PONTO. SÚMULA 338 DO TST. A ausência injustificada de controle e registro da jornada de trabalho pela empregadora, nos termos do art. 74 da CLT, implica inversão do ônus de prova, gerando, com isso, presunção favorável à reclamante quanto aos horários de trabalho declinados na peça de ingresso. Trata-se da aplicação do entendimento consolidado pelo item I da Súmula 338 do TST. Sendo relativa essa presunção, ela pode ser elidida por prova em contrário. Deve, assim, ser sopesada pelo magistrado, não atingindo direitos que tenham sido afastados por outro meio de prova. A convicção do julgador, portanto, também se forma com apoio nas demais provas existentes nos autos. Desse modo, a confissão presumida é tão-somente um dos meios de prova destinado a apreender a realidade vivenciada no contrato de trabalho. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 00463-2010-107-03-00-8. Recorrente: Juliana Márcia Silva Santos. Recorrido: Mongeral Aegon Seguros e Previdência S.A. (TRT da 3.ª Região; Processo: 00463-2010-107-

03-00-8 RO; Data de Publicação: 04/04/2011; Órgão Julgador: Sexta Turma; Relator: Emerson Jose Alves Lage; Revisor: Anemar Pereira Amaral; Belo Horizonte, 01 de abril de 2013. Pág. 219. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=11632>>. Acesso em 22 de maio de 2013).

Assim, percebe-se a pertinência da abordagem a respeito do tema, que é tratado expressamente no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º VIII (BRASIL, 2013), *in verbis*:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Portanto, dada à vulnerabilidade do consumidor, torna-se necessário a aplicação da regra de inversão do ônus da prova no intuito de equilibrar as partes que são desiguais tanto técnica quanto economicamente. Sendo assim, o magistrado deverá observar a incidência da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor para aplicar a inversão do ônus *probandi*.

De acordo com LOPES (2002, p. 50), "a alegação verossímil é que tem aparência de verdade". O juiz terá que analisar se há motivos para crer ou não nas afirmações do autor. Ainda, o art. 335 do CPC (BRASIL, 2013) aduz que "[...] o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica [...]".

Além da análise do critério supracitado, deverá o magistrado observar outro requisito, qual seja: a hipossuficiência do consumidor, que se traduz pela sua capacidade econômica e técnica. Todavia, a hipossuficiência não está ligada apenas ao conteúdo financeiro, mas também ao social, de técnicas, de informações, portanto, estando o consumidor em manifesta posição de desequilíbrio diante do fornecedor (PAULA, 2001, p. 150).

Nessa esteira, observado tais requisitos, a inversão do ônus da prova é um dos caminhos facilitadores para a defesa do consumidor, sendo imposta por força de lei devido à situação de desigualdade entre os litigantes. Outrossim, a proteção conferida pelo código consumerista, visa estabelecer uma relação de equilíbrio, sujeitando-se o fornecedor a produção da prova, já que dispõe de uma facilidade maior que o consumidor (PAULA, 2001, p. 151).

Diante do exposto, nota-se que o Código do Consumidor mui-

to se assemelha ao Processo Trabalhista, sendo viável, assim, a aplicação subsidiária do dispositivo da inversão do ônus da prova na seara trabalhista. Afinal, tanto o direito consumerista quanto o direito laboral são edificados em um alicerce basilar e fundamental, o qual é o da hipossuficiência de uma das partes.

4 A INVERSÃO COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA: UMA VISÃO PRINCIPOLÓGICA

A importância da teoria da inversão do ônus da prova é visível quando se trata da posição de igualdade dos litigantes no processo, essencialmente devido ao fato da sentença apoiar-se nas provas produzidas nos autos.

Desse modo, o equilíbrio da distribuição do ônus da prova, bem como a utilização da inversão quando necessário, alcança de modo justo e efetivo o devido processo legal, facilitando-se, assim, o acesso à justiça.

Nesse sentido, ALMEIDA (2009, p. 16) explicita:

A nosso juízo, verificando o descompasso entre as necessidades sociais e a solução adotada pelo direito processual do trabalho e visando favorecer o acesso à justiça e a realização concreta dos direitos assegurados pela ordem jurídica, notadamente os de natureza fundamental, o juiz está autorizado a recorrer ao direito processual comum para adotar a solução que seja mais condizente com as necessidades sociais.

Com efeito, a inversão do ônus da prova, quando necessária, deve ser utilizada para patrocinar o acesso à justiça do trabalho, todavia, sempre que este instituto for empregado, será necessária a observância de alguns princípios, quais sejam: o da aptidão para a prova; o do *in dúbio pro operário* e o da pré-constituição da prova.

O princípio da aptidão estabelece que a prova deverá ser produzida por aquela parte que a detém, independente de ser autor ou réu, desde que haja a inacessibilidade e dificuldade de apresentação por alguma das partes (PAULA, 2001, p. 139).

A propósito, PAULA (2001, p. 143) afirma, em conclusão, que:

Indiscutivelmente, o princípio será aplicado todas as vezes em que o empregado não pode fazer a prova a não ser através de documento ou coisa que a parte contrária detém. Partindo do princípio da boa fé, que informa a conduta processual dos litigantes, todas as vezes que o documento, por seu conteúdo, for comum às partes, haverá também a inversão do ônus da prova, competindo ao empregador colacioná-lo,

sob pena de serem admitidas como verdadeiras as alegações feitas pelo empregado.

Assim, verifica-se que o tema geral que envolve o princípio supracitado é a questão da disponibilidade dos meios probatórios, o problema cinge-se no fato de transferir o encargo do ônus *probandi* àquele que está apto a isso, tornando concreto, dessa forma, o direito da parte.

Já o Princípio do *in dúbio pro operário*, versa sobre a possibilidade do magistrado, em caso de dúvida razoável, interpretar a prova em benefício do trabalhador, que geralmente é o autor da ação trabalhista (LEITE, 2007, p. 257).

No entanto, a aplicação desse princípio deve ser feita de forma cautelosa, competindo ao juiz o dever de analisar com discernimento e ponderação o momento da sua utilização, para alcançar, assim, uma solução justa e adequada ao litúgio.

Por fim, o princípio da pré-constituição da prova cuida-se daquele instrumento que já se encontra em poder da pessoa antes que se inicie o processo, como exemplo, as anotações dos horários de trabalho que devem ser feitas pelo empregador. Nesse sentido, cumpre destacar que o ônus da prova preconstituída caberá ao detentor desta, de forma a facilitar a solução da demanda.

Por todo exposto, nota-se a importância da utilização da inversão do ônus da prova, respeitando os princípios que a norteiam, para que assim seja possível alcançar uma justiça célere, rápida e eficiente, bem como torne concreto o seu acesso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As discussões que envolvem o ônus da prova sempre foram de fundamental importância para o desenvolvimento acerca do tema. Os doutrinadores e críticos, ao firmarem seus entendimentos, acabam por construir soluções que tornam concreta a realização dos direitos assegurados pela ordem jurídica.

Sob essa concepção, pode-se constatar a pertinência da utilização supletiva, no processo trabalhista, das normas presentes no direito comum, para garantir assim, um processo mais célere e efetivo.

Com efeito, as questões atinentes a respeito do ônus da prova no Código de Processo Civil, bem como a sua inversão, prevista no Código de Defesa do Consumidor, devem ser empregadas também no direito trabalhista sempre que necessário, vislumbrando-se assim, um processo mais flexível, dinâmico e eficaz.

Para tanto, é necessário, de acordo com SANTOS (2002, p. 43):

[...] a disseminação de uma nova mentalidade dos operadores das ciências jurídicas, em especial, dos magistrados, no sentido de ampliar sua visão, dos conflitos sociais que nos cercam, passando a

aplicar institutos, como a inversão do ônus da prova, não só nas demandas que envolvem as relações de consumo, mas em todas aquelas em que, sem o referido instituto, impossível a ampla produção de provas, e conseqüentemente, mais difícil a justa solução do litígio.

Nesse sentido, conclui-se que enquanto não ocorre uma reforma no direito processual do trabalho, a utilização subsidiária de normas mais céleres e eficientes do direito comum, como a inversão do ônus da prova, faz-se imprescindível para garantir o acesso à tutela jurisdicional prestada pelos órgãos da Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEMIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Cleber Lúcio de. *A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. Belo Horizonte, 2011. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8MRFx8/cleber_almeida_27.04.11.pdf?sequence=1> Acessado em 23 de maio de 2013.

ALMEIDA, Isis de. *Manual das provas no processo do trabalhista*. São Paulo: Ltr, 1999.

ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. *Prova trabalhista*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Código de Processo Civil. *Vade Mecum Saraiva*. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: Código de Defesa do Consumidor. *Vade Mecum Saraiva*. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. *Recurso Ordinário nº 00463-2010-107-03-00-8*. Recorrente: Juliana Márcia Silva Santos. Recorrido: Mongeral Aegon Seguros e Previdência S.A. Relator: Emerson Jose Alves Lage; Belo Horizonte, 01 de abril de 2011. Pág. 219. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=11632>>. Acesso em 22 de maio de 2013.

_____. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943: Consolidação das Leis do Trabalho. *CLT Saraiva e Constituição Federal*. 40 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2006.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAIDONE, Décio Sebastião. *Direito processual do trabalho: ponto a ponto*. São Paulo: 2. Ed. Ltr, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: 5. Ed. LTr, 2007.

LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual do Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *A prova no processo do trabalho*. 2. Ed. São Paulo: Editora RT, 2001.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV, 1989.

_____. Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. 2. 24. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. São Paulo. Ed. Revistas dos Tribunais, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. 8. Ed. São Paulo: LTr, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 30. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOTAS DE FIM

1 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva - 2013

2 Silva, Antônio Álvares. , *A prova com direito humano e direito fundamental das partes no processo judicial*, Belo Horizonte, 2011, p. 64. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8MRFx8/cleber_almeida_27.04.11.pdf?sequence=1> Acessado em 23 de maio de 2013.

LEI Nº 12.551/2011 E A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CLT: A APLICAÇÃO DA CLT AO TELETRABALHADOR

Larissa Rodrigues D'Angelis²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo definir o conceito de teletrabalhador, bem como traçar os pressupostos dessa nova relação de emprego. Diante disto, pretende-se explicar a caracterização do vínculo empregatício, contrapondo os questionamentos que surgiram a partir da alteração do artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas e identificar como a CLT será aplicada nesta nova relação laboral que vem surgindo, já que o teletrabalhador não se submete as dimensões clássicas de emprego.

PALAVRAS-CHAVE: teletrabalho; trabalho à distância; vínculo empregatício; jornada de trabalho.

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata das mudanças nas relações trabalhistas, pois com o uso da tecnologia, permitiu-se que o empregado preste serviços ao empregador mesmo que a distância, surgindo, assim, o teletrabalho.

Maior produtividade, redução de custos, quebra de barreiras territoriais, inclusão social, são consequências do trabalho prestado à distância, em que há utilização de meios tecnológicos. Estas vantagens fazem com que cada dia mais o teletrabalho faça parte da sociedade.

Ocorre que sempre que algo novo adere incisivamente o comportamento social, além das vantagens, surgem também problemas e vários questionamentos sobre sua prática.

Deste modo, no que tange o teletrabalho, questionam-se a existência do vínculo empregatício, e decorrente disto, os demais direitos do teletrabalhador.

Assim, este artigo vem demonstrar, através de uma abordagem jurídica, a relação de emprego existente no teletrabalho, bem como a aplicação das normas trabalhistas, de acordo com o entendimento que vem sendo formado através dos doutrinadores do direito e do entendimento jurisprudencial dos magistrados.

2 AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O Direito do trabalho, no sentido lato, que compreende o Direito Individual e o Direito Coletivo do Trabalho, advém da necessidade de regular as relações e litígios oriundos das relações de emprego. Consoante com este entendimento, Maurício Godinho Delgado, em seu livro Curso de Direito do Trabalho, conceitua o Direito Trabalhista como o

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas. (DELGADO, 2012, p. 51).

Ademais, cumpre explicitar que a relação de emprego é uma relação jurídica, em que uma pessoa física (empregado), presta serviço a outrem de forma pessoal, onerosa, não-eventual e subordinada.

Entretanto, embora o Direito do Trabalho tenha conceitos e formas de aplicações bastante consolidadas e bem embasadas nos preceitos basilares da matéria, ao longo do tempo, o Direito do Trabalho careceu de adaptar-se às novas práticas cotidianas das relações de emprego, para que, deste modo, pudesse continuar a perpetrar decisões e entendimentos no ordenamento jurídico de maneira justa e consoante à realidade da sociedade.

Atualmente, com a nova era que surge, a sociedade se encontra em um processo tecnológico, passando reiteradamente por revoluções digitais, em que os meios de comunicação começam a afetar incisivamente a vida pessoal e profissional da população.

Assim sendo, a utilização de meios tecnológicos, como celulares ou notebooks, possibilitam a interligação de dados e informações mediante o uso de Banco de Dados, Planilhas Eletrônicas, além de permitir o contato em tempo real entre empregado e empregador, mesmo que em lugares diferentes, através de e-mails, mensagens instantâneas, videoconferências, o que permite maior agilidade e redução de despesas, fazendo com que escritório tradicional ceda espaço ao escritório virtual.

O teletrabalho, de origem grega, onde tele significa distância, pode ocorrer por variadas formas, como através de Centro Satélites, que são centro de trabalho remoto onde abrigam pessoas trabalhando para um só empregador, Home-Office, desenvolvido na própria residência do trabalhador ligada a uma base de dados, dentre outros. O trabalho prestado à distância também pode abranger vendedores, corretores, jornalistas, blogueiros.

Deste modo, constata-se que com as revoluções digitais e o uso cada vez mais frequente da tecnologia como ferramenta de trabalho alteraram a forma de se trabalhar, fazendo com que o ordenamento jurídico se adequasse a esta nova prática trabalhista.

3 A REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Direito do Trabalho, criado à luz da Revolução Industrial (Século XVIII), constituiu-se através das premissas do trabalho realizado nas fabricas, sob operação de máquinas a vapor, mecanização de tarefas, produção em série e a concentração de grande mão-de-obra assalariada, diretamente subordinada.

No entanto, as exigências do mercado contemporâneo, para que as empresas utilizem novos meios tecnológicos que possibilitam maior produção com baixo tempo e custo, bem como a necessidade de ultrapassar barreiras extraterritoriais existentes no mercado, fazem surgir um novo tipo de relação de emprego, o teletrabalho.

A fim de se adequar a esta nova fase tecnológica o artigo 6º da Consolidação das Leis trabalhistas sofreu alteração para inserir o trabalho a distância em seu texto, garantindo ao teletrabalhador os mesmos direitos daqueles que prestam serviço no estabelecimento do empregador.

Destarte, o referido artigo, aduz que "Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego." (BRASIL, 1943)

Não obstante, como o advento da Lei nº 12.551 de 15/12/2011, em vigor desde a sua publicação, passou a dispor o seguinte texto:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (BRASIL, 1943). (Grifou-se)

Entretanto a Lei 12.551/2011 não trouxe novidades, haja vis-

ta que este entendimento já vinha sendo perpetrado nas decisões dos magistrados e as dúvidas existentes em relação ao teletrabalho não foram sanadas pela lei.

Ademais, há em tramitação no Congresso Nacional o projeto de lei nº 4505 de 2008, do Deputado Luiz Paulo Vellozo Lucas que "Regulamenta o trabalho à distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências" (BRASIL, 2008).

Posto isto, verifica-se que a intenção de regulamentar o teletrabalho e a mudança já ocorrida na legislação celetista, prosperaram mais segurança jurídica ao teletrabalho. Entretanto, avulsa as mudanças da legislação, o ordenamento jurídico já reconhecia o teletrabalho, como se observa adiante.

1 DEFINIÇÃO DE TELETRABALHO

A definição de teletrabalho se encontra em um processo de formação evolutiva, havendo mais de uma definição e algumas divergências quanto ao uso dos meios telemáticos² e a frequência das atividades realizadas fora do estabelecimento do empregador.

Desta forma, vale aludir o conceito trazido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1996, apud JARDIM, 2003, p. 37), em que teletrabalho "é a forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação". (Grifou-se)

Já a Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (SOBRATT, 2008) aduz que:

Teletrabalho é todo e qualquer trabalho realizado a distância (tele), ou seja, fora do local tradicional de trabalho (escritório da empresa), com a utilização da tecnologia da informação e da comunicação, ou mais especificamente, com computadores, telefonia fixa e celular e toda tecnologia que permita trabalhar em qualquer lugar e receber e transmitir informações, arquivos de texto, imagem ou som relacionados à atividade laboral. (Grifou-se).

Sendo assim, pode-se entender como requisitos essenciais para configurar uma atividade como teletrabalho, a prestação de serviço fora do estabelecimento patronal e a utilização de tecnologias para permitir o contato entre empregado e empregador³.

Para Alice Monteiro de Barros (2007, p. 317), "teletrabalho é modalidade especial de trabalho à distância" e se distingue de trabalho a domicílio, não somente pelo desempenho de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também por abranger setores diversos como vendas e consultorias, além da utilização de novas tecnologias.

Contudo, estes conceitos são vagos e possuem algumas

lacunas, dificultando o enquadramento de determinado serviço como teletrabalho, como quando o trabalhador também frequenta o estabelecimento patronal. Além disso, a atividade não necessita que o uso de meios telemáticos sejam através de novas tecnologias, mas sim, de meios tecnológicos.

Por isto, com intuito de melhor definir a espécie, a autora entende por teletrabalho, aquele prestado, em ponto fixo ou variável, predominantemente fora do estabelecimento do empregador, onde haja a utilização de tecnologias, sobretudo, da informação e da comunicação à distância, como meio de controle e comando das tarefas desempenhadas pelo obreiro.

Frente ao conceito de teletrabalhador, agora, pode-se realizar uma análise jurídica do teletrabalho, indentificando o vínculo trabalhista e os demais direitos do empregado.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DO TELETRABALHO

Embora a legislação preestabeleça os requisitos do contrato de trabalho e resguarde os direitos da parte hipossuficiente, estes preceitos estão predominantemente ligados ao trabalho presencial, enquanto o trabalhador esta cada vez menos presente no ambiente pratronal e mais ligado aos meios tecnológicos.

Por isto, surge, primeiramente, a indagação quanto à existência de subordinação e não-eventualidade, e, conseqüentemente, se há configuração do vínculo de emprego no teletrabalho. Outrosim, intrinsecamente relacionado, também se questiona o controle de jornada, horas-extras, dentre outros direitos, motivo pelo qual passa-se à análise da questão.

2.1 Configuração do Vínculo Empregatício

Dispõe a CLT, em seu artigo 442 que o "contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". Não obstante, infere-se dos artigos 2º e 3º da CLT, ao elencar os conceitos de empregado e empregador, os elementos fático-jurídicos que compreendem a relação empregatícia. In verbis:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 1943)

Isto posto, compreende-se, pela doutrina majoritária, a existência de cinco elementos fático-jurídicos, que são a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador, efetuada com intuito

personae (pessoalidade), de forma não-eventual, onerosa e sob subordinação ao tomador de serviços.

Assim, presente estes requisitos, bem como a prestação de serviço fora do ambiente patronal e mediante o uso de tecnologias, configura-se o vínculo empregatício no teletrabalho.

Entretanto, com o intuito de se esquivarem do reconhecimento do vínculo de emprego e suas conseqüências, algumas correntes alegam a ausência de subordinação ou não-eventualidade na prestação de serviço do teletrabalhador, devido a maior dificuldade em indentificá-los nesta nova modalidade de emprego.

2.1.1 Subordinação

Neste atual contexto de constante crescimento dos trabalhos à distância, o trabalhador passa a não se apresentar mais no ambiente patronal e, portanto, não se submete à dimensão clássica de subordinação direta. Desta forma, é necessário que a perspectiva de subordinação seja revista, de modo a coibir a identificação do teletrabalhador como autônomo.

Primeiramente, cumpre salientar que o empregado diverge do autônomo devido à ausência de subordinação deste, vez que exerce suas atividades por conta própria e assume todos os riscos da atividade. Além disso, é regulamentado pelos artigos 539 a 609 do Código Civil, possuindo a denominação Prestação de Serviços.

Em contraponto às características do autônomo, o teletrabalhador não assume os riscos da atividade, estando vinculado, ainda que indiretamente, ao arbítrio do tomador de serviço, na medida em que exerce suas atividades a partir das decisões do tomador de serviços e seu êxito está condicionado à aprovação deste. Isto ocorre, por exemplo, com a constante troca de e-mails e mensagens, que determinam as tarefas a serem realizadas e monitoram a execução.

Ademais, conforme prevê a nova redação do artigo 6º da legislação celetista (BRASIL, 1943), "os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio".

Portanto, não há que se falar em ausência de subordinação no trabalho à distância, por não possuir comando direto, haja vista que as novas tecnologias concedem o contato entre empregado e empregador, permitindo a incidência de controle e a supervisão. Assim, a subordinação no teletrabalho, pode ocorrer através de sistema de logon/logoff, relatórios, mensagens instantâneas, ligações, dentre outras.

Ainda que, como ocorre em alguns casos, o tomador de serviço não controle constantemente o serviço que lhe é prestado, abrandando ainda mais a presença da subordinação e aumentando o risco da informalidade do teletrabalhador, este

permanece sobre controle e supervisão, vez que a presença de subordinação esta ligada à concretização do trabalho pactuado nos moldes da empresa, e não aos pequenos comandos ou decisões arbitrados pelo obreiro, que não interferem na atividade fim, como, por exemplo, o horário de lanche.

Desta forma, Maurício Godinho Delgado (2012, p. 336), ao delinear melhor a ausência de subordinação expõe que a mesma “[...] é aferida a partir de um critério objetivo, avaliando-se sua presença na atividade exercida, no modo de concretização do trabalho pactuado”. (Grifou-se)

Logo, embora a observância da subordinação se dê forma mais tênue no teletrabalho, no qual, ocorre devido à ausência de comando direto, circunstância que, muitas vezes, impede o reconhecimento do vínculo, Sergio Pinto Martins (2007, p. 153) leciona que “a questão de o trabalhador prestar serviços externamente não irá dirimir a zona cinzenta que se revela entre a relação de emprego e o trabalho autônomo”.

Em Minas Gerais, as decisões do Tribunal Regional do Trabalho corroboram este entendimento. In verbis:

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. A prestação de serviços na residência do empregado não constitui empecilho ao reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos exigidos pelo artigo 3º da CLT, visto que a hipótese apenas evidencia trabalho em domicílio. Aliás, considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero caracterizada hipótese de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada com o auxílio da informática e da telecomunicação. (TRT 3ª Região, Sétima Turma, RO 31973/09, Rel. Des. Jesse Claudio Franco de Alencar, DJ 25.11.2009)

Consoante este entendimento, Maurício Godinho Delgado (2012, p. 289-299) entende, como forma de superar as dificuldades de equacionamento dos fatos do novo mundo e alcançar o expansionismo do Direito do Trabalho, que é trabalhador subordinado quaisquer daqueles que se enquadrarem a uma das três dimensões de subordinação, seja a clássica (tradicional), objetiva ou estrutural. O doutrinador propõe que:

Na essência, é trabalhador subordinado desde o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa plethora de ordens do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação clássica

ou estrutural), como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços, nem exatamente realiza os objetivos do empreendimento (atividades de meio), por exemplo, acopla-se, estruturalmente, à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviço realizada (subordinação estrutural). (DELGADO, 2012, p. 298-299)

Ante o exposto, seja o teletrabalho, comandado do modo clássico, com o emprego de, por exemplo, Workflow⁴, login/logoff e mensagens instantâneas durante todo o exercício da atividade, ou de modo objetivo ou estrutural, mediante o uso de e-mails semanais e banco de dados onde as tarefas são incluídas após finalizadas, há, evidentemente, a presença de subordinação, não podendo, por este motivo, descaracterizar o vínculo de emprego do teletrabalhador.

2.1.2 Não eventualidade

No que tange à habitualidade no estabelecimento do empregador, muito se questiona o caráter eventual da prestação de serviço no teletrabalho, na qual, diante da baixa frequência ou ausência comparecimento ao ambiente patronal, sofrem, de maneira fraudulenta, a descaracterização do vínculo.

Entretanto, entende-se, de acordo com a teoria dos fins empreendimento, que “[...] eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa” (GODINHO, 2012, P. 290). Deste modo, são eventuais aqueles que exercem atividade de meio, cujo objetivo é proporcionar a execução das tarefas de objetivo principal da empresa.

Posto isto, mesmo que o teletrabalhador compareça esporadicamente às dependências do empregador, seu serviço também tem por objetivo alcançar a finalidade da empresa. Assim, não há como impedir a descaracterização do vínculo por sua natureza tecnológica permitir a prestação de serviço à distância, vez que a mesma continua a ser exercida, ainda que embora fora do ambiente patronal.

Ademais, a jurisprudência corrobora este entendimento. Vejamos:

VÍNCULO DE EMPREGO. PROFESSOR. CURSOS À

DISTÂNCIA. Como bem destaca a r. sentença recorrida, o reclamante foi contratado intuitu personae para trabalhar no assessoramento dos cursos à distância. A intermitência invocada pela reclamada não descaracteriza o vínculo jurídico de emprego entre o professor e a instituição de ensino, por não ser imprescindível que o empregado compareça ao estabelecimento de ensino todos os dias, especialmente no presente caso concreto, por ter sido contratado o reclamante para trabalhar na execução do Projeto Pedagógico dos Cursos à Distância instituído pela Universidade reclamada, portanto só comparecendo às atividades presenciais com a frequência que lhe for determinada pelo empregador, o que não descaracteriza a 'não eventualidade' do vínculo jurídico contratual que preside o relacionamento jurídico entre as partes. Em se tratando de ensino à distância não é imprescindível a presença física do empregado no estabelecimento de ensino diariamente para que haja a configuração da relação de emprego, como ocorre com o trabalho externo e com o teletrabalho. Quem se insere num Projeto Pedagógico de Cursos à Distância, trabalha para o empregador em casa, participa de uma equipe de teletrabalho ou que seja contratado para trabalhar online sozinho em casa, tem plenamente preenchido o requisito da não eventualidade necessária para a proclamação judicial da existência do vínculo jurídico de emprego. Os cursos à distância até podem ter curta duração, ser sequenciados ou ser descontinuados, o que depende exclusivamente do poder de comando empresarial e não da vontade individual dos professores contratados. A atividade empresarial de educação superior adotada pela reclamada é permanente, como instituição de ensino superior privada - uma Universidade particular -, cuja característica de permanência fundamenta o princípio jurídico da continuidade da relação de emprego, de molde a afastar a suposta eventualidade por ela invocada. (TRT da 3ª Região, 3ª Turma, RO 00423-2009-042-03-00-1 RO, Rel. Milton V. Thibau de Almeida - DJ 8/2/2010).

Outrossim, o próprio texto celetista, ao se referir a um dos requisitos para configuração do vínculo empregatício como não-eventualidade, por si só, demonstra a intenção do legislador

em determinar que o simples fato do trabalho ser descontínuo ou ininterrupto não descaracterizaria o vínculo. Assim, um trabalhador que presta seus serviços de forma permanente, mas apenas às sextas, não seria hipótese de trabalho eventual.

Desta forma, seja o serviço for prestado exclusivamente à distância ou de modo que o teletrabalhador também visite, esporadicamente, o ambiente patronal, não poderá ser descartado o vínculo de emprego pela ausência de não-eventualidade caso o serviço seja prestado de forma permanente.

2.2 Jornada de Trabalho, Horas-Extra e Sobravisos

Intrinsecamente relacionada à dificuldade em evidenciar a caracterização do vínculo empregatício, surge a dúvida se o teletrabalhador faz jus ao recebimento de horas-extra ou sobrelaviso. Entretanto, para isto é necessário delinear, primeiramente, como será realizada e controlada sua jornada.

Segundo Sérgio Pinto Martins, em francês, usa-se a expressão jour, que significa dia, e journée para jornada, de modo que jornada de trabalho a quantidade de labor diário do empregado (MARITNS, 2007, p. 488).

Já Maurício Godinho, leciona de forma mais precisa que "Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato" (DELGADO, 2012, p. 862). Assim, o texto constitucional determina a jornada máxima de 8 (oito) horas diárias, podendo chegar até 44 (quarenta e quatro) horas semanais. In verbis:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XIII. Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (BRASIL, 1988)

Entretanto, o artigo 59 da CLT dispõe que "A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho" (BRASIL, 1943), bem como o pagamento das horas com acréscimo de no mínimo 50% sobre a hora normal. Deste modo, o trabalho que for prestado em sobretempo à jornada normal do empregado, dará a este o direito ao recebimento de horas-extras.

Não obstante ao previsto no texto celetista, bem como a garantia fundamental constitucional, existe uma corrente que entende não

fazer jus o teletrabalhador ao recebimento de horas-extras. Tal posicionamento baseia-se na classificação de sua jornada como "não controlada", que são aquelas quando o empregador não pode realizar efetivo controle, prevista no artigo 62, I, do texto celetista⁵.

Consoante este entendimento, o Deputado Luiz Paulo Vellozo Lucas, no artigo 6º, Parágrafo Único do Projeto de Lei 4505 de 2008, determina que "Em razão do caráter de controle de jornada aberta e, via de regra, de forma virtual, aos empregados teletrabalhadores não será contemplado o direito às horas extras, devendo a remuneração ajustar-se às horas normais de trabalho" (BRASIL, 2008).

Entretanto, somente não se enseja cálculo de hora-extra quando a aferição da jornada de trabalho do obreiro for insuscetível, ou seja, quando a impossibilidade do cômputo do seu tempo de serviço impede a percepção da prestação de horas extraordinárias. O que nem sempre ocorre no teletrabalho.

Embora o teletrabalhador preste serviço fora do alcance do seu empregador, esta modalidade de trabalho, que possui como um dos seus requisitos o uso da telemática, permite, por meio desta, o efetivo controle da jornada, através do registro de login/logoff do obreiro no sistema.

O controle da jornada também pode ocorrer mediante a utilização de outros recursos tecnológicos. Exemplo disto ocorre na International Business Machines (IBM), onde os representantes de vendas em São Paulo digitam seus nomes em micro localizadores ao descerem do elevador, obtendo deste a informação da mesa que utilizaram⁶.

Além disto, deve ser aplicado ao teletrabalhador, de acordo com o expansionismo do Direito do Trabalho, o disposto no artigo 74, § 3º, da CLT, já que meios informatizados como os bancos de dados e Workflow podem ser equiparados às fichas e papeletas que constam os horários dos empregados.

Vale ressaltar que a limitação da jornada de trabalho é necessária e possui embasamento, segundo Sergio Pinto Martins, em pelo menos quatro fundamentos: biológicos, que dizem respeito aos efeitos psicofisiológicos causados ao empregador, decorrentes da fadiga; sociais, pois o empregado deve poder conviver e relacionar com outras pessoas, com a família, além de tempo para o lazer, econômicos, diminuindo o problema de desemprego; e humanos, diminuindo os acidentes do trabalho (MARTINS, 2007, p. 491).

Nesta perspectiva, o teletrabalho traz consigo a vantagem de possibilitar que o obreiro passe mais tempo em casa, com a família ou descansando, já que não gasta tempo com deslocamento ou possíveis engarrafamentos, por exemplo. Contudo, o que seria uma vantagem se torna um problema caso a jornada seja aberta. Pois, sem fazer jus a horas-extra, o empregador poderá socilitá-lo a qualquer momento, sobrecarregando sua jornada, além de propiciar que não haja a contratação de outros funcionários com

quem deveria dividir as tarefas.

Assim, fixada a jornada do teletrabalhador, procedimentos como a troca de mensagens entre empregado e empregador ou e-mails com ordens de serviço em horário extraordinário, darão ao obreiro o direito ao recebimento horas-extra. Deverá o tomador, a fim de se resguardar, inserir no corpo do e-mail que as tarefas ali delineadas deverão ser cumpridas durante a jornada de serviço, e também evitar ligações ou mensagens instantâneas fora do horário.

Outro aspecto do teletrabalho que gera divergência, é caracterização do regime de sobreaviso, principalmente após a nova redação dada ao artigo 6º da CLT, no qual, equipara os aparelhos telemáticos aos meios pessoais e diretos de controle e supervisão.

Entende-se por sobreaviso, segundo o artigo 244, § 2º da CLT (BRASIL, 1943), o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Este dispositivo foi editado exclusivamente para os ferroviários, entretanto, os novos meios de comunicação utilizados em outros segmentos, fizeram com que houvesse uma interpretação analógica, para possibilitar os demais trabalhadores o direito ao sobreaviso.

Assim, também conforme o dispositivo legal supracitado, o obreiro que permanecer sob o regime de sobreaviso fará jus ao recebimento de 1/3 da hora de serviço normal:

§ 2º - Considera-se de "sobreaviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobreaviso" será, no máximo, de 24 horas. As horas de "sobreaviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 do salário normal. (BRASIL, 1943)

Havia o entendimento de que o simples uso de aparelho de intercomunicação, como o celular, por si só, não caracterizava regime de sobreaviso. Era necessário que o empregado permanecesse em sua casa aguardando o chamado, como dispunha a redação anterior da Súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Entretanto, após a inclusão do parágrafo único ao artigo 6º da CLT e com a ampliação interpretativa justrabalhista, a Súmula 428 do TST foi modificada, passando a versar:

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) -Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à

distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. (BRASIL, 2012)

Assim, passa valer o entendimento de que o uso dos meios telemáticos relativiza a limitação da liberdade de locomoção do empregado, sendo possível atrelar seu uso às peculiaridades que revelem o controle efetivo do trabalhador, como, por exemplo, escalas de plantão. Até mesmo porque este entendimento de permanecer em casa está ultrapassado, vez que com o uso dos meios informatizados, tal como celulares, permite-se ao empregador manter contato e comando sob o empregado, mesmo a distância.

Destarte, Corroborando este entendimento, veja-se as mais recentes Jurisprudências do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOBREAVISO. REGIME DE PLANTÃO. USO DE CELULAR.

Esta colenda Corte Superior firmou entendimento no sentido de que considera-se em sobreaviso o empregado que à distância e submetido a controle por qualquer meio telemático ou informatizado, permanece em regime de plantão, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço, durante o seu período de descanso (Inteligência do item II da Orientação Jurisprudencial nº 428 da SBDI-1.

Na hipótese dos autos, o egrégio Tribunal Regional registrou que o reclamante atendia ocorrências nos períodos de intervalo interjornada durante a semana, podendo ser acionado a qualquer momento através de aparelho celular fornecido pela reclamada para uso exclusivo em serviço, razão pela manteve a r. sentença que deferiu tal período como de sobreaviso.

Dessa forma, percebe-se que a decisão regional foi proferida em plena consonância com o item II da Orientação Jurisprudencial nº 428 da SBDI-1, o que torna inviável o conhecimento do apelo, em face da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT.

Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR nº 463-35.2012.5.24.0031, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 24/05/2013). (Grifou-se.)

Ementa: RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO

SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS EXTRAS. SOBREAVISO. REGIME DE PLANTÃO. ITEM II DA SÚMULA Nº 428 DESTA CORTE SUPERIOR. Consoante o disposto na parte final do inciso II do artigo 894 da Consolidação das Leis do Trabalho, não caberá recurso de embargos "se a decisão recorrida estiver em consonância com orientação jurisprudencial ou súmula do Tribunal Superior do Trabalho". Proferida a decisão da Turma em sintonia com o disposto na Súmula n.º 428, item II, desta Corte superior, no sentido de que -considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso-, resultam incabíveis os presentes embargos. Recurso de embargos não conhecido. (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR nº 4200-20.2005.5.03.0114, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 17/05/2013.) Grifou-se)

Portanto, segue o entendimento que o empregado que à distância estiver submetido ao controle e comando do tomador, permanecendo em regime de plantão durante seu período de descanso, fara jus ao sobreaviso.

Ademais, o uso da telemática permite que o empregado saia de casa mesmo em sobreaviso pelo fácil contato com seu empregador através de aparelhos móveis. E, ainda assim, o obreiro tem seu direito de ir e vir limitado, vez que precisa permanecer dentro de um raio de alcance dos aparelhos e de acesso ao trabalho caso seja chamado.

Diante de todo o exposto, ressalta-se que no teletrabalho é essencial o uso de instrumentos informatizados. Assim, o simples acesso do empregado ao email, ou responder uma mensagem do empregador fora do horário de serviço seriam suficientes para caracterizar horas-extra e sobreaviso?

Há uma linha muito tênue que separa esta caracterização no teletrabalho devido ao fácil acesso do obreiro aos meios de comunicação. Por isto, caso o empregador não tenha interesse no trabalho em tempo extraordinário deverá se resguardar. Para isto, poderá colocar bloqueio nos logins no período que não compreender a jornada do trabalhador, avisos de que as mensagens ou e-mails deverão ser respondidas e realizadas durante a jornada.

Caso o empregado desobedeça, deverá o tomador aplicar advertências, pois se o empregado acaba extrapolando sua jornada constantemente, como, por exemplo, ocorre quando o volume de

serviço é muito grande, e o empregador, embora não tenha solicitado, consentir com esta prática, também fará com que o empregado faça jus a remuneração extra.

Isto posto, é indiscutível a possibilidade de se controlar a jornada de trabalho do teletrabalhador e, sendo esta possível, é patente seu direito a horas-extras, sbreaviso e os demais direitos relacionados a jornada do obreiro.

3 CONSEQUENCIAS DA LEI 12.551/2011

Ante uma primeira análise, não são visíveis grandes mudanças após a publicação da Lei 12551/2011, vez que já prosperava o entendimento de equiparação entre empregado que presta serviço no estabelecimento patronal e teletrabalhador, conforme demonstra-se através da jurisprudência do ano de 2009:

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. A prestação de serviços na residência do empregado não constitui empecilho ao reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos exigidos pelo artigo 3º da CLT, visto que a hipótese apenas evidencia trabalho em domicílio. Aliás, considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero caracterizada hipótese de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada com o auxílio da informática e da telecomunicação. (TRT da 3ª Região, Sétima Turma, RO nº 31973/09, Rel. Jesse Claudio Franco de Alencar, DEJT 25/11/2009.)

Ademais, Maurício Godinho Delgado (2012, p. 906) entende que o “avanço trazido pela nova redação do artigo 6º e parágrafo único da CLT, viabilizando a renovação e expansionismo da relação de emprego, talvez não seja capaz de produzir significativas repercussões no plano da jornada de trabalho”.

Entretanto, segundo o Presidente do TST, João Oreste Dalazen, foi o advento da Lei 12.551/2011, um dos principais motivos ensejadores da revisão na Súmula 428 do TST, vez que aquela determinou a possibilidade de supervisão da jornada de trabalho desenvolvida fora do estabelecimento patronal, de maneira eficaz, através dos avanços tecnológicos dos instrumentos telemáticos e informatizados.

Além disto, a alteração do artigo 6º da CLT ampliou o entendimento dos magistrados, vez que passaram, não só a ter um gradativo reconhecimento do vínculo de emprego do teletrabalhador, mas também a ampliação dos direitos que lhe são devidos.

Posto isto, observa-se que embora a Lei 12.551/2011 não conduziu largas mudanças, visto que já havia o entendimento de equiparação entre trabalhador convencional e teletrabalhador, o advento da Lei é de grande valia, vez que esta consolidando os demais direitos inerentes ao teletrabalhador.

4 PROJETO DE LEI Nº 4505 DE 2008

Como já mencionado, existe um projeto de lei que visa regulamentar o teletrabalho, sob o argumento de que “interpretando-se o art. 7º, inciso XXVII, da Constituição Federal, observa-se claramente a preocupação e o interesse do Estado brasileiro em regulamentar as matérias de direito que possam representar risco ao trabalho” (BRASIL, 2008) indicando expressamente que deve existir lei específica sobre a proteção em face da automação.

Adiante, o artigo 1º do Projeto traz o conceito de teletrabalhador. In verbis:

Art. 1º Para os fins desta Lei, entende-se como teletrabalho todas as formas de trabalho desenvolvidas sob controle de um empregador ou para um cliente, por um empregado ou trabalhador autônomo de forma regular e por uma cota superior a quarenta por cento do tempo de trabalho em um ou mais lugares diversos do local de trabalho regular, sendo utilizadas para realização das atividades laborativas tecnologias informáticas e de telecomunicações. (BRASIL, 2008)

Contudo, o Projeto restringe o conceito de teletrabalhador ao determinar uma cota superior a quarenta por cento do tempo de trabalho em um ou mais lugares diversos do local de trabalho regular.

Desta forma, o conceito distância a norma de sua efetiva aplicação, além de violar o Princípio da Primazia da Realidade sobre Forma, vez que a fixação de cota dificulta e restringe a identificação da existência do teletrabalho.

Assim, entende-se que a legislação deve determinar, apenas, que o serviço prestado deva ocorrer predominantemente fora do estabelecimento patronal, de modo que fique a cargo magistrados a análise ao caso concreto.

Outro ponto que vale ser discutido é o Parágrafo Único do artigo 6º deste Projeto⁷ e artigo 7º, alínea “c”⁸, pois os mesmos dispõem não fazer jus o empregado teletrabalhador a horas-extras, além do dever de arcar com a manutenção dos equipamentos e materias ao empregado.

O disposto nos artigos supracitados, nada mais é do que um retrocesso às conquistas da classe operaria, vez que viola a proposição fundamental do Direito Trabalhista, contrariando os

Princípios da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, Proteção, dentre outros.

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 7º, XXVII (BRASIL/ 1988) determina que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social a proteção em face da automação, na forma da lei, observa que este projeto não atende ao dispositivo constitucional.

Ressalta-se que o projeto já foi aprovado pela Mesa da Câmara e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), sem qualquer veto ou emendas relacionadas aos artigos aludidos. Assim, verifica-se a possível ocorrência de Lobby⁹, vez que a violação à direitos trabalhistas tão solidificados só se justifica pela influência ou pressão de fortes grupos que visam interesses privados.

Ante o exposto, o projeto é anacrônico e não apresenta avanços para o Direito Trabalhista, por isto, não deve ser aprovado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente vivemos em uma sociedade, que diante de abissais processos tecnológicos, tornou-se dependente destes meios informatizados, vez que eles simplificam a rotina.

Tal tecnologia alterou os hábitos de toda sociedade, em especial nas relações de emprego, devido a fatores como a facilidade na produção de serviços, o aumento da competitividade, a redução do tempo e a diminuição dos custos. Assim, dentro das empresas, tanto a realização das tarefas quanto os meios de comunicação, foram alterados para inserir os mecanismos tecnológicos ao desempenho das tarefas.

Destarte, com introdução dos meios eletrônicos nas relações trabalhistas, surgiram diversos questionamentos quanto à existência esta nova modalidade de emprego e, conseqüentemente, os direitos dos teletrabalhadores.

Conclui-se, a partir do estudo realizado, que o teletrabalho é definido como aquele prestado, em ponto fixo ou variável, predominantemente fora do estabelecimento do empregador, onde haja a utilização de tecnologias, sobretudo, da informação e da comunicação à distância, como meio de controle e comando das tarefas desempenhadas pelo obreiro.

Deste modo, existe vínculo de emprego, vez trata-se de empregado como os que prestam serviço de forma convencional. Estes se diferenciam apenas na maneira como o serviço é prestado, já que a competitividade do mercado exigiu a inclusão da tecnologia na rotina de trabalho.

Dito isto, conclui-se que existente o vínculo de emprego, o teletrabalhador faz jus a todos os direitos inerentes à classe operaria, inclusive horas-extras e sobreaviso, tendo em vista a possibilidade

do controle de sua jornada. Destarte, através de uma análise aos preceitos trabalhistas as normas trabalhistas existentes devem ser aplicadas aos teletrabalhadores, garantindo-lhes a proteção justralhista a parte hipossuficiente da relação.

Observou-se que a alteração do artigo 6º da CLT, embora tenha trazido alguns ganhos quanto ao avanço de entendimento das garantias dos teletrabalhadores, promovendo a alteração da Súmula 428 do TST, não foi suficiente, tendo em vista que não trouxe efetivas mudanças para o Direito Trabalhista.

Primeiramente, em reconhecer o vínculo empregatício para o teletrabalhador, vez que o entendimento aplicado já era adotado, de forma pacífica, antes da alteração do artigo.

Ademais, não trouxe um conceito de teletrabalho, nem trata das peculiaridades desta modalidade de emprego, como, por exemplo, a determinação do responsável por arcar com os custos de manutenção dos aparelhos usados para trabalho.

Por fim, conclui-se que há necessidade em se criar lei específica que regulamente o teletrabalho, de modo a corroborar seus direitos, sanar dúvidas e peculiaridades desta forma de labor, evitar litígios judiciais desnecessárias que transbordam o judiciário, trazer maior segurança aos teletrabalhadores, bem como atender ao disposto no artigo 7º, XXVII, da CRFB/88 criando lei que protejam os trabalhadores em face da automação.

6 REFERÊNCIAS

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 3ª Turma, RO nº 00423-2009-042-03-00-1 RO, DJ 8/2/2010, Rel. Milton V. Thibau de Almeida. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso: Março de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 5ª Turma, AIRR nº 463-35.2012.5.24.0031, DEJT 24/05/2013, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso em: Março de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 7ª Turma, RO nº 31973/09, DEJT 25/11/2009, Rel. Jesse Claudio Franco de Alencar. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso em: Abril de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. E-RR nº 4200-20.2005.5.03.0114, DEJT 17/05/2013, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso em: Maio de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 3ª Turma,

RO nº 31973/09, DEJT 25/11/2009, Rel. Jesse Claudio Franco de Alencar. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso em: Abril de 2013.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 3ª Turma, RO nº 31973/09, DEJT 25/11/2009, Rel. Jesse Claudio Franco de Alencar. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso em: Abril de 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm >. Acesso em: Abril de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 428. Sobreaviso Aplicação Analógica do Art. 244, § 2º da CLT. Disponível em < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-429 >. Acesso em: Abril de 2013.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: Março de 2013

BRASIL. Congresso. Câmara do Deputados. Projeto de Lei nº 4505, de 2008. Regulamenta o trabalho à distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420890> > Acesso em: Maio de 2013

MELO, Alvaro; LIMA, Fernando. Lei 12.551/11 - Esclarecimentos gerais. Disponível em: < <http://www.sobratt.org.br/lei-12551-11.html> >. Acesso em: Março de 2013

PINEL, Maria de Fátima de Lima. Teletrabalho: o trabalho na era digital. Rio de Janeiro: Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1998. (Dissertação de Mestrado em Ciências Contábeis). Disponível em: < <http://www.teletrabalhador.com/> >. Acesso em: Março de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

MONTEIRO, Alice de Barros. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. O teletrabalho e suas atuais modalidades. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo, 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de Metodologia Científica. 4ªed. rev.ampl.. São Paulo: Atlas. 2001.

1 Acadêmica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 Meios telemáticos é o conjunto de tecnologias de transmissão de dados, que compreendem os recursos das telecomunicações (telefonia, satélite, fibras ópticas) e da informática (computadores, softwares e sistemas de redes), que possibilitam o processamento, armazenamento e a comunicação de grande quantidade de dados, em curto prazo, entre usuários localizados em qualquer lugar. (SILVA, 2007)

3 Além dos cinco requisitos fático-jurídicos já existentes, necessários para configuração de qualquer vínculo empregatício.

4 Workflow, em português fluxo de trabalho, segundo a Workflow Management Coalition, é a automação do processo de negócio, na sua totalidade ou em partes, onde documentos, informações ou tarefas são passadas de um participante para o outro para execução de uma ação, de acordo com um conjunto de regras de procedimentos.

5 Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

6 Informação obtida pela Mestre em Ciências Contábeis Maria de Fátima de Lima, em sua página www.teletrabalhador.com

7 Art. 6º São direitos do empregado teletrabalhador: (...) Parágrafo único. Em razão do caráter de controle de jornada aberta e, via de regra, de forma virtual, aos empregados teletrabalhadores não será contemplado o direito às horas extras, devendo a remuneração ajustar-se às horas normais de trabalho. (BRASIL, 2008)

8 Art. 7º São deveres do empregado teletrabalhador: (...) c) manutenção adequada dos equipamentos e materiais que lhe forem disponibilizados pelo empregador, bem como conservação e asseio do seu ambiente de trabalho, observadas as normas de segurança, higiene e saúde no trabalho. (BRASIL, 2008)

9 Lobby, para Tiago Dantas “é um grupo de pressão na esfera política, um grupo de pessoas ou organizações que tentam influenciar, aberta ou secretamente, as decisões do poder público em favor de seus interesses.” (Equipe Brasil Escola, 2010?)

NOTAS DE FIM

DA CONSTITUCIONALIDADE DA SOLICITAÇÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO ELABORADO PELA POLÍCIA MILITAR PARA INFRAÇÕES PENAS PREVISTAS NA LEI 10826/03 E LEI 11343/06

Antônio Gustavo Diniz Matoso¹

RESUMO: O mandado de busca e apreensão é uma ferramenta tipicamente utilizada pela Polícia Civil e Polícia Federal, mas que vem sendo também utilizada pela Polícia Militar, contudo, essa linha tênue da prevenção e investigação, tem provocado discussões no âmbito das instituições e do judiciário, neste último caso, o objeto discutido é se seria possível a Polícia Militar solicitar e cumprir o mandado de busca e apreensão. Neste contexto, o trabalho foi delineado a verificar as atribuições constitucionais de cada instituição policial, o limite de suas atuações, o embate dos princípios e garantias versos o mandado de busca e apreensão, além das discussões jurisprudenciais. No decorrer da leitura verificará que existe a possibilidade da Polícia Militar em casos excepcionais de condutas criminosas previstas na Lei 10826/03 e Lei 11343/06, presente a relevância urgência, solicitar e cumprir o mandado de busca e apreensão, com o único intuito de combater o avanço desenfreado da criminalidade e possibilitar aos milicianos mais uma ferramenta na tentativa de preservação da ordem pública, além de resguardar a atuação policial.

PALAVRAS-CHAVES: Mandado; busca; polícia; militar; solicitação.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Penal

1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal tem por finalidade a viabilização da aplicação do Direito Penal, sendo necessárias ferramentas que proporcionem meios para efetivar o caminho para materialização da aplicação no caso concreto, ou seja, o Direito Processual Penal é o instrumento capaz de aplicar o Direito Penal e também de efetivar o princípio do devido processo legal.

Dentro deste contexto o tema foi escolhido, afinal, uma das melhores ferramentas do Direito Processual Penal para aplicar o Direito Penal de forma efetiva, é a medida cautelar de mandado de busca e apreensão, que legitima a atuação policial no combate à criminalidade, com o intuito de prender criminosos e colher provas para uma futura ação penal.

Além disso, o mandado de busca e apreensão é uma medida que passa necessariamente pelo crivo judicial, uma vez que a inviolabilidade do domicílio é regra constitucional, prevista no art. 5º, XI, CR/88, sendo possível a violação do domicílio nos casos de flagrante delito, prestar socorro e na hipótese de cumprimento de ordem judicial que inicie durante o dia.

Portanto, o mandado de busca e apreensão legítimo, resguarda a atuação policial, pois a falta da medida cautelar gera como consequência a violação de domicílio alheio, e este por sua vez, implica uma conduta tipificada como abuso de autoridade e comina as penas impostas pelo art. 3º, b, da lei 4898/65, que

pode culminar com sanção administrativa, civil e penal para o policial violador do domicílio alheio, afinal, fere um direito fundamental do indivíduo como já citado o art. 5º, XI, CR/88.

Contudo, essa medida é questionada por advogados que defendem réus em processos em que foram colhidas provas por mandados de busca e apreensão solicitados pela Polícia Militar. A defesa alega que isso se trata de usurpação de função pública, ilegalidade ou ilegitimidade e que quem tem atribuição constitucional, no âmbito estadual, é a Polícia Civil.

Desta forma, a discussão da constitucionalidade da solicitação de mandado de busca e apreensão feito pela Polícia Militar, é um tema importante e relevante no contexto de resguardar provas, no intuito de prender criminosos e apreender produtos provenientes de meios ilícitos.

Todavia, caso o Supremo Tribunal Federal (STF) declare a inconstitucionalidade dessa medida, isso pode gerar nulidade em diversos processos e conseqüente enfraquecimento no combate à criminalidade brasileira, hoje bem fortalecida com a falta de políticas de segurança pública eficiente.

Em síntese, serão empregados como metodologia os conhecimentos científico e filosófico, utilizando para isso, os métodos dedutivo e indutivo e como técnicas; a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

O objetivo geral é compreender, a partir do atual ordenamen-

to jurídico, a constitucionalidade da solicitação do mandado de busca e apreensão elaborado pela Polícia Militar e como objetivos específicos: realizar uma compreensão das jurisprudências a favor e contra a constitucionalidade da solicitação do mandado de busca e apreensão elaborado pela Polícia Militar e compreender as atribuições constitucionais da Polícia Militar.

2 SEGURANÇA PÚBLICA

O tema Segurança Pública, é tratado pela Constituição da República de 1988 no seu artigo 144, dispondo o dever do Estado e o direito e responsabilidade de todos. Neste contexto, vemos os órgãos responsáveis pela segurança pública:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, Constituição da República, 1988)

No artigo 136 da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989 em seu caput, vêm como cópia literal do texto da Carta Magna, e seus incisos são delimitados de acordo com a competência estadual:

.Art. 136 – A segurança pública, dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – Polícia Civil;

II – Polícia Militar;

III – Corpo de Bombeiros Militar (MINAS GERAIS, Constituição Estadual, 1989)

Portanto, nota-se que a segurança pública é dever do Estado e no âmbito de Minas Gerais em sentido estrito de Estado é exercido pela Polícia Militar, Polícia Civil e Corpo de Bombeiros Militar, e cabe a estas três instituições a preservação da ordem pública. Neste artigo, em especial trataremos mais especificamente das instituições Polícia Militar de Minas Gerais e Polícia Civil de Minas Gerais.

Antes de tratarmos especificamente das instituições, temos que ter em mente o conceito de ordem pública, pois, esse é o grande foco da segurança pública quando se faz a leitura dos caputs dos artigos 144 e 136, respectivamente, CR/88 e CE/89. O termo Ordem Pública é muito subjetivo, mas pode-se entender como bem-estar das pessoas, visando à garantia dos direitos fundamentais.

É neste sentido, que Lazzarini esclarece acerca da ordem pública:

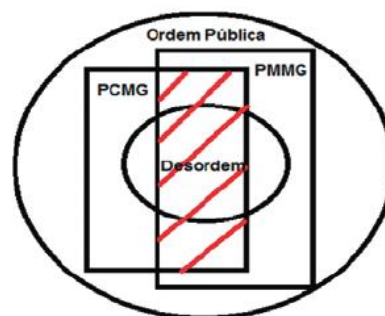
A ordem pública é o efeito de causa segurança pública, como também, acrescentamos, é o efeito da causa tranquilidade pública ou, ainda, efeito da causa da salubridade pública. Cada um desses aspectos da ordem pública é, por si só, a causa do efeito da ordem pública, cada um deles tem por objeto assegurar a ordem pública. (LAZZARINI, 1999, p.53)

Como previsto nas constituições, ocorrendo à desordem, todos os órgãos ali listados tem que agir, em especial às polícias por terem o foco em manter essa ordem pública.

Contudo, quando a desordem acontece, a Polícia Civil e a Polícia Militar encontram-se em embates de atribuições, talvez por um falha do constituinte que elegeu um sistema policial pouco utilizado no mundo, dividido atribuições de investigação e prevenção para duas instituições, causando alguns problemas elencados pelas seguintes perguntas: até onde vai o limite da atribuição da Polícia Militar e da Polícia Civil? Será que esse limite pode ser ultrapassado para alcançar objetivo de manter a ordem pública? Isso é reconhecido juridicamente?

Essas são perguntas que se enquadram na interseção abaixo demonstrada pela FIGURA 1, onde o combate à criminalidade esbarra na já citada linha tênue entre os dois problemas: a prevenção e investigação.

FIGURA 1 – Interseção entre prevenção e investigação no âmbito da preservação da ordem pública



Fonte: Autoria própria

Essas atribuições constitucionais, delineadas a Polícia Civil e a Polícia Militar, respectivamente, investigação e prevenção, tem uma divisão tênue e de difícil identificação como demonstrado e conforme já dito, o ponto de interseção é a grande causa dos atritos institucionais entre as referidas polícias, onde a discussão central é a prevenção e a apuração do crime e os limites de atribuição de cada instituição.

Entre essas discussões acirradas, um dos grandes focos da crise institucional envolve a possibilidade da Polícia Militar solicitar mandado de busca e apreensão para infrações comuns.

Para melhor compreensão das atribuições da Polícia Civil e Polícia Militar, os subtópicos seguintes são alicerce para esse artigo.

2.1 Atribuição da Polícia Civil

O §4º, do artigo 144 da CR/88, determinou a Polícia Civil as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, deixando ao cargo desta instituição apurar os crimes que não foram evitados preventivamente, colhendo provas para transmitir à autoridade judiciária (Juiz), colaborando para que o Ministério Público possa ter elementos necessários para oferecimento da denúncia. Assim refere o parágrafo:

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (BRASIL, Constituição da República, 1988)

Também chamada de polícia judiciária ou polícia repressiva, cumpre o papel de auxílio ao poder judiciário na condução de presos, execução de mandados de busca e apreensão, mandados de prisão, dentre outras ordens judiciais.

O doutrinador Nucci, esclarece o sentido da atribuição da polícia judiciária:

O nome polícia judiciária tem sentido na medida em que não se cuida de uma atividade policial ostensiva (típica da Polícia Militar para a garantia da segurança nas ruas), mas investigatória, cuja função se volta a colher provas para o órgão acusatório e, na essência, para que o Judiciário avalie no futuro. (NUCCI, 2009, p.123)

Os doutrinadores Távora e Alencar, no mesmo sentido de Nucci (2009), esclarece qual é a atribuição da polícia judiciária:

De atuação repressiva, que age, em regra, após a ocorrência de infrações, visando angariar elementos para apuração da autoria e constatação da materialidade delitiva. (TÁVORA e ALENCAR, 2012, p. 170)

Nesse viés, é possível enxergar de maneira clara que a Polícia Civil tem o objetivo de investigar as infrações penais comuns e reprimir as condutas delitivas.

Existe, porém, a dúvida se a Polícia Civil detém a exclusividade da investigação, nessa seara, estão presentes duas correntes: a primeira favorável à exclusividade da investigação pela Polícia Civil e a segunda desfavorável à exclusividade das investigações pela Polícia Civil, sendo também instituição competente para investigação o Ministério Público (MP).

O doutrinador NOLASCO (2012) em seu artigo jurídico (Polícia judiciária e investigação pelo Ministério Público), no seu escopo trás a ideia que aqueles que defendem o argumento favorável, alegam que o MP não é instituição autorizada constitucionalmente a presidir inquéritos, mas sim e somente, a requisitar diligências investigatórias, instaurar inquéritos policiais e a promover inquéritos civis, afinal, não figura essa instituição no rol do art. 144, CR/88, outro argumento levantado é que se o MP acumular funções estaria desvirtuando o sistema penal acusatório brasileiro, que prevê separação de funções, ficando o MP com acúmulo de função, pois sua atuação desvirtuaria a atuação no processo e uma atuação estaria contaminada pela outra.

Contudo, tem prevalecido atual entendimento da legitimidade do MP conduzir investigações, defendida pelos autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, sobre os seguintes argumentos:

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti. (Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21689>)

A dúvida elencada é tão recente que existe uma proposta de emenda à constituição chamada de PEC 37, que pretende encerrar esse entendimento do STF da legitimidade do MP conduzir investigações criminais, mantendo somente a exclusividade nas mãos da Polícia Civil.

2.2 Atribuição da Polícia Militar

Sua atribuição é pautada pelo §5º do artigo 144, da CR/88 também conhecida por polícia administrativa ou preventiva, cabe a essa o papel eminentemente preventivo de caráter ostensivo, com fulcro em impedir a ocorrência de infrações penais. Assim refere o parágrafo:

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. (BRASIL, Constituição da República, 1988)

Portanto, a prevenção exercida pela Polícia Militar para preservação da ordem pública, deve ser regulada por medidas que possibilitem coibir e evitar desordens.

Lazzarini descreve a atribuição da Polícia Militar e leciona sua possibilidade de competência específica dos demais órgãos:

A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública, engloba inclusive a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, à exemplo de suas greves e outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, pois, a Polícia Militar é a verdadeira força pública da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública para todo o universo da atividade policial em tema de ordem pública e, especificamente, da segurança pública. A investigação policial militar preventiva, aliás, é atribuição da Polícia Militar, conforme concluiu o E. TJSP, pela sua C. 4.ª. Câmara Criminal, ao referendar a missão que policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficantes de entorpecentes. Na oportunidade, foi salientado que os policiais militares, para que se considerem sempre de serviços são instruídos e treinados e essa é a conduta que deles reclama a sociedade. (LAZZARINI, 1999, p.61)

A atribuição da Polícia Militar pode ser observada de forma claríssima que é a prevenção da ordem pública, mas para preveni-la, será que a ferramenta do mandado de busca e apreensão utilizado pela Polícia Militar é prevenção? Será que em todas as infrações penais comuns?

Para primeira pergunta, no intuito de acalmar o leitor para conclusão, alguns operadores do direito, defendem que dependendo dos motivos da busca e apreensão, ou seja, do objeto buscado, será sim prevenção, isso se dá pela extensão interpretativa à expressão "preservação da ordem pública". Para segunda pergunta, no decorrer do artigo chegar-se-á conclusão.

Antes de vermos a construção jurisprudencial e doutrinária sobre a solicitação e cumprimento do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, veremos os limites constitucionais para a sua execução.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O professor Lopes Junior (2008), ressalta em sua obra que os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser restringidos, o mandado de busca e apreensão é uma exceção dessa proteção constitucional e por isso é uma medida excepcional.

3.1 Inviolabilidade do domicílio

Em decorrência da garantia à privacidade, estabeleceu-se, expressamente, a inviolabilidade do domicílio, preceituando que ninguém poderá nele entrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

O acesso domiciliar é restrito ao período do dia, compreendido, para alguns doutrinadores como entre 06:00h e 18:00h, para outros, enquanto durar a luz do sol, existe ainda a tese conforme o doutrinador RANGEL (2011), que deve aplicar o art. 172 do CPC, e, portanto, são os atos processuais praticados entre 6:00h e 20:00h, não tendo um consenso acerca do assunto.

O art. 246 do CPP norteia o conceito de casa, sob o *nomen júrís*, de domicílio e assim o define:

[...] quando se tiver de proceder à busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade. (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941)

3.1.1 Sanção por descumprimento: violação do domicílio alheio

Na hipótese de violação de domicílio, o violador comete o crime previsto no artigo 150 do CP:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências (BRASIL, Código Penal, 1940)

Já se tratando de policial, a violação do domicílio alheio se sujeita a hipótese da Lei de Abuso de Autoridade, com penas impostas pelo art. 3º, b, da lei 4898/65, que pode cominar com sanção administrativa, civil e penal, afinal, fere um direito fundamental do indivíduo, *in verbis*:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

b) à inviolabilidade do domicílio; (BRASIL, Lei 4898, 1965)

Portanto, o policial por mais afoito e dedicado à atividade policial deve se resguardar de ordem judicial para adentrar em casas suspeitas de estar acontecendo infrações penais, mesmo que seja conduta de crime permanente.

3.2 Dignidade da pessoa humana

Por ser o princípio de maior hierarquia da constituição da república, é bom recordar que vivemos em um Estado Democrático de Direito que tem entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana deve ser observada na concessão da ordem judicial de busca e apreensão.

Ainda porque, no conflito entre princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana é um princípio que se apresenta incontestavelmente superior aos demais princípios nessa arquitetura constitucional.

3.3 Intimidade e a vida privada

A constituição garantiu no art. 5, X, CR/88, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurando, inclusive, o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação. A intimidade e a vida privada estão diretamente relacionadas com o tema aqui proposto e estudado, tendo em vista, que as mesmas devem ser respeitadas em decorrência da busca e apreensão, não podendo a autoridade policial divulgar e expor a vida privada do investigado em detrimento de busca realizada.

É nesse tom, que o professor Lopes Junior (2008) observa que não é admissível que o resultado da busca se transforme em um espetáculo midiático, tão prejudicial para imagem e intimidade do imputado, podendo inclusive prejudicar a própria investigação.

Isto posto que, somente é permitida a busca para apreender objetos e construir um arcabouço de provas para viabilizar o titular da ação penal, um conjunto probatório necessário para uma condenação, não para se tornar um espetáculo teatral.

3.4 Incolumidade física e moral do indivíduo

As garantias da incolumidade física e moral são apropriadas durante a realização da busca e apreensão, por serem direitos

fundamentais tutelados pelo constituinte originário, que vedou expressamente o tratamento desumano e degradante no art. 5º, III, CR/88, a punição a tortura no art. 5º, XLIII, CR/88 e a discriminação no art. 5º XLI e XLII.

Nesta sistemática constitucional que o legislador garantiu e referendou um rol de direitos e garantias constitucionais, apesar dessa gama de direitos, o constituinte observou a necessidade de se prever restrições para esses direitos, com intuito de evitar que um liberalismo extremo consiga encobrir condutas delituosas.

E é neste contexto, que nota-se que o Estado tem usado a ferramenta do mandado de busca e apreensão como limitador de direitos, restringindo entre outros, os direitos da intimidade, o da vida privada, o da inviolabilidade do domicílio, essas restrições vem com o fim de combater a impunidade excessiva.

4 O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

Busca e apreensão tem natureza acatrelatória e coercitiva, sendo uma maneira de impedir o perecimento da prova, ou seja, acatrelando a prova e obrigando coercitivamente a realização da busca no domicílio.

Fernando Capez define bem o que é busca e apreensão:

Logo, a medida cautelar de busca e apreensão é destinada a evitar o desaparecimento das provas. A busca é, lógica e cronologicamente, anterior à apreensão. Pode ser realizada tanto na fase inquisitorial como no decorrer da ação penal, e até mesmo durante a execução da pena. A apreensão é uma consequência da busca quando esta tenha resultado positiva. (CAPZ, 2009, p.338)

A lei especifica no artigo 240, §1º, CPP, quando deve proceder a busca e demonstra as fundadas razões para sua autorização, limitando a atuação do Estado em busca domiciliar devido aos direito e garantias fundamentais:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;*
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;*
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;*
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;*

- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção. (BRASIL, Código Processo Penal, 1941)

A medida de busca e apreensão é segundo Távora e Alencar (2012), cercada de um mínimo lastro probatório que fundamente as razões para sua autorização, com a cautela de indicar que objeto ou pessoa se procura na casa passível da medida. Não se admitindo o mandado genérico.

Portanto, legalmente são exigidos alguns lastros probatórios mínimos para que seja concedida a medida cautelar, vejamos o artigo 243, CPP:

Art. 243. O mandado de busca deverá:
 I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;
 II - mencionar o motivo e os fins da diligência;
 III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. (BRASIL, Código Processo Penal, 1941)

Já para execução do mandado, Távora e Alencar (2012) alegam que existe uma ampla liberdade para execução do mandado de busca apreensão, podendo ser antes do inquérito policial, durante o inquérito ou processo e até mesmo após.

5 O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO SOLICITADO PELA POLÍCIA MILITAR PARA AS INFRAÇÕES PENAS PREVISTAS NA LEI 10826/03 E LEI 11343/06

O Código de Processo Penal, não vetou o pedido de mandado de busca e apreensão elaborado pela Polícia Militar e no seu artigo 242, CPP, assim descreve "a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes".

Entretanto, como já vimos no tópico de segurança pública, o caminho inerente da Polícia Militar é a preservação da ordem pública, mas para alcançar essa preservação o caminho buscado pela instituição militar é feito baseado no princípio da máxima efetividade, bem delineado por Cunha Junior:

O princípio da máxima efetividade, também denominado de princípio da interpretação efetiva, orienta o intérprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades. (CUNHA JUNIOR, 2011, p.224)

Portanto, outorgado um poder geral, neste caso a Polícia Militar, para preservar a ordem pública, tendo como regra para manter essa ordem pública a execução do policiamento ostensivo e como excepcionalidade a instituição militar, poderia solicitar mandado de busca e apreensão com o único objetivo de continuar preservando a ordem pública atribuída.

Essa maximização da norma como defendida pela doutrina, possibilita a Polícia Militar solicitar o mandado de busca e apreensão, que resulta de uma grande ferramenta para controle da ordem pública e efetivo combate a criminalidade.

Em relação à constitucionalidade da Polícia Militar solicitar e cumprir mandado de busca e apreensão de forma sucinta e bem clara, COSTA (2011) diz:

As diligências de policia ostensiva e de manutenção da ordem pública, em cumprimento de ordem judicial de busca e apreensão em residências visam, precipuamente, resguardar os Policiais Militares quanto a inviolabilidade de domicílio e, principalmente, o controle externo de suas atividades pelo Poder Judiciário e Ministério Público. Mesmo sendo o tráfico/posse de arma de fogo delito permanente, que enseja a prisão independente de ordem de busca e apreensão, requer a diligência toda a cautela e resguardo de nossos policiais, pois a facilidade e habilidade dos traficantes em desfazer-se da materialidade do delito (droga) é espantosa, não raramente jogando o corpo de delito em sanitários e desfazendo a flagrância até então existente.

Sendo toda a atividade de policia, seja administrativa ou judiciária, pré-processual¹⁰⁷¹, não há óbice em que seja realizado o cumprimento de mandado de busca e apreensão pela policia militar, quando no exercício de atividade de manutenção da ordem pública, ou seja, houver fundadas suspeitas de que está ocorrendo, no interior do domicílio, crime em situação de flagrante delito. (Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19309>)

Neste mesmo foco da possibilidade da Polícia Militar cumprir a execução da busca e apreensão, Távora e Alencar (2012), disseram:

Iniciamente, a diligência é executada por oficiais de justiça ou por polícias. Excepcionalmente, até a polícia militar pode ser utilizada. (TÁVORA e ALENCAR, 2012, p. 468) (grifo nosso)

Insta salientar que, de forma excepcional a Polícia Militar é instituição legítima para solicitar e cumprir o mandado de busca e apreensão, isso no entendimento majoritário da doutrina.

Apesar de vários entendimentos doutrinários favorável ao viés constitucional e infraconstitucional da Polícia Militar solicitar mandado de busca e apreensão, é bom fazer ressalvas, pois somente é possível ter esse entendimento e admitir a Polícia Militar solicitar o mandado de busca e apreensão nos casos em que não houver uma pura investigação.

Desta forma, presentes somente em condutas que perduram pelo tempo, como crimes permanentes e em que o policiamento ostensivo esbarra no seu cotidiano.

Neste artigo, vislumbrou em elencar as condutas delitivas da Lei 10826/03 e 11343/06, pois são condutas rotineiras em que o policiamento ostensivo pode deparar, portanto, isso não veda a solicitação de mandado de busca e apreensão para outras condutas de crimes permanentes.

5.1 Lei 10826/03 (Estatuto do Desarmamento)

Analisando-se as possibilidades da solicitação do mandado de busca e apreensão para infrações penais comuns, onde necessariamente não exista uma pura investigação, mas sim uma tentativa de preservação da ordem pública, é possível encontrar dentro da Lei 10826/03 os crimes previstos nos artigos: 12 (posse irregular de arma de fogo), art. 14 e 16 (porte irregular de arma de fogo de uso permitido/restrito), art. 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e art. 18 (tráfico internacional de arma de fogo).

Todas as condutas apresentadas figuram como condutas de crimes permanentes, e que em tese não necessitam de ordem judicial para entrar no domicílio em que as condutas estejam sendo praticadas.

Todavia, não é prudente o policial somente com informações adentrar em domicílio alheio, desta forma, o recurso do mandado de busca e apreensão para apreender armas de fogo que podem ser a qualquer momento utilizado para o cometimento de diversos delitos, trata-se do cumprimento institucional e constitucional de preservação da ordem pública, e, portanto, deve ser utilizado como ferramenta para proteção da sociedade e posterior proteção legal da ação policial.

5.2 Lei 11343/06 (Lei de Drogas)

Dentro desse mesmo sentido, a Lei 11343/06 trás algumas condutas delitivas que não necessitam na maioria dos casos de uma pura investigação policial, entendida nesse último exemplo, como pura investigação policial quando o policial permanece dias monitorando uma pessoa ou casa, necessita de apurar vestígios, requisitar interceptação telefônica, quebra de sigilo telefônico ou bancário... etc.

Portanto, condutas do art. 33 (tráfico de drogas) e art. 34 (manter depósito de instrumento para fabricação de drogas), são condutas de crimes permanentes e são passíveis de ser facilmente detectáveis pelo policiamento ostensivo/preventivo e, por muitas vezes, o policial militar é o maior capacitado para narrar os fatos e levar ao conhecimento do judiciário que a casa X ou Y existe a possibilidade de estar acontecendo uma conduta prevista na Lei 11343/06, sendo necessário preservar a ordem pública, e como ferramenta é necessário a solicitação e cumprimento do mandado de busca e apreensão.

6 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA SOLICITAÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO ELABORADO PELA POLÍCIA MILITAR

Existem jurisprudências a favor e contra a constitucionalidade da solicitação do mandado de busca e apreensão elaborado pela Polícia Militar, a fim de entender em quais situações é possível à atribuição para a Polícia Militar solicitar a medida cautelar.

Portanto, em recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais firmou entendimento recente da legalidade da solicitação do mandado de busca e apreensão feito pela Polícia Militar, conforme a jurisprudência:

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO REQUERIDO E CUMPRIDO PELA POLÍCIA MILITAR - ILEGALIDADE - INOCORRÊNCIA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - INVIABILIDADE - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP - CRIME COM PENA MÁXIMA APLICADA SUPERIOR A QUATRO ANOS - ORDEM DENEGADA. I - Não obstante a Constituição Federal atribua, em seu art. 144, § 4º, a função investigativa às Polícias Cíveis, a doutrina e a jurisprudência admitem, em caráter excepcional, o exercício de tais funções pela POLÍCIA MILITAR, inclusive dando cumprimento a mandado de busca e apreensão, sendo certo que a Constituição Federal estabeleceu exclusividade das funções de POLÍCIA judiciária tão somente para a POLÍCIA Federal em relação à União (art. 144, §1º, IV,

II A decisão que converte a prisão em flagrante em preventiva para resguardo da ordem pública, baseando-se em atos e comportamentos concretos do imputado, não consubstancia constrangimento ilegal, especialmente quando se constata, em uma análise apriorística, indícios suficientes de seu envolvimento com a atividade criminosa. III - Presentes os requisitos do art. 312 do CPP, é admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (art. 313, I, do CPP). Súmula: "DENEGAR A ORDEM. (grifo do autor) (TJMG, HC 0423215-83.2012.8.13.0000, rel. Des. Julio Cesar Lorens, j.30.03.2012)

Entretanto, existe entendimento contrário à constitucionalidade da solicitação de mandado de busca e apreensão elaborado pela Polícia Militar, o fundamento é baseado na teoria das árvores dos frutos envenenados, alegando que tal medida é inconstitucional e contaminaria todo o processo, a exemplo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), abaixo decidiu:

Habeas Corpus. Processo penal. Jurisdição. Tutela cautelar. Investigação Criminal. Reserva Constitucional de função. Indevida atuação "policial" da autoridade judiciária. Inevitável incapacidade de a autoridade judiciária cumprir as funções afetadas a ela pela Constituição quando indevidamente substitui a autoridade policial. Policial militar que não está legitimado a deduzir em juízo pretensão cautelar. Audiência prévia do Ministério Público imprescindível à luz do sistema acusatório. Precariedade da denúncia anônima reveladora do propósito singular de contornar a exigência constitucional de ordem judicial, prévia e fundamentada, para ingresso em casa alheia. Não obstante a manifesta inidoneidade do expediente da polícia Militar, dúvida séria, ainda, sobre a cronologia dos fatos supostamente estariam a justificar a não audiência do Ministério Público e o caráter excepcional da medida cautelar. Prova ilícita de quem decorrem todas as demais, contaminando integralmente o processo. Inteligência do art. 157 do CPP. (TJRJ, 5ª Câmara Criminal, HC 2008.059.04669, rel. Des. Geraldo Prado, j.11.09.2008) (grifo do autor)

Também é bom ressaltar, que o Ministério Público Federal já

manifestou-se pela ilegalidade da solicitação do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, sobre o argumento que esta estaria extrapolando atribuições típicas da Polícia Civil:

[...]

6. O que transparece da impetração é o objetivo não de trancar e sim de trancar toda e qualquer providência que vise a apurar a responsabilidade, ou eventual responsabilidade criminal do paciente, decorrente da posse daqueles objetos, ditos como produto de roubo, encontrados no interior de sua residência e encontrados graças à diligente e oportuna iniciativa do Comando do 11.º BPM.

7. a demarcação em sede constitucional, das atribuições das polícias militar e civil não se presta a inibi-las de sua função maior, de combate ao crime e não desconstitui a investigação como atividade estatal da persecutio criminis. As polícias são de igual modo o braço do Estado, e não podem se furtar a propiciar-lhe os meios ao seu alcance para consecução de seus fins.

8. juiz, no caso, recebeu uma notícia criminis, ficando até obrigado a proceder como procedeu, sob pena de pecar por omissão imperdoável, e de consequências irreparáveis. Não há, pois, que se discutir a menor, ou seja, sobre categoria profissional das polícias, "competência" ou função das mesmas. Importante assinalar é que o mandado em tela se apresenta formal, substancial e materialmente perfeito. É válido, pois.

9. Embora não sendo o habeas corpus a via própria para o questionamento acerca do mandado de busca e apreensão, legitimamente realizado, não custa lembrar que o juiz, determinando a extração e o cumprimento do mesmo, agiu no exercício de suas funções, igualmente firmado em lei.

10. Descabida, portanto, a sugestão de invasão da PM na área de atuação da polícia judiciária, não só porque, além dela, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação (parágrafo único do art. 4º do CPP), como porque, na realidade, o que está sendo posta em cheque é a própria atividade jurisdicional, retrada na expedição do mandado por ordem do juiz, que poderia e deveria tê-la ditado, ante as fundadas razões (Art. 240 do CPP) que

chegaram ao seu conhecimento. – fls. 28 e v. forrado por esse parecer, a mim parece que o v. acórdão atacado se mostra incensurável. (STJ, RHC 1.236-RJ, 5ª turma, voto do Rel. Min. José Dantas, J. 01.07.91) (grifo do autor)

O STF durante julgamento do HC 91.481.1/MG, que visava à liberdade de um paciente condenado ao tráfico de drogas na cidade de João Pinheiro/MG, que pedia ao STF o reconhecimento da ilegalidade da prova produzida nos autos, por violação do artigo 144, § 4º, CR/88 por decisão unânime, entendeu que não existe ilegalidade na concessão de medida cautelar para a Polícia Militar, pois no caso concreto não havia investigação pura, mas sim, uma necessidade de adentrar-se em lugar onde tinha conhecimento da prática ostensiva de tráfico de entorpecentes. Neste julgado, o relator Ministro Marco Aurélio, diz inclusive, que a atuação verificada é passível de ser classificada como polícia ostensiva e tentativa de preservação da ordem pública.

BUSCA E APREENSÃO – TRÁFICO DE DROGAS – ORDEM JUDICIAL – CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR. Ante o disposto no artigo 144 da Constituição Federal, a circunstância de haver atuado a Polícia Militar não contamina o flagrante e a busca e apreensão realizados. (STF, HC n° 91.481, 1ª turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 24.10.2008)

Pois bem, consta deste processo que houve a expedição de mandado de busca e apreensão em certo local, formalizado por órgão investido do ofício judicante, dando-se o cumprimento pela Polícia Militar. A atuação verificada é passível de ser classificada como polícia ostensiva e tentativa de preservação da ordem pública. Ao que tudo indica, expediu-se o mandado de prisão ante a necessidade de adentrar-se em lugar onde os policiais militares, considerada a atividade ostensiva prevista na Carta da República, tinham conhecimento da prática do tráfico de entorpecentes. A rigor, não se pode cogitar de investigação propriamente dita, esta sim, de início, a cargo da polícia judiciária, que é a civil. (STF, HC n° 91.481, 1ª Turma, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 24.10.2008) (grifo do autor)

Neste julgado, o relator Ministro Marco Aurélio, diz inclusive que a concessão da medida cautelar para Polícia Militar estava dentro da missão constitucional de atividade ostensiva e preservação da ordem pública, reforçando o entendimento da constitucionalidade da solicitação do mandado de busca e apreensão.

O TJMG também, em decorrência da alegação de que haveria ilegalidade na expedição do mandado de busca e apreensão solicitado pela Polícia Militar, julgou o presente recurso e decidiu pela legalidade da expedição da medida cautelar, bem como seu cumprimento pela instituição militar, conforme decisão:

POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - CONDENAÇÃO - APELAÇÃO - PRELIMINAR - ARGUMENTO DE ILEGALIDADE NA EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO - PROVA ILÍCITA, INCORRENDO EM CERCEAMENTO DE DEFESA E DESRESPEITO AO DUE PROCESS OF LAW - REJEIÇÃO - MÉRITO - PROVAS SUFICIENTES DA MATERIALIDADE E AUTORIA - DOSIMETRIA E INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS CORRETAMENTE PERCORRIDA - SENTENÇA CONFIRMADA. A expedição de mandado de busca e apreensão pode se dar inclusive ex officio (CPP, art. 242), e até mesmo antes da instauração do inquérito (STJ, in RT 665/333). Além do mais, em se tratando de crime permanente, a situação de flagrante delito dispensa até mesmo a expedição de mandado de busca e apreensão. "Não é o inquérito processo, mas procedimento administrativo-informativo destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. A investigação realizada pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o Código o inquérito policial (arts. 4º a 23) da instrução criminal (arts. 394 a 405). Por essa razão, regra geral, não se aplicam ao inquérito policial os princípios processuais, nem mesmo o contraditório" (Júlio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 11ª edição, p. 86). Demonstradas com segurança a materialidade e autoria do delito, a condenação mostra-se de rigor, inclusive no que diz respeito à dosimetria e individualização das reprimendas. Súmula: REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO (grifo do autor) (TJMG, APELAÇÃO, 4ª Câmara, 1.0313.07.226198-2/001, rel. Des. Delmival de Almeida Campos, j.18.03.2008)

Em outro julgado, desta vez, na 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, referendou a natureza emergencial da medida cautelar:

EMENTA: [...] AÇÃO PENAL. Prova. Mandado de busca e apreensão. Cumprimento pela Polícia Mili-

tar. Licitude. Providência de caráter cautelar emergencial. Diligência abrangida na competência da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Recurso extraordinário improvido. Inteligência do Art. 144, §§ 4º e 5º da CF. Não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela Polícia Militar (STF, recurso extraordinário nº 404.593-ES, 2ª turma, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJ. 23.10.2009) (grifo do autor)

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, e com um pesar tristeza, que este artigo tem sido objeto de discussão no âmbito jurídico, não por culpa dos doutrinadores, mas sim, culpa exclusiva do constituinte originário, que utilizando da exceção mundial, adotou um sistema policial onde dividiu a investigação e a prevenção para dois órgãos policiais distintos, impossibilitando o chamado ciclo completo de polícia.

Insta salientar, que o positivismo exacerbado conseguiu forjar a termos instituições que não atendem a necessidade da sociedade contemporânea, onde a polícia civil e a polícia militar fingem ter integração, e nessa farsa promovida por propagandas políticas mentirosas, nossos graciosos políticos tentam na verdade encobrir a não existência de conflitos sérios entre as polícias estaduais, mas que por diversas vezes já foram desmascarados pela mídia brasileira.

Parece que poucos enxergam ou não querem enxergar, mas o Brasil como já falado é um dos poucos países no mundo que mantém um sistema policial dividido, na maioria do mundo o sistema policial é exercido por um único órgão, onde se reúne a prevenção e investigação, conseguindo gerar desburocratização e economia de dinheiro público, neste último caso, em razão da economia de manter um único órgão e não uma duplicidade de estruturas policiais como no atual modelo brasileiro.

Apesar do grande anseio social por um eficaz sistema policial, continuaremos refém da política brasileira e do positivismo maçante, que não resolvem problemas sérios sobre: a desmilitarização e unificação das polícias estaduais, teremos que discutir por longo tempo se seria esta ou esta polícia competente para tantos problemas que a investigação e prevenção provocam.

Destá forma, como não temos a solução imediata para os problemas, à sociedade brasileira espera deste sistema policial brasileiro adotado, uma fórmula para a solução de combate a criminalidade, em especial, os órgãos policiais almejam essa mágica fórmula de combate à criminalidade, mas infelizmente isso não existe, existe sim, somente uma luta incansável das instituições policiais por ferramentas que possibilitem o controle criminal, entre essas ferramentas o mandado de busca e apreensão por anos

foi instrumento somente da Polícia Civil e Polícia Federal e que hoje tem sido muito utilizado por Policiais Militares.

Contudo, isso não repercutiu de maneira agradável a alguns órgãos do Judiciário, nem a algumas instituições da Polícia Civil, com fundamentos que direcionam a violação legal positivada, mas que tem encontrado grande aceitação de outra parte do Judiciário, operadores do direito e sociedade ordeira, muitas vezes com um só coro: a impunidade excessiva.

Portanto, por estar dentro desse processo de mudança quando a hermenêutica jurídica em relação ao fenômeno do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, pode-se afirmar com segurança que a Polícia Militar em situações excepcionais previstas nas leis 10826/03 (estatuto do desarmamento) e lei 11343/06 (lei de drogas) têm atribuição para solicitar o mandado de busca e apreensão, quando estiverem em situação de relevância urgência para apreender armas, drogas ou produtos criminosos, por não se tratar de investigação pura, mas sim, de uma tentativa de preservação da ordem pública.

Neste artigo, como já dito, vislumbrou em elencar as condutas delitivas da Lei 10826/03 e 11343/06, pois são condutas rotineiras em que o policiamento ostensivo pode deparar, portanto, isso não veda a solicitação de mandado de busca e apreensão para outras condutas de crimes permanentes.

Sendo assim, no desempenho de sua atividade preventiva a Polícia Militar está mais propensa a deparar com as situações excepcionais citadas acima, que são em especial os crimes de tráfico de drogas e a posse ilegal de armas de fogo, respectivamente previstos nas leis 11.343/06 e a 10826/03.

É bom ressaltar, que não existe uma estatística de quantas condutas são tipificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas sabemos que são milhares de condutas, portanto, por óbvio não estaria a Polícia Militar atuando de maneira a usurpar função da Polícia Civil, visto que, do universo de condutas presentes no ordenamento jurídico a sua massacrante maioria é de atribuição exclusiva da Polícia Civil, pois necessita de uma pura investigação.

Todavia, não seria passível e prudente a Polícia Militar atuar em qualquer conduta criminosa, visto que, necessita de uma investigação minuciosa e fugiria das atribuições da instituição militar. Desta forma, não tem essa pesquisa a pretensão de encerrar qualquer discussão, mas sim, tentar demonstrar um ponto de vista que tem sido bem aceito nos Tribunais e por alguns operadores do direito.

Essa solicitação deve ser feita pelo comandante do batalhão ou equivalente daquela localidade, pois o comandante de batalhão é autoridade policial militar e pode ser comparado analogamente com a autoridade policial (delegado de polícia), desta forma, qualquer policial sob seu comando poder cumprir o respectivo mandado, mas com a supervisão direta ou indireta desse primeiro.

Por último, o atual sistema de segurança pública, lamentavelmente não satisfaz a sociedade ordeira, que procura qualidade, economia e eficiência, neste sentido, existe a necessidade do legislador cumprir o que o art. 144, §7º, CR/88 fala: "A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, *de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.*" (grifo nosso).

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código Civil*, 2002. In: EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Código Penal*, 1988. In: EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Código Processo Penal*, 1988. In: EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. In: EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Lei 4898 (Lei de abuso de autoridade)*, 1965. In: EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Lei 9455 (Lei de Tortura)*, 1997. In: EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Lei 10826 (Estatuto do Desarmamento)*, 2003. In: EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Lei 11343 (Lei de Drogas)*, 2006. In: EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. 5ª turma. RHC nº 1236/91-RJ. Recorrentes José Cláudio Marques de Brito e outro. Recorrido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator. Min. José Dantas. Brasília, DF, 01 de julho de 1991. Disponível em: <HTTPS://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos? classe =&num_processo =-&num_registro=199100105562&dt_publicacao=05/08/1991>. Acesso em 24 de mai. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 1ª turma. HC nº 91.481. Impetrante: Lindoval Marques de Brito. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: 73 Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 24 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(91481NUME.+OU+91481.ACMS.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 03 de nov. de 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 2ª turma. RE nº 404.593-ES. Recorrente: Ronaldo Belo de Carvalho. Recorrido: Ministério Público do Espírito Santo. Relator: Min. César Peluzo. Brasília, DF, 23 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(404593.NUME.+OU+404593.

ACMS.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 jan. de 2013

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14ª. Ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Rafael Monteiro. O cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar pela Polícia Militar na atribuição constitucional de manutenção da ordem pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2907, 17 jun. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19309>. Acesso em: 26 mar. 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 5. Ed. Ver. Ampl. E atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal: e sua conformidade constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia Científica*. São Paulo: ed. Atlas, 2012.

MINAS GERAIS, Constituição do Estado de Minas Gerais, 1989. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>. Acesso em: 15 de jan. de 2013

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação criminal. 4ª Câmara Criminal. Apel. Crim. nº 06902-3. Apelante: Magno Sebastião da Silva. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Des. Delmival de Almeida Campos. Belo Horizonte, MG, 20 de fevereiro de 2008. Disponível em: < http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=188&ano=10&txt_processo=226198>. Acesso em 20 de novembro 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. 5ª Câmara Criminal. Habeas Corpus Nº 1.0000.12.042321-5/000. Paciente(s): WARLEM CLÁUDIO BRAGA. Relator: Des. Delmival de Almeida Campos. Belo Horizonte, MG, 27 de maio de 2012. Disponível em: < <http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=100001204232150002012165524>>. Acesso em 10 jan. de 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas S.A. 2007.

NOLASCO, Lincoln. Polícia judiciária e investigação pelo Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3232, 7 maio 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21689>. Acesso em: 8 jun. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9ª Ed. revisada e atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. 5ª Câmara Criminal. HC nº 04669. Impetrante: Eloy Gonçalves Decarlo Ferreira Júnior. Coator:

Juízo da vara Criminal de Teresópolis. Relator: Des. Geraldo Prado. Rio de Janeiro, RJ, 11 de setembro de 2008. Disponível em <http://srv85.tjrj.jus.br/consultadoxgedweb/faces/resource_loader.jspx?iddocumento>. Acesso em: 03 de nov. 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

NOTA DE FIM

1 Acadêmico em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Policial Militar. E-mail: gustavodinizmatoso@hotmail.com

NECESSIDADE DO COMUM ACORDO PARA INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA

Rosane Ferreira Pinto Alves

RESUMO: Dentre as alterações trazidas pela Emenda à Constituição nº 45 de 2004, está a necessidade do comum acordo para ajuizar o dissídio coletivo de natureza econômica, expressão esta, introduzida no art. 114, §2º, CF/88. Sobre esta mudança feita no texto constitucional, contrários são os posicionamentos sobre sua constitucionalidade, ressaltando que, até hoje o entendimento sobre o tema não é pacífico.

PALAVRAS-CHAVE: negociação coletiva; comum acordo; dissídio coletivo; natureza econômica.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional

1 INTRODUÇÃO

A negociação coletiva é uma forma de mediação de conflitos, sendo notória a sua relevância para a solução de conflitos trabalhistas de natureza econômica.

Os métodos para a solução dos conflitos podem ser divididos em três grupos: autotutela, heterocomposição e autocomposição. Destacando que a negociação coletiva encontra-se no grupo da autocomposição, e dela pode resultar um Acordo Coletivo do Trabalho ou uma Convenção Coletiva do Trabalho, ambos com caráter normativo e reconhecidos constitucionalmente (art. 7º, XXVI, CF/88).

Antes da Emenda à Constituição nº 45, as partes para resolverem o conflito deveriam seguir o disposto no art. 114, §2º da Constituição Federal de 1988- CF/88, de modo que, primeiro deveriam recorrer à negociação coletiva, onde as partes ajustam de forma autônoma as condições de trabalho, sendo frustrada a negociação, era facultado às mesmas elegerem árbitros, ou seja, um terceiro resolveria o conflito, e em último caso, permanecendo o dissídio as partes poderiam recorrer ao Poder Judiciário.

A Emenda Constitucional supracitada trouxe algumas inovações ao texto constitucional, destacando-se dentre elas a alteração do art. 114, §2º da CF/88 exigindo também o comum acordo entre as partes para que, as mesmas pudessem ter acesso ao Poder Judiciário, a fim de, solucionar o conflito coletivo de natureza econômica.

Desde tal alteração, o assunto vem sendo muito discutido, tanto pelos doutrinadores, quanto pelos tribunais, entretanto, até hoje não se chegou a um consenso, sobre a constitucionalidade ou não do disposto, com relevantes teses defendendo cada posicionamento.

2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO FORMA DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A negociação coletiva é sem dúvida na sociedade contemporânea um dos mais relevantes métodos para a solução de conflitos trabalhistas de natureza econômica.

Os métodos para solução de conflitos podem ser divididos em três grupos: autotutela, heterocomposição e autocomposição. Sendo que a negociação coletiva encontra-se na autocomposição.

A autotutela acontece quando uma das partes conflitantes afirma o seu interesse unilateralmente, impondo a sua vontade a outra parte contestante, como aborda Maurício Godinho Delgado:

A autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca. Como se vê, a autotutela permite, de certo modo, o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses. (DELGADO, 2012, p.1454)

A autocomposição acontece quando o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de terceiros. Este é, sem dúvida, o melhor meio de solução das controvérsias, pois ninguém melhor do que as partes para resolverem suas pendências, porque elas mais do que ninguém conhecem os problemas da categoria. Do mesmo modo dispõe Sergio Pinto Martins:

A autocomposição é a forma de solução dos conflitos trabalhistas realizadas pelas próprias partes. Elas mesmas chegam à solução de suas

controvérsias sem a intervenção de um terceiro. Este é, realmente, o melhor meio de solução dos conflitos [...] (MARTINS, 2007, p.48)

A autocomposição pode ser classificada como bilateral e unilateral. A unilateral ocorre quando uma das partes renuncia a sua pretensão. A bilateral ocorre quando ambas as partes fazem concessões recíprocas, o que também é chamado de transação.

Na heterocomposição o conflito é resolvido por um terceiro, um agente externo à relação conflituosa original. São exemplos de heterocomposição a mediação, a arbitragem e a tutela ou jurisdição. Na mediação um terceiro, chamado pelas partes, propõe uma solução às mesmas. Normalmente a mediação é extrajudicial, o terceiro pode ser qualquer pessoa, não sendo requisito o conhecimento jurídico, sendo vantajosa porque a solução do processo é mais rápida. O mediador não resolve o conflito, pois não tem poder de decisão, ele aconselha, por isso há quem diga que a mediação não integra essa forma de solução dos conflitos, conforme explica o ilustre doutrinador Maurício Godinho Delgado:

O mediador, à diferença do árbitro, não assume poderes decisórios perante as partes, as quais preservam toda a autonomia quanto à fixação da solução final para o litígio. Também não se arroga, a partir do instante em que ingressa no litígio, a prerrogativa de formular, isoladamente, a solução para o conflito. Apenas contribui para o diálogo entre as partes, fornecendo-lhes subsídios e argumentos convergentes, aparando divergências, instigando à resolução pacífica da controvérsia. (DELGADO, 2012, p.1466)

Na arbitragem, facultativa no processo do trabalho, o conflito é solucionado por um terceiro, estranho a relação, este terceiro vai impor a solução do caso. A vantagem é a rapidez e o sigilo.

Na tutela ou jurisdição a controvérsia será resolvida pela intervenção do Estado, por meio de um processo judicial. O Estado diz o direito, impondo às partes a solução do conflito. No dissídio coletivo o Poder Judiciário exerce poder normativo, proferindo uma sentença normativa, criando normas.

Como já dito, a negociação coletiva enquadra-se no grupo dos instrumentos de autocomposição. Porém, é fórmula essencialmente democrática. Desta forma, Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 1388) “não se confunde com a renúncia e muito menos com a submissão, devendo cingir-se, essencialmente, à transação”.

A negociação coletiva pode resultar em um Acordo Coletivo do Trabalho ou em uma Convenção Coletiva do Trabalho, sendo que, ambos possuem caráter normativo. Nestes instrumentos os Sindicatos

representativos das categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais do trabalho, conforme redação do artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

A Constituição Federal de 1988 cuidou de forma expressa de aspectos relacionados ao Direito Sindical, no seu art.7º, inciso XXVI trouxe a previsão do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Outros incisos do referido artigo 7º colocam em evidência a relevância da negociação coletiva, tais como: inciso VI que prevê a irreduzibilidade salarial, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; o inciso XIII dispõe que a duração do trabalho normal não poderá ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; e o inciso XIV que estipula jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Sendo misterressaltaro artigo 8º da Lei Maior, incisos III e IV que dispõem que a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, cabe ao sindicato, inclusive em questões judiciais ou administrativas, sendo que, a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio da representação sindical, independente da contribuição prevista em lei.

Conrado Di Mambro Oliveira no seu artigo: Ainda sobre a necessidade do comum acordo no ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica, traz o seguinte comentário sobre os dispositivos analisados:

[...] o sindicato possui importante papel como representante da categoria, cabendo-lhe a defesa dos interesses e direitos dos seus representados, sendo obrigatória sua participação nos processos de negociação coletiva. Por sua vez, a via negociada ganhou fundamental destaque como forma para composição dos interesses obreiros e empresários, sendo permitida, por exemplo, desde que com a participação da entidade sindical respectiva, até mesmo a redução salarial através de acordo ou convenção coletiva.

Portanto, os sindicatos desempenham um papel fundamental na defesa dos direitos e interesses de seus representados, ressaltando que a sua participação nos processos de negociação coletiva é obrigatória.

Outro ponto importante que deve ser ressaltado são as possibilidades e os limites da negociação coletiva, onde deve ser feita

a seguinte pergunta segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 1415) “em que medida as normas juscoletivas podem se contrapor às normas jusindividuais imperativas estatais existentes?”.

Com base no princípio da adequação setorial as normas juscoletivas criadas para incidirem sobre determinada comunidade profissional podem sobrepor-se sobre o padrão geral heterônomo justrabalhistas, mas devem ser observados alguns critérios objetivos. O doutrinador Maurício Godinho Delgado traz esses critérios:

[...] são dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundos da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). (DELGADO, 2012, p.1416)

Contudo, a amplitude atribuída à validade e eficácia jurídica das normas coletivas sobre as normas heterônomas imperativas encontram limites objetivos.

A adequação setorial negociada não prevalece se consolidada por um ato adstrito de renúncia. Neste sentido, comenta Maurício Godinho Delgado:

[...] ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida de agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas. (DELGADO, 2012, p.1416)

Também não prevalecerá se for referente a direitos cobertos de indisponibilidade absoluta, pois estes não podem ser transacionados por negociação coletiva. Tais parcelas formam um patamar mínimo civilizatório que não pode ser reduzido, seja qual for o segmento econômico-profissional, sob pena de configurar afronta a dignidade da pessoa humana (arts.1º, III e 170, caput, CF/88). Podendo ser citados como exemplo de parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação na CTPS, as normas de medicina e segurança do trabalho, conforme explanação de Maurício Godinho Delgado:

Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de

indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts, 1º, III e 170, caput, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de medicina e segurança do trabalho. (DELGADO, 2012, p. 1417)

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p.1417), no sistema brasileiro este patamar civilizatório mínimo está dado, por três grupos de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral; as normas de tratados e convenções internacionais aplicáveis no plano interno brasileiro; as normas legais infraconstitucionais que garantem a cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas relativas a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).

Neste sentido, a negociação coletiva não pode ter como objeto, direitos cobertos de indisponibilidade absoluta, pois tais direitos constituem um patamar civilizatório mínimo, o qual não pode ser reduzido em nenhuma hipótese. No Brasil este patamar civilizatório mínimo é garantido por todo o ordenamento jurídico, inclusive pelas normas de âmbito internacional, aplicáveis no sistema interno brasileiro.

3 NOVA REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 114, §2º DA CF/88 PELA EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 45 DE 2004. EXIGÊNCIA DO COMUM ACORDO PARA AJUIZAR O DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA.

Em 08 de dezembro de 2004, foi editada a Emenda à Constituição nº 45, que dentre outras alterações, modificou a redação originária do artigo 114, §2º da Constituição Federal de 1988.

Antes da Emenda à Constituição nº45 a redação do art.114, § 2º da CF/88 era a seguinte:

Art.114. [...]

§2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Jus-

tiça do Trabalho estabelecer normas e condições respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

A Emenda à Constituição nº45 de 2004 modificou o art.114, § 2º da CF/88 dando-lhe a seguinte redação:

Art.114. [...]

§2º. *Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.* (SARAIVA, 2011, p.51)

A Emenda à Constituição nº45, também chamada de Reforma do Poder Judiciário, alterou o § 2º do art.114, exigindo o comum acordo entre as partes para terem o direito de ajuizarem o dissídio coletivo de natureza econômica, conforme explanação de Cleber Lúcio de Almeida:

A instauração do dissídio coletivo da natureza econômica pressupõe. Por força do art. 114, §2º, da Constituição Federal, comum acordo entre as partes em conflito. Sob essa ótica, o Judiciário somente irá solucionar o conflito a pedido de ambas as partes. (ALMEIDA, 2009, p.767).

Desde tal alteração, muitos questionamentos foram feitos. Parte da doutrina e da jurisprudência defendem a sua constitucionalidade, argumentando que se trata de uma alteração extremamente benéfica, ressaltando que a intervenção estatal no caso do dissídio coletivo deve ser mínima. Em contrapartida, outros defendem a sua inconstitucionalidade, pois tal dispositivo viola dentre outras coisas o direito de ação conferido no art.5º, XXXV da Lei Maior.

4 ÊNFASE A NEGOCIAÇÃO COLETIVA OU RESTRIÇÃO JUDICIAL

Ressalta-se que no âmbito trabalhista existem conflitos individuais, ou seja, são aqueles conflitos entre o empregado e o empregador, trata-se de pessoas determinadas e interesses concretos, englobando apenas as partes contratuais e as condições específicas do contrato de trabalho ou da prestação de serviço, e há também os dissídios coletivos, que segundo Maurício Godinho Delgado:

São conflitos coletivos trabalhistas que atingem comunidades específicas de trabalhadores e empregadores ou tomadores de serviços, quer no âmbito restrito do estabelecimento ou empresa, quer em âmbito mais largo, envolvendo a categoria ou, até mesmo, comunidade obreira mais ampla. (DELGADO, 2012, p. 1316)

Maurício Godinho Delgado (2012) trouxe o conceito de dissídio coletivo, estes podem envolver partes específicas ou determinada categoria. Nesta pesquisa o que se questiona é a exigência do comum acordo no caso dos dissídios coletivos, sendo que o entendimento mais plausível seria dizer que a expressão comum acordo introduzida no texto constitucional deveria ser interpretada como uma faculdade entre as partes, e não como uma necessidade.

É de suma importância para o esclarecimento do tema em análise, diferenciar dissídio coletivo de natureza jurídica, do dissídio coletivo de natureza econômica, sendo que o primeiro cuida das divergências das regras e dos princípios jurídicos, e o segundo trata das divergências existentes no ambiente laborativo, onde os trabalhadores reivindicam melhores condições de trabalho.

Dispõe a Constituição Federal de 1988 que as partes para solucionar o conflito trabalhista, primeiro devem buscar a negociação coletiva, ou seja, é indispensável a tentativa precedente de negociação coletiva, como dispõe o art. 114, §2º, da Constituição Federal e o art. 616, §4, da CLT: "Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente." (SARAIVA, 2011, p.993)

Nota-se que a negociação coletiva é o meio prioritário para solução dos conflitos coletivos trabalhistas, sendo considerada por muitos doutrinadores a forma de solução mais adequada.

Antes da negociação coletiva, as partes não podem acionar o Poder Judiciário, ou seja, não se pode buscar a substituição de um Acordo ou Convenção Coletiva do Trabalho não celebrado, por uma sentença normativa. Diante disso, se for ajuizado a ação judicial e não houver a comprovação prévia de que houve a tentativa de negociação coletiva, este processo será extinto sem resolução do mérito, pela ausência do interesse de agir. Sobre este assunto comenta o douto doutrinador Cleber Lucio de Almeida:

Antes da negociação coletiva, as partes do conflito não têm interesse para acionar o Poder judiciário, isto é, para recorrer à sentença normativa como substitutivo da convenção ou acordo coletivo do trabalho não celebrado. Com isso, não sendo com-

provada a prévia tentativa de negociação coletiva, o processo coletivo deverá ser extinto, sem julgamento do mérito, por carecer o suscitante de interesse de agir [...]. (ALMEIDA, 2009, p.766)

Sendo frustrada a negociação coletiva, às partes poderão eleger árbitros, recusando-se qualquer das partes à arbitragem é facultado às mesmas de comum acordo recorrer ao Poder Judiciário.

Até hoje o entendimento sobre o tema não é pacífico, ainda é muito discutida a questão da constitucionalidade ou não da exigência do comum acordo para instauração do dissídio coletivo de natureza econômica. Antônio Álvares da Silva citado por Cleber Lúcio de Almeida na obra *Direito Processual do Trabalho* (2009, p. 768 e 769) entende pela constitucionalidade da exigência do comum acordo, esclarecendo que esta alteração se trata de um lado extremamente positivo da reforma, dizendo também, que se o legislador não teve a vontade de extinguir o dissídio coletivo, pelo menos teve o bom senso de limitá-lo, ressaltando ainda, que no caso do conflito coletivo, a intervenção estatal deve ser mínima, porque o que se deseja, é a autocomposição, ou seja, as partes por meio da negociação coletiva devem resolver o conflito.

Entretanto, a visão do doutrinador Antônio Álvares da Silva não é relevante para defender a constitucionalidade da necessidade do comum acordo para ajuizar o conflito coletivo, primeiro porque ele questiona a própria existência da justiça trabalhista, o que se tem por inadmissível, pois a justiça do trabalho é um procedimento célere e efetivo; segundo porque a sociedade vive em um Estado Democrático de Direito, sendo que, o direito de ação é uma garantia fundamental, portanto não pode ser limitado.

Sobre o assunto, também comenta Alice Monteiro de Barros:

À primeira vista, pareceu-nos violar a autonomia do sindicato condicionar o exercício do direito de ação à aquiescência da outra parte e, conseqüentemente, um desrespeito a esse direito. Analisando melhor o assunto, concluímos que a intenção da lei foi, de fato, imprimir nova dimensão ao poder normativo atribuído à Justiça do Trabalho, mantendo-o de forma mitigada, com o objetivo de estimular a negociação coletiva. (BARROS, 2006, p.1228 e 1229)

Ainda segundo Alice Monteiro de Barros:

E nem mesmo caberia dizer que a norma em estudo traduziria ofensa ao art.5º, XXXV, da Constituição, que assegura o exame de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário. O art. 114, §2º

apenas impôs condição para o exercício do direito de ação, o que pode ser instituído até mesmo pelo legislador ordinário." (BARROS, 2006, p.1230).

Em alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho ele se manifestou dizendo que a exigência do comum acordo é um pressuposto processual, e a sua ausência leva a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art.267, VI do Código de Processo Civil- CPC, conforme demonstra a seguinte jurisprudência:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. AUSÊNCIA DE COMUM ACORDO, PRESSUPOSTO ESPECÍFICO PARA AJUIZAMENTO DO DISSÍDIO COLETIVO.

A regra, ante o que dispõe o art. 114, § 2º, da Constituição Federal, é a exigência de comum acordo para instauração do dissídio coletivo. Havendo, como no caso, clara evidência de que a parte contrária se opôs à instauração da instância em defesa, força é prover o recurso para declarar-se em relação aos Recorrentes a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, por ausência do requisito do comum acordo. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário nº 1482003520085040000. Recorrente: Sindicato do Comércio Atacadista do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Recorrido: Sindicato dos Empregados no Comércio de Cachoeira do Sul e Sindicato e Organização das Cooperativas do Estado do Rio Grande do Sul- OCERGS. Brasília 13 de agosto de 2012. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22094569/recursoordinariotrabalhista-ro-1482003520085040000-148200-3520085040000-tst>. Acesso em: 14 de maio de 2013).

Em contrapartida, outros doutrinadores argumentam pela inconstitucionalidade da exigência do comum acordo, com a propositura de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal (ADI: nº 3.392, 3.423, 3.431, 3.432 e 3.520).

Os juristas que entendem pela inconstitucionalidade do disposto defendem que a exigência do comum acordo viola o art.5º, XXXV da CF/88 que prevê o Princípio da Indeclinabilidade, onde a "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito" (SARAIVA, 2011, p.11), portanto é

garantido a toda pessoa que se sentir lesado o acesso aos órgãos judiciais, não podendo este ser restringido.

É plausível, para aqueles que sustentam a constitucionalidade da necessidade do comum acordo para ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, dizer que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal garante o acesso ao Poder Judiciário, apenas no caso de lesão ou ameaça a direito preexistente (o cumprimento da norma está sendo solicitado) e no dissídio coletivo o que se almeja é o estabelecimento de normas e condições de trabalho (o dissídio tem por finalidade a criação de normas, e não a aplicação de norma já existente). Contudo, é importante lembrar que, a tutela jurisdicional tem como foco tanto um direito quanto um interesse, como esclarece sabiamente Cleber Lúcio de Almeida:

[...] que a tutela jurisdicional pode ter por objeto tanto um interesse quanto um direito. Basta ver, por exemplo, que às organizações sindicais foi atribuída legitimidade para exercer a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais (art. 8º, III, da Constituição Federal). O direito de ação não é assegurado apenas na hipótese de lesão ou ameaça a um direito, como o comprova, inclusive, a possibilidade de ajuizamento de ação meramente declaratória, uma vez que esta não pressupõe lesão ou ameaça a direito (art. 4º do Código de Processo Civil). (ALMEIDA, 2009, p.770)

Portanto, o argumento da não violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal no caso da exigência do comum acordo é frágil, tendo em vista que, cabe ao Poder Judiciário apreciar demandas que afrontem direitos ou interesses daquelas partes envolvidas.

É inegável que a Emenda à Constituição aqui analisada, limitou significativamente o papel do dissídio coletivo na ordem jurídica, social e econômica do país, conforme esclarece o ilustre doutrinador Maurício Godinho Delgado:

A EC n.45/2004 aprofundou a incorporação de tais críticas ao singular instituto, criando restrição nova ao ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica: havendo recusa de qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é-lhes facultado, de comum acordo, ajuizar a referida ação coletiva (art.114,§ 2º, ab initio, CF/88, conforme EC n.45/2004). Com essa nova exigência à instauração da instância pelas partes- de difícil cumprimento, na prática-, diminuiu signifi-

cativamente o papel do dissídio coletivo na ordem jurídica, social e econômica do país. Desse modo, a Constituição da República, dezesseis anos após 5 de outubro de 1988, pela EC n.45/2004, remeteu, decididamente, à negociação coletiva o papel de geração da normas jurídicas coletivas trabalhistas no Brasil. (GODINHO, 2012, p.1319 e 1320).

Cleber Lúcio de Almeida (2009, p.769) também discorda da necessidade do comum acordo para ajuizar o dissídio coletivo de natureza econômica, no seu livro de Direito Processual do Trabalho ele elenca vários motivos, dentre eles, dizendo que a necessidade do comum acordo para instauração do dissídio fere o art.8º, III da CR/88, porque impede o sindicato de realizar em juízo a defesa dos interesses da categoria profissional, uma vez que o acesso ao Poder Judiciário na esfera trabalhista já é limitado pela exigência de prévia negociação coletiva, não se justificando, portanto, mais essa restrição; o art.114, §2º da Constituição Federal deve ser interpretado de forma harmônica com o art.5º, XXXV, da Lei Maior, não podendo ser excluída da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, destacando o direito de ação, como um direito fundamental; ademais, não seria razoável, nem tão pouco justificável, atribuir a um dos interessados o poder de decidir sobre o acesso do outro ao Judiciário.

É inegável, o poder normativo da Justiça do Trabalho, pois cabe a ela, quando acionada estabelecer normas e condições de trabalho, como prevê o art.114, §2º, da Constituição Federal.

A intenção do legislador derivado ao modificar a redação do art.114, §2º da CF/88 era favorecer a negociação coletiva, mas esta já estava em destaque porque necessariamente as partes deveriam em primeiro lugar buscar a autocomposição, neste sentido, não se justifica mais esta restrição que certamente traz prejuízos para os trabalhadores, porque os sindicatos patronais não têm interesse em concordar com o dissídio, pois sabem que podem ser criados instrumentos normativos que irão garantir mais direitos aos trabalhadores, e esta resistência acaba incentivando as greves. Segundo Cleber Lúcio de Almeida (2009, p.769): "o acesso ao Judiciário já é limitado pela exigência de prévia negociação coletiva, não se justificando mais uma restrição a ele, sob pena de limitação desproporcional ao acesso à justiça".

Portanto, a ênfase dada a negociação coletiva, não pode representar restrição judicial, afrontando o direito fundamental de acionar o Poder Judiciário, quando necessário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que, a negociação coletiva é um dos mais importantes métodos para a solução dos conflitos trabalhis-

tas de natureza econômica. Contudo, em algumas situações a sua aplicabilidade se torna inviável, tendo em vista, que as partes não conseguem entrar em um acordo, para alcançar o objetivo almejado.

O desejo das partes ora conflitantes é ver o seu conflito solucionado, portanto sendo impossível a negociação coletiva, e frustrada a arbitragem (lembrando que esta é facultativa), as mesmas devem recorrer ao Poder Judiciário, e não devem encontrar limitações, como a necessidade do comum acordo.

Neste ínterim, a Emenda à Constituição nº 45 criou uma nova restrição para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, diminuindo assim significativamente o seu papel, uma vez que, é necessário o comum acordo entre as partes para ajuizar a referida ação.

Alguns doutrinadores defendem que no caso do dissídio coletivo, a intervenção estatal deve ser mínima, mas é importante ressaltar que o estado deve atuar sempre que for provocado, para proteger e garantir os direitos e interesses do seu povo.

Esta pesquisa não discute o fato da autocomposição ser a forma mais saudável de resolver o conflito, porque ninguém melhor do que as partes para conhecerem os seus problemas e resolverem da melhor forma possível, mas às vezes o acordo é inviável, deste modo, as partes têm o direito de recorrer ao poder judiciário sem que haja limitação.

Não é plausível argumentar no sentido de que tal mudança ocorrida no texto constitucional foi para enfatizar ou estimular a negociação coletiva, pois esta já está em evidência, uma vez que, as partes precisam obrigatoriamente em primeiro lugar buscar a negociação coletiva.

Ressaltando que o acesso ao Poder Judiciário na esfera trabalhista já é limitado, tendo em vista que a negociação coletiva é o meio prioritário para a solução do dissídio. Neste contexto, a valorização da negociação coletiva não pode afrontar o direito fundamental de ação.

A exigência do comum acordo também impede o sindicato de realizar em juízo a defesa dos interesses e direitos dos seus representados.

Por isso, o prévio acordo contido no art.114, §2º da CF/88 deve ser entendido como uma faculdade entre as partes, de modo que, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão de comum acordo recorrer ao Poder Judiciário, mas se não houver esse consenso qualquer das partes diante do direito de ação conferido pela Constituição Federal poderá instaurar o dissídio.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2º ed. São Paulo: LTr, 2006.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Direito Processual do Trabalho. 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Fábio Túlio; NILO, Taciana Carolina Alípio. A exigência do "comum acordo" para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9213&revista_caderno=25>. Acesso em: 15 de abril de 2013.

BRASIL Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário nº 1482003520085040000. Recorrente: Sindicato do Comércio Atacadista do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Recorrido: Sindicato dos Empregados no Comércio de Cachoeira do Sul e Sindicato e Organização das Cooperativas do Estado do Rio Grande do Sul- OCERGS. Brasília 13 de agosto de 2012. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22094569/recursoordinariotrabalhista-ro-1482003520085040000-148200-3520085040000-tst>>. Acesso em: 14 de maio de 2013).

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SARAIVA. Vade Mecum. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

O CONTROLE DO CORREIO ELETRÔNICO: O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM OPOSIÇÃO AO DIREITO A INTIMIDADE DO EMPREGADO

Guttenberg Quinoca da Silva¹

RESUMO: Os avanços tecnológicos transformaram a sociedade, especialmente, no âmbito empresarial. Dessa forma, o presente estudo tem como objetivo verificar se o empregador, com base em seu poder diretivo, pode monitorar o correio eletrônico de seu empregado.

PALAVRAS-CHAVE: Correio eletrônico; e-mail; fiscalização; poder de direção; direito a intimidade.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Empresarial e Direito do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

O mundo em que vivemos está em constante transformação, sobretudo, em razão dos avanços tecnológicos na área da informática. Tais avanços facilitaram a vida do homem em suas relações sociais, comerciais e, especialmente, profissionais.

Acompanhando essa mudança de paradigma, as empresas têm buscado cada vez mais profissionais amplamente qualificados, com formação específica e alto grau de conhecimento. Alado a isso, tornou-se necessária a introdução de instrumentos que possibilitassem a otimização do trabalho no âmbito empresarial, principalmente em relação aos meios de comunicação.

Nesse aspecto, o correio eletrônico (*e-mail*) é um dos meios de comunicação mais utilizados nas empresas, em razão de sua objetividade, haja vista que as mensagens podem ser enviadas para qualquer parte do mundo de maneira instantânea, facilitando o contato com clientes, fornecedores e com os demais funcionários.

Todavia, por diversas razões, a ciência jurídica não consegue acompanhar adequadamente a evolução social e, em relação às novas tecnologias não é diferente, já que diversas situações oriundas da área tecnológica carecem de regulamentação, como é o caso do monitoramento do correio eletrônico pelo empregador.

Assim, embora as novas tecnologias tenham melhorado o desempenho empresarial, também facilitaram a invasão de privacidade, na medida em que as empresas tendem a fiscalizar o uso do correio eletrônico de seus empregados e muitas vezes incorrem em excesso, o que torna necessária a intervenção jurídica para inibi-los. Em razão disso, a discussão adiante tem por objeto verificar a possibilidade de o empregador, fundado no seu poder diretivo, monitorar o correio eletrônico de seus empregados.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Conceituação

Os direitos fundamentais passaram por um grande processo de transformação, o que é denominado pela doutrina de gerações de direitos. Com isso, justificou-se a criação dos direitos fundamentais com a finalidade de limitar o poder estatal, já que o Estado também deve se submeter ao direito positivado e respeitar um núcleo fundamental de direitos conferidos a pessoa humana.

Não há consenso doutrinário no que diz respeito à definição dos direitos fundamentais, pois, de fato, não se trata de tarefa simples. No entanto, entende-se que os direitos fundamentais constituem o núcleo básico de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico a todo cidadão.

Para Uadi Lammêgos Bulos (2010, p. 512), os direitos fundamentais correspondem:

[...] ao conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes a soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Não obstante as diversas orientações a respeito do assunto, todos os direitos fundamentais são legitimados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Em razão disso, a pessoa não pode ser instrumentalizada e utilizada como meio, mas deve ser tratada como um fim em si mesma, pois segundo José Joaquim Gomes Canotilho "o Estado

existe para o homem e não o homem para o Estado” (2009, p. 387-388, *apud* HAINZENREDER JUNIOR, 2009, p. 13).

Assim, a dignidade da pessoa humana deve informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda ordem jurídica, situando o homem no centro da sociedade e não fora dela.

Na seara trabalhista não é diferente, tendo em vista que o “intérprete deve direcionar seu pensamento de forma a garantir o máximo de dignidade, valorização do trabalhador e sua proteção” (BARBOSA JUNIOR, p. 30), de modo que o núcleo de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico seja efetivamente concretizado.

Portanto, atualmente, tem-se o objetivo de conferir máxima efetividade às normas constitucionais, especialmente àquelas relacionadas com os direitos fundamentais, de modo que na existência de um conflito, o intérprete e aplicador do direito atuem positivamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais.

2.2 Eficácia horizontal

Dentro da perspectiva clássica dos direitos fundamentais, estes representavam verdadeiros limites à atuação do Poder Público nas relações privadas, o que é denominado pela doutrina de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

No entanto, criou-se a necessidade de tutelar as relações travadas entre os particulares sob a perspectiva dos direitos fundamentais, pois “não seria crível imaginar que, nas relações privadas, as partes possam atentar contra os direitos fundamentais” (ROSENVALD, 2012, p. 73).

Essa mudança de paradigma também se deve ao fato da constitucionalização do Direito Civil, no qual institutos, antes considerados estritamente privados, foram alçados à condição de normas constitucionais, a exemplo da família, conforme dispõe o artigo 226 da Constituição da República. Além disso, os institutos e normas privadas presentes em todo ordenamento devem ser analisadas sob a ótica do texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o tema:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados (BRASIL. Su-

premo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 201.819-RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, 10 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=388784>>. Acesso em 10 de abril de 2013).

Dessa maneira, considerando que o Direito do Trabalho tutela essencialmente uma relação composta por particulares, revela-se necessária a aplicação dos direitos fundamentais a essa seara jurídica, embora atualmente seja defendida por muitos doutrinadores a unidade do direito, sendo a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado utilizada para fins meramente didáticos (GAGLIANO, 2009, p. 28).

Como bem assevera Maurício Godinho Delgado (2009, p. 70):

[...] a categoria nuclear do Direito do Trabalho é essencialmente uma relação entre particulares (a relação empregatícia), esse ramo jurídico, por sua essência, situa-se no grupo dos ramos do Direito Privado – em que preponderam relações próprias a sociedade civil, pactuadas entre particulares.

Dessa forma, levando-se em consideração que no âmbito trabalhista ocorrem infindáveis situações nas quais se reclama a aplicação dos direitos fundamentais, como nas revistas íntimas e no controle do correio eletrônico, aqueles devem ser efetivamente assegurados a todo trabalhador, especialmente como forma de tutelar a sua dignidade.

2.3 Direito a intimidade e a vida privada

Com os avanços tecnológicos, a violação a intimidade e a vida privada tornaram-se corriqueiras, sobretudo, no que diz respeito ao ato de monitoramento de *e-mail* no âmbito de trabalho. Por essa razão, faz-se necessária a análise dos referidos institutos antes de se adentrar no estudo do poder de direção do empregador e no ato de fiscalização do *e-mail* propriamente dito.

A intimidade e a vida privada recebem proteção constitucional, conforme dispõe o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988. Ademais, ambas constituem direito de personalidade, considerado como o “elemento estável e permanente do comportamento das pessoas” (BARBOSA JUNIOR, 2008, p. 59), ou seja, trata-se do conjunto de características pessoais inerentes a condição humana.

Segundo Uadi Lammêgos Bulos (op. cit. p. 549), o direito a intimidade "diz respeito às relações íntimas e pessoais do indivíduo, seus amigos, familiares, companheiros que participam de sua vida pessoal". Do mesmo modo, leciona Alexandre de Moraes (2010, p. 53) que a "intimidade relaciona-se as relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade [...]".

Trata-se do que é denominado pela doutrina de o "direito de estar só" (GAGLIANO, 2009, p. 171), já que o direito a intimidade possui um núcleo de alcance menor que o direito a vida privada, de modo que aquela "perpassa e protege até essas relações mais íntimas ou pessoais" (FERNANDES, 2012, p. 411).

Embora se relacionem, o direito a vida privada é mais amplo, tendo em vista que o mesmo "teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, as relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público" (MENDES, 2010, p. 469).

Todavia, ambos os direitos representam um "espaço jurídico-pessoal reservado a todo o ser humano como forma de promoção e realização de sua dignidade" (CHAVES, 2011, p. 51).

É, portanto, direito fundamental do trabalhador ter sua intimidade e vida privada preservadas no exercício de suas atividades laborativas, de modo que o empregador não pode ignorar a presença dos referidos institutos ao exercer o seu poder de comando, devendo proporcionar aos seus empregados um ambiente de trabalho sadio, especialmente como forma de enaltecer a dignidade da pessoa humana.

2.4 Proteção da correspondência

A Constituição da República não assegura somente a proteção a intimidade e a vida privada, mas também ao sigilo de correspondência, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XII, do texto constitucional:

É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 2013, p. 8).

Embora o referido dispositivo legal não faça menção expressa ao correio eletrônico, a proteção deste se revela necessária, sobretudo, porque a finalidade da norma é a proteção do sigilo, pois "em que pese existam diferenças entre o correio postal e o correio eletrônico no que se refere ao seu modo de execução, não há, em tese, distinção em relação a aplicação da norma legal na proteção da intimidade" (HAINZENREDER JUNIOR, 2009, p. 97).

Grasseli (2011, p. 27) afirma que:

A utilização do correio eletrônico na atualidade tem se mostrado requisito essencial ao desenvolvimento profissional dos indivíduos, bem como ao avanço do comércio e das organizações empresariais, uma vez que a comunicação tradicional, via papel, vem sendo paulatinamente substituída por este meio.

De fato, o correio eletrônico constitui evolução do correio postal, devendo receber a mesma proteção que é conferida a este:

[...] até porque o uso da Internet no Brasil somente começou a ganhar espaço em 1995, ou seja, praticamente sete anos após a Carta Magna atual, razão pela qual salutar e inegável admitir que o correio eletrônico também goza da proteção constitucional da inviolabilidade das correspondências e comunicações (HAINZENREDER JUNIOR, 2009, p. 100).

Há de se mencionar que tais sigilos não são absolutos, assim como nenhum dos direitos fundamentais, podendo ser ponderados no caso concreto, aliado ao fato de que em hipótese alguma um direito pode ser utilizado como justificativa para a prática de atos ilícitos. É, portanto, de extrema importância o respeito à proteção das correspondências eletrônicas no âmbito da relação de emprego.

3 PODER DE DIREÇÃO

3.1 Caracterização e prerrogativas

Nos termos do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho cabe ao empregador assumir os riscos da atividade econômica e dirigir pessoalmente os serviços prestados por seus empregados.

Trata-se do princípio da alteridade, o qual prescreve que todos os riscos da atividade empresarial devem ser assumidos pelo empregador, na medida em que cabe a este dirigir o desenvolvimento de seu negócio e assumir o ônus e o bônus proveniente da exploração da atividade econômica.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2009, p. 592) o poder diretivo:

[...] seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas a organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo do trabalho adotado

no estabelecimento da empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tangê a prestação de serviços.

O professor Hainzereder Júnior (2009, p. 65) leciona que o poder de direção:

Compreende não só o poder de organizar as atividades, mas também o de controlar e disciplinar o trabalho, de acordo com os fins do empreendimento, o que demonstra que o empregador possui diversas prerrogativas na condução do seu negócio, ou seja, que o poder diretivo se desmembra por diversas facetas.

Leciona Amauri Mascaro Nascimento (2004, p. 621-622, apud HAINZENREDER JUNIOR, 2009, p. 66) que o poder diretivo manifesta-se através do poder de organização, poder de controle e do poder disciplinar.

Esses poderes se fundamentam no contrato de trabalho, pois:

[...] são consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, a qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma da empresa capitalista (BARROS, 2011, p. 460).

Com a formação do contrato de trabalho, cabe ao empregador dirigir o seu negócio, orientando seus empregados quanto à suas respectivas tarefas e responsabilidades, de modo que eventuais prejuízos decorrentes do insucesso da atividade desenvolvida serão de responsabilidade do empregador.

Dessa maneira, é dever de o empregador organizar a sua empresa, definindo quais atividades serão desenvolvidas, o número de empregados a serem contratados, assim como a sua estrutura e capital social. Além disso, o empregador possui o dever, e não apenas a prerrogativa, de orientar e fiscalizar a prestação dos serviços, sendo-lhe lícito aplicar sanções disciplinares aos seus empregados que cometerem faltas.

3.2 Limites

Embora o empregador possua o poder de direção de sua empresa, esta prerrogativa não deve ser exercida de modo absoluto “devendo estar de acordo com os preceitos constitucionais e in-

fraconstitucionais que têm, por finalidade, proteger a pessoa do trabalhador de eventuais danos que possa sofrer no exercício de suas funções” (MANTOVANI JUNIOR, 2010, p. 80).

Na prática, porém, muitas vezes esses limites não são respeitados, de modo que o ato de fiscalização revela-se arbitrário e viola os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico ao trabalhador, especialmente, no que se relaciona com as novas tecnologias.

Com os avanços tecnológicos, o empregador possui um grande aparato de instrumentos que possibilitam o exercício das prerrogativas inerentes ao poder diretivo, de modo que “as medidas adotadas devem se caracterizar por imprescindíveis e necessárias ao fim perseguido, e que ocasionem a menor repercussão possível sobre o direito do empregado” (GRASSELLI, 2011, p. 75).

Por isso, o poder diretivo deve ser exercido com cuidado, especialmente, no que diz respeito ao ato de fiscalização do correio eletrônico, cujos aspectos serão analisados adiante.

4 CONTROLE DO CORREIO ELETRÔNICO

4.1 Conflito entre o direito a intimidade e o poder diretivo

Diante dos avanços da tecnologia e da *internet*, as empresas passaram a se valer de tais ferramentas para otimizar o desempenho de suas atividades. Em razão disso, é crescente o número de demandas judiciais com fundamento no poder diretivo do empregador e no direito a intimidade do empregado.

Segundo João Oreste Dalazen (2005):

A tecnologia da internet, sobretudo da correspondência eletrônica, tem suscitado um elenco infundável de instigantes questões jurídicas. Uma delas consiste em saber se o empregador tem o direito de rastrear ou monitorar o e-mail do empregado e, em última análise, se é lícita a prova assim obtida para apuração de justa causa em processo judicial.

Não se pode olvidar que nenhum dos direitos são absolutos. O empregador deve estabelecer as regras que irão disciplinar o uso do e-mail no ambiente da empresa e cientificar previamente o empregado de que aquele estará sendo monitorado. Da mesma maneira, o empregado deve seguir as orientações de seu empregador quanto à utilização do correio eletrônico, a fim de não cometer eventuais abusos no exercício de seu direito, a exemplo do envio de piadas e imagens obscenas.

Neste último caso, leciona Mantovani Junior (2010, p. 86) que:

Ao constatar então que o empregado utilizava-se da Internet e e-mails para fins particulares, acesso a sites pornográficos, envio de mensagens ofensivas, humorísticas ou pornográficas a outro funcionários e até mesmo a terceiros, levou muitos empregadores a demitirem seus funcionários por justa causa, com fundamento no art. 482, alíneas b e e da CLT.

A dignidade da pessoa humana e a razoabilidade devem ser levadas em consideração para solução do conflito, na medida em que o empregador não deve agir com excessivo rigor, a ponto tornar o ato de fiscalização em verdadeiro instrumento coercitivo, ofendendo a vida privada e intimidade de seu empregado.

Por outro lado, há de se mencionar que existem dois tipos de correio eletrônico: o e-mail pessoal e o e-mail profissional. O correio eletrônico pessoal é de propriedade do empregado e se destina a assuntos particulares, enquanto que o correio eletrônico profissional constitui ferramenta de trabalho disponibilizada pela empresa para tratar de assuntos relacionados a atividade laboral desenvolvida pelo empregado.

Esse foi um dos argumentos utilizados pelo Ministro João Oreste Dalazen do Tribunal Superior do Trabalho para considerar lícito o monitoramento do e-mail de um empregado do HSBC - Seguros, já que o correio eletrônico objeto de discussão era corporativo e o empregado foi cientificado de que aquele seria monitorado:

[...] apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal da inviolabilidade. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "e-mail" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 613/2000-013-10-00.7. Recorrente: HSBC Seguros Brasil S.A. Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. Relator Ministro João Orestes Dalazen. Brasília, 18 de maio de 2005. Disponível em: < [=RR%20-%2061300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAgNcAAS&dataPublicacao=10/06/2005&query=HSBC%20CORREIO%20ELETRONICO>. Acesso em 15 de abril de 2013\).*](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado</i></p></div><div data-bbox=)*

Portanto, somente o e-mail pessoal goza de proteção absoluta contra o ato de monitoramento no ambiente de trabalho, sendo lícito ao empregador fiscalizar o correio eletrônico corporativo de seus empregados, desde que estes sejam previamente informados sobre o monitoramento.

4.2 Condições fiscalizatórias

O empregador deve estabelecer regras, bem como ministrar palestras e cursos quanto ao uso adequado do correio eletrônico no âmbito da empresa, a fim de que todos os empregados estejam cientes de que o uso do e-mail estará sendo fiscalizado.

Além disso, é de grande importância que o ato de fiscalização seja realizado de maneira moderada e se limite, conforme exposto, ao e-mail corporativo, ou seja, àquele fornecido pelo empregador para os fins da atividade empresarial.

Segundo entendimento de Hainzenreder Júnior (2009, p. 166):

[...] a partir da utilização da proporcionalidade, será possível criar mecanismos que possibilitem concluir em quais circunstâncias dispostas no caso concreto o direito à privacidade do empregado possuíra peso menor ou maior que o poder diretivo do empregador. Para possibilitar e legitimar a prática da fiscalização patronal no uso dos meios informáticos tornar-se-á fundamental a adoção de algumas diretrizes práticas por parte da empresa.

No mesmo sentido conclui Grasseli (2011, p. 85) que:

Os meios informáticos são parte do patrimônio do empregador e, como tal, suscetíveis de tutela e monitoramento pelo empresário, desde que observados os requisitos pré-pactuados para tanto, assim como o inequívoco esclarecimento do empregado acerca da utilização das novas tecnologias, e os limites impostos pelos princípios protetivos constitucionalmente assegurados a todo ser humano.

Em julgado paradigmático sobre o tema, o Ministro João Oreste Dalazen assim se manifestou:

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem o objetivo de impedir que através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, precisam ser preservados. [...] A proteção a individualidade, a liberdade, a personalidade ou a privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 613/2000-013-10-00.7. Recorrente: HSBC Seguros Brasil S.A. Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. Relator Ministro João Orestes Dalazen. Brasília, 18 de maio de 2005. Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2061300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAgNcAAS&dataPublicacao=10/06/2005&query=HSBC%20CORREIO%20ELETRONICO>>. Acesso em 15 de abril de 2013).

Em decisão recente, datada de 04 de junho de 2008, o Ministro Relator Ives Gandra Martins Filho, do Tribunal Superior do Trabalho, se manifestou no sentido de que o monitoramento do correio eletrônico deve ser considerado como lícito, desde que se limite ao e-mail corporativo:

A concessão, por parte do empregador, de caixa de e-mail a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho. Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa de e-mail corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se, pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada e respeitando os

fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à - Internet -, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei. Assim, se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de e-mail corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 1542/2005-055-02-40.4. Agravante: Gustavo Francisco Bastos. Agravada: MBM Recuperações de Ativos Financeiros S/C LTDA. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 04 de junho de 2008. Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2015424024.2005.5.02.0055&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAbnrAAP&dataPublicacao=06/06/2008&query=MBM%20RECU- PERACOES%20IVES%20GANDRA>>. Acesso em 17 de abril de 2013).

Importa ressaltar que, pode-se considerar como aceitável a proibição da utilização do e-mail pessoal no horário de trabalho, sendo, contudo, vedada a fiscalização de seu conteúdo em qualquer hipótese, sob pena de violar a intimidade do empregado.

Partindo-se da premissa de que "os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso e de modo relativo (ou limitado)" (FERNANDES, 2012, p. 336), deve-se recorrer a aplicação da razoabilidade e a dignidade da pessoa humana para solução do caso concreto.

Portanto, a interpretação mais razoável para o problema em questão é no sentido de que pode ser considerada lícita a fiscalização do correio eletrônico, desde que observadas as citadas condições, a fim de que nem empregador nem empregado incorram em excesso no exercício de seus direitos.

5 CONCLUSÃO

Os avanços tecnológicos transformaram e continuarão modificando a sociedade constantemente. Em razão disso, é inegável que

a norma jurídica não consegue acompanhar adequadamente essas mudanças, especialmente, no que diz respeito a área da informática.

A fiscalização do correio eletrônico é uma das matérias que carecem de regulamentação jurídica, o que enseja uma série de discussões sobre o tema.

Buscando-se evitar conflitos entre o direito a intimidade e o poder de direção, a fiscalização do correio eletrônico pode ser considerada legítima desde que observadas algumas condições, sob pena do ato de monitoramento tornar-se arbitrário e ensejar a reparação dos danos advindos de tal conduta.

O empregador, quando da celebração do contrato de trabalho, deve orientar o seu empregado quanto às normas internas relacionadas com a utilização do *e-mail*, ressaltando que o mesmo será monitorado.

Ademais, o monitoramento deve se limitar ao *e-mail* corporativo, considerado como aquele destinado a tratar de assuntos relacionados à atividade desenvolvida pelo empregado, de modo que o conteúdo do *e-mail* pessoal não poderá ser fiscalizado, sendo, no entanto, razoável proibir o uso deste último no horário de trabalho ou autorizar a sua utilização no horário para descanso e refeição.

Assim, em decorrência do direito a livre iniciativa, é assegurado ao empregador o poder de direção de seu negócio, sem, porém, ser lícito ao mesmo exercê-lo de qualquer maneira.

Somente será lícito ao empregador fiscalizar o *e-mail* de seu empregado nas citadas condições, especialmente, porque o poder de direção não pode ser exercido de maneira arbitrária, devendo se pautar nos limites do ordenamento jurídico, assim como na razoabilidade, para que o ato de monitoramento não se transforme em uma verdadeira perseguição.

Deve-se respeitar as normas garantidoras dos direitos fundamentais na procura de uma solução adequada para o caso concreto. Logo, harmonizando os direitos conflitantes, não se deve eliminar totalmente um em detrimento do outro, resguardando, assim, ambos os direitos, a fim de que nenhum deles incorra em excesso, sobretudo, como forma de conceder máxima efetividade aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA JUNIOR, Floriano. *Direito a intimidade como direito fundamental e humano na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 outubro de 1988. *Vade Mecum Saraiva*. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943: Consolidação das Leis do Trabalho. *CLT Saraiva e Constituição Federal*. 40 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº. 201.819-RJ*. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, 10 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=388784>>. Acesso em 10 de abril de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 1542/2005-055-02-40.4*. Agravante: Gustavo Francisco Bastos. Agravada: MBM Recuperações de Ativos Financeiros S/C LTDA. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 04 de junho de 2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20154240-24.2005.5.02.0055&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAbnrAAP&dataPublicacao=06/06/2008&query=MBM%20RECUPERACOES%20IVES%20GANDRA>>. Acesso em 17 de abril de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 613/2000-013-10-00.7*. Recorrente: HSBC Seguros Brasil S.A. Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. Relator Ministro João Orestes Dalazen. Brasília, 18 de maio de 2005. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2061300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAgNcAAS&dataPublicacao=10/06/2005&query=HSBC%20CORREIO%20ELETRONICO>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

BULOS, Uadi Lameêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, *apud* HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e o poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

DALAZEN, João Oreste. *E-mail: O empregador pode monitorar?* Folha de São Paulo, São Paulo, 17 de junho de 2005. Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1706200510.htm/>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. JusPodvm, 2012.

GRASSELLI, Oraci Maria. *Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2011.

HAINZENREDER JUNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e o poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

MANTOVANI JUNIOR, Laert. *O direito constitucional a intimidade e a vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, *apud* HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e o poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

NOTAS DE FIM

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

O CONTROLE DOS E-MAILS DENTRO DAS EMPRESAS

Cristiane Ribeiro Seabra Antunes¹

RESUMO: O presente artigo tende abordar os limites do poder fiscalizatório do empregador quanto ao monitoramento dos *e-mails*, analisando os direitos e garantias fundamentais no ambiente laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos fundamentais; intimidade; privacidade; propriedade; poder diretivo.

ÁREAS DE INTERESSE: Direitos Humanos. Direito do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico e a globalização estão mudando as relações na sociedade, principalmente dentro das empresas. Os meios tecnológicos postos à disposição do empregado fizeram surgir conflitos no ambiente laboral. Discute-se até onde a privacidade do empregado pode ser violada.

O controle dos *e-mails* pelo empregador dentro das empresas fez nascer uma discussão quanto ao limite do poder fiscalizatório empresarial. De um lado têm-se os princípios que legitimam a fiscalização feita pelo empregador, em razão da defesa do patrimônio, como o direito de propriedade, de outro, tem-se a intimidade e a privacidade do empregado.

Os Direitos Humanos Fundamentais serão tratados no capítulo 2, analisando suas características e especificando sua importância na aplicação no âmbito do Direito Constitucional e no Direito do Trabalho.

No capítulo 3, serão analisados os direitos e garantias fundamentais no âmbito trabalhista, principalmente os direitos de personalidade – intimidade e privacidade –, bem como o direito à propriedade.

No capítulo seguinte, será estudado o poder diretivo do empregador. Primeiramente serão expostas as características e prerrogativas do poder diretivo do empregador. Em seguida, serão avaliadas as limitações a este poder.

Por fim, cuidar-se-á do poder diretivo nos *e-mails* dos empregados na esfera laboral. Ressaltando, é claro, sobre a diferença das correspondências eletrônicas corporativas das particulares.

O assunto escolhido ainda não possui uma solução pacífica nos tribunais, bem como não existem normas na legislação brasileira que tratem especificamente da violação dos *e-mails* na esfera laboral.

A finalidade do presente estudo é estabelecer de que forma poderá ser realizada a fiscalização dos *e-mails*, sem que a intimidade e privacidade dos trabalhadores sejam violadas.

2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Os direitos humanos fundamentais direcionam-se essencialmente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais extenso. São direitos e liberdades essenciais a todos os seres humanos. A concepção de direitos humanos está relacionada com a ideia de liberdade de expressão, de pensamento e a igualdade perante a lei.

Como ressaltado por Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.²

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como atributos naturais inerentes ao homem, relacionados essencialmente aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, consequentes da sua própria existência, com fundamento na dignidade da pessoa humana.³

A dignidade da pessoa humana tem lugar de realce no ordenamento jurídico constitucional e trabalhista. A respeito do tema, Mauricio Godinho Delgado afirma:

A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural -, o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas

*mediante o trabalho, e particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho.*⁴

O direito à dignidade humana consta no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e estabelece que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.⁵

Afirmam, ainda, Montesso, Freitas e Stern:

*A dignidade humana existe em todos os indivíduos e impõe o respeito mútuo entre as pessoas, no ato da comunicação, e que se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado. Tais direitos são inerentes, porque conhecidos pelas pessoas, não podendo, portanto, o Estado, desconhecê-los. A este cabe, ainda, criar condições favoráveis para uma integral realização dos mesmos.*⁶

Neste sentido, merece citação a observação de Menezes, Lopes, Calvet e Sivoilella:

As normas constitucionais possuem eficácia jurídica imediata, denotando a força normativa da Constituição, sendo que a aplicação concreta dos princípios constitucionais se faz pelo método da ponderação de interesses, ressaltando em importância axiológica no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana e, para a área trabalhista, também o valor social do trabalho e a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano com o objetivo de assegurar uma existência digna.⁷

Os direitos humanos são direitos intrínsecos a todos os seres humanos, sem discriminação, incluindo o direito à vida e à liberdade, o direito ao trabalho e à educação, entre outros.

A Constituição Federal de 1988 estabelece os gêneros dos direitos e garantias fundamentais, dividindo-se em: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.⁸

Alexandre de Moraes apresenta diversas características dos direitos humanos fundamentais:

Imprescritibilidade: os direitos não se perdem pelo decurso do prazo; Inalienabilidade: não há possibilidade de transferência dos direitos humanos; Irrenunciabilidade: os direitos humanos não podem ser objeto de renúncia; Inviolabilidade: Impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das

*autoridades públicas; Universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos; Efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto; Interdependência: as várias previsões constitucionais possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades, e Complementaridade: os direitos humanos devem ser interpretados de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.*⁹

Somente por meio da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações de trabalho será possível a efetiva proteção aos direitos e liberdades dos trabalhadores. O empregador, em decorrência da relação jurídica, é possuidor de direitos e faculdades que se exercidos de forma imprópria, mostram-se como possíveis fatores de ofensas e violações à liberdade, privacidade e dignidade dos trabalhadores.¹⁰

Nesta acepção, Rangel declara:

*Os direitos sociais têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo, por essa razão, ser reconhecida a aplicabilidade imediata desses direitos, até porque todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial.*¹¹

Diante disso, é possível afirmar que os direitos humanos fundamentais consistem na conjuntura de direitos e garantias do ser humano que tem por fim o respeito à dignidade humana.

3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO TRABALHISTA

3.1 Direitos de personalidade dos empregados

Os direitos da personalidade aparecem como uma reação à atuação estatal sobre o indivíduo e encontram proteção, entre outras normas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dispõe em seu artigo 12:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação.

*ção. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.*¹²

Em outubro de 1996, a Organização Internacional do Trabalho aprovou o projeto de Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores e Recomendações para uma ação futura da OIT, introduzida a possibilidade de empregar normas internacionais do trabalho a respeito.¹³

O objetivo do repertório é nortear os países na elaboração de leis, regulamentos, convenções coletivas e políticas do trabalho, protegendo a dignidade dos pretendentes a emprego e empregados, tanto no setor público como privado. Foi realizada uma série de estudos sob três dimensões: proteção de dados pessoais, fiscalização no local de trabalho (revistas pessoais e eletrônicas) e exames.¹⁴

Os direitos de personalidade podem ser classificados como direito à integridade física, integridade intelectual e integridade moral, incluído neste último o direito à imagem, à intimidade, à privacidade e à honra.

O direito à privacidade e o direito à intimidade são direitos de personalidade, oponíveis *erga omnes* e resguardados constitucionalmente, estando presentes tanto na vida social como na laboral, e devem ser respeitados. Sendo estes direitos indisponíveis e irrenunciáveis, são soberanos a qualquer cláusula contratual.

3.1.1 Intimidade e privacidade dos empregados

O direito à intimidade classifica-se como direito individual referente à liberdade, inerente à própria pessoa humana. Portanto, sofre limitações no ambiente do trabalho, pois a Constituição Federal de 1988 assegura o direito de propriedade.

Alice Monteiro de Barros afirma que:

*O direito à intimidade há muito vem sendo conceituado como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem; pressupõe ingerência na esfera íntima da pessoa através de espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente.*¹⁵

A Constituição da República Federativa do Brasil protegeu a intimidade em seu art. 5º, inciso X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".¹⁶

O fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo, não justifica a violação do direito à intimidade no local de trabalho.

Sobre o tema, Alice Monteiro de Barros assinala que:

*A legislação ordinária trabalhista é omissa a respeito do assunto, e a cada dia as intromissões na vida privada do empregado se agravam, principalmente em face da evolução tecnológica. Urge fazer-se o reconhecimento expresso desse direito, assegurando ao empregado a tutela preventiva, em relação à qual o legislador parece menos sensível.*¹⁷

O direito à intimidade e à vida privada configura-se como uma tutela constitucional assegurada ao indivíduo, sendo um efeito imediato da consagração do princípio da dignidade humana na Constituição Federal da República.

O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a inviolabilidade da intimidade e da privacidade:

*Art. 5º, inciso XII: é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*¹⁸

A privacidade é um direito de titularidade do ser humano que o detém por participarem de algum ato, conhecimento de algum fato ou segredo que só a ele interessa. A concepção de privacidade é muito pessoal, pois compete a cada indivíduo restringir os fatos e dados que deseja manter em sigilo.

A intimidade refere-se ao sentimento das pessoas, a respeito das questões que elas não se incomodam de participar aos outros e daquelas outras que preferem manter sob reserva.

Por fim, a privacidade e a intimidade conduzem a uma ideia de subjetivismo, o que leva à conclusão como um direito inerente ao ser humano.

O direito à privacidade consiste na opção entre publicar ou não o que é íntimo, e, assim, construir a própria imagem. É um direito inerente ao homem.¹⁹

A Constituição Federal da República possui um papel fundamental na valorização do indivíduo ao ascender os direitos do trabalhador e a dignidade da pessoa humana, como preservação da intimidade e da privacidade, ao status de direitos fundamentais, constitucionalmente resguardados.

3.1.2 Do direito à Propriedade do empregador

O empregador possui autoridade sobre a propriedade de sua empresa e o que nela contém. Entretanto, não é conferido poder absoluto ao direito de propriedade, uma vez que este é

manifestado pelo poder diretivo e limitado pelos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Ao monitorar a correspondência eletrônica de seus funcionários, o empregador estaria violando o direito à intimidade e a privacidade, além da ofensa ao sigilo de comunicação, direitos estes, resguardados na Constituição Federal da República de 1988. Por isso, é de extrema importância que no momento da contratação do empregado seja esclarecida a política da empresa quanto ao monitoramento do e-mail e seus usos permitidos.

Assim analisam Gemignani T., Gemignani D:

*O direito de propriedade não foi instituído, nem pode ser considerado absoluto, porque a própria Constituição estabeleceu expressamente que só estaria justificado na medida em que estivesse atendida sua função social, assim balizando o exercício dos direitos particulares pelos interesses difusos da sociedade em ver prestigiado o trabalho como valor fundante da República brasileira, escopo que não prescinde da preservação do direito ao emprego daqueles que ajudam a construir a sustentabilidade econômica do empreendimento, a fim de evitar o esvaziamento de sentido de nossas instituições e a intensificação das relações de dominação entre as partes de um contrato de trabalho.*²⁰

A invocação do direito de propriedade não justifica o desrespeito à privacidade do trabalhador. Fazendo uma relação com os banheiros instalados em uma empresa, sendo estes sua propriedade, não pode o empregador vir a instalar câmeras para vigiar o empregado, pois feriria diretamente a esfera íntima. O mesmo acontece com a fiscalização dos e-mails, sejam eles corporativos ou pessoais, sem uma comunicação prévia, como será debatido a seguir.

Neste sentido, a jurisprudência entende que:

(...) Essencial destacar, para o deslinde da controvérsia, que a rede mundial de computadores (internet) e as correspondências eletrônicas (emails) incorporaram-se ao cotidiano das pessoas, como uma forma rápida de comunicação e acesso à informação, motivo pelo qual, no âmbito das relações empregatícias, deve haver uma ponderação de interesses entre o sigilo das comunicações e dados do empregado com o direito de propriedade e livre iniciativa da empresa, ambos com amparo

*em normas fundamentais da Constituição Federal (arts. 1º, IV, e 5º, XII e XXII, CF). (grifos nossos)*²¹

Ao trabalhador é assegurado o direito de manter-se reservado, de zelar pela sua intimidade e de não deixar que se lhe indague sobre sua privacidade.

4 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

4.1 Características e prerrogativas do poder diretivo do empregador

Não existe na legislação brasileira nenhum dispositivo legal regulamentando expressamente a fiscalização e inspeção pessoal, embora a Constituição Federal de 1988 assegure o direito à intimidade.

A Consolidação das Leis Trabalhistas em seu artigo 3º conceitua empregado como pessoa física que presta serviços sob a dependência do empregador²². Essa dependência acaba por aceitar, em parte, a renúncia da liberdade, configurando um controle do empregador.

Ao empregador é conferido o poder diretivo, ou seja, o controle, a vigilância e a fiscalização do empregado, tendo como objetivo o bom funcionamento da empresa. Mas este poder não é absoluto, estando sujeito a limitações, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no âmbito constitucional. Tal liberdade tem fundamento no artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas: "considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço".²³

Para Gemignani T., Gemignani D, o empregado:

*(...) ao ingressar numa relação de trabalho, além de trazer consigo todos os direitos fundamentais inerentes a sua condição de pessoa, agrega os que a lei lhe garante como trabalhador, o que vai repercutir não só na execução do próprio contrato, mas até mesmo na organização empresarial.*²⁴

Ressalta-se que a subordinação presente no contrato de trabalho não retira do empregado a garantia de seus direitos fundamentais. Assim, havendo relação de emprego, haverá sempre o poder diretivo do empregador.

Segundo afirma Rogério Krauspenhar, o poder diretivo manifesta-se em três divisões:

Pelo poder de organização, o empregador organiza a estrutura da sua atividade empresarial, especi-

*ficando ou detalhando a função. Os limites deste poder encontram-se nas cláusulas contratuais, expressa através do regulamento da empresa; através do poder de controle, o empregador fiscaliza a atividade profissional dentro do ambiente empresarial. Seu limite é o princípio da razoabilidade, que, por ser genérico, deixa uma margem de discricionariedade, não de arbitrariedade; e por meio do poder disciplinar, o empregador tem direito de aplicar sanções aos seus empregados que desobedeçam às suas ordens.*²⁵

Observa-se a importância do Poder de Organização, pois dele resulta o direito de o empregador elaborar um regulamento de empresa, no qual, serão determinadas normas gerais internas, como regras de comportamento disciplinar. Validamente constituído, o regulamento de empresa faz lei entre as partes.

Uma das principais finalidades das normas laborais é a de garantir o direito à dignidade das partes envolvidas na relação de emprego. A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 170 sobre a importância deste direito: "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)"²⁶

A discricionariedade do empregador de administrar sua empresa, através dos poderes de organização, controle e disciplinar, não se confunde com o poder arbitrário. A discricionariedade está dentro dos limites permitidos em lei, enquanto o arbítrio excede o que dispõe na lei.

A dificuldade é estabelecer limites entre o direito à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador, sem que haja ofensa aos princípios constitucionais e trabalhistas. Serão estudadas a seguir maneiras pelas quais estes direitos possam conviver de forma harmônica e pacífica.

4.2 Limitações do poder diretivo do empregador

A Consolidação das Leis do Trabalho proíbe em seu artigo 483 que o empregador ofenda a honra e a boa fama do empregado.²⁷ Destarte, não só os crimes contra a honra, mas outras condutas capazes de ofender o empregado na sua dignidade pessoal. O mesmo artigo proíbe, ainda, o tratamento com rigidez excessiva pelo empregador, ou seja, a aplicação do poder diretivo de forma abusiva.

Paulo Eduardo V. Oliveira esclarece que:

A identificação da necessidade de proteção jurídica da dignidade do empregado aparece em múltiplas restrições ao exercício da autonomia con-

*tratural pelo empregador, incidindo e integrando o conteúdo do contrato de trabalho.*²⁸

Considerando que a privacidade e a intimidade constituem um dos atributos inerentes à dignidade da pessoa humana, há de se concluir que nas relações de trabalho estes princípios são basilares. A sua aplicabilidade é indiscutível. Para que se tenha o devido respeito à dignidade humana, a fiscalização das correspondências dentro das empresas deverá ser respaldada no bom senso, de maneira limitada e razoável.

A respeito da matéria, Alice de Monteiro Barros ilustra:

*Assim, embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécie dos "direitos da personalidade" consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial.*²⁹

A própria Declaração dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo 29 afirma que:

*Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.*³⁰ (grifos nossos)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, foi um marco da internacionalização dos direitos fundamentais, incluindo-se entre eles o direito à intimidade e à vida privada.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga afirma que:

[...] é relevante destacar que o próprio regulamento, ao estabelecer as normas de conduta do empregado, de certa forma, limita o poder empregatício do empregador, fazendo com que o mesmo respeite o

que foi entabulado, pois, através do regulamento empresarial, são traçadas as normas fundamentais quanto ao modo de exercício do trabalho por todos os integrantes do pacto contratual.³¹

Portanto, o fato de a empresa disponibilizar o correio eletrônico como ferramenta de trabalho, não deve permitir que a interceptação deste seja feita sem nenhuma comunicação prévia, considerando-se ato lesivo aos direitos fundamentais do empregado a ausência desta comunicação. Na fiscalização eletrônica pelo empregador, respeitar-se-á ao máximo a privacidade e intimidade do empregado, constando no regulamento da empresa, no contrato de trabalho ou convenção coletiva as normas a serem seguidas.

4.3 O Poder Diretivo sobre os e-mails dos empregados na esfera laboral

Primeiramente, deve-se estabelecer a distinção entre e-mail corporativo de e-mail particular.

O e-mail corporativo é aquele cedido aos trabalhadores pela empresa. É criado pelas empresas em seus servidores, possuem a identificação da empresa em seu endereço e é uma ferramenta de uso exclusivo para o trabalho, além de serem acessadas pelos computadores da empresa. Ao utilizá-lo, o empregado age como funcionário da empresa. Já o e-mail particular veicula mensagens pessoais, sendo que cada pessoa que o utiliza possui o seu endereço eletrônico.

Com maestria, Rúbia Zanotelli de Alvarenga nos ensina que:

Toda conduta empresarial constrangedora ou desagradável, capaz de acarretar uma situação vexatória ao empregado, em virtude do controle indevido do uso do seu email, caracterizará transgressão à sua privacidade e à sua intimidade.³²

O e-mail corporativo é um instrumento de trabalho e, em determinadas ocasiões e com determinadas políticas de monitoramento, é possível que o empresário possa conhecer o conteúdo desses emails. Esta prerrogativa tem limites constitucionais, pois o trabalhador tem o direito à inviolabilidade das comunicações e ao direito ao exercício de trabalho em condições dignas, direitos estes, elencados na Constituição Federal de 1988.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga afirma que:

Quando o e-mail for corporativo, por se tratar de uma ferramenta de trabalho, porque destinado à realização do serviço, será possível ao empregador acessar o conteúdo material do mesmo por meio

de rastreamento, desde que haja prévia comunicação ao empregado da fiscalização no regulamento da empresa e desde que não o faça de forma abusiva.³³ (grifos nossos)

As correspondências estão protegidas pelo direito à privacidade (art. 5º, inciso XII da CR/88) e pelo direito à intimidade (art. 5º, inciso X da CR/88), cabendo ao empregador estabelecer limites de forma clara no regulamento interno da empresa ou no próprio contrato de trabalho ou convenção coletiva, sobre os e-mails corporativos, de modo que os empregados estejam cientes no momento da contratação.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII, prescreve que:

É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.³⁴

Prevê ainda em seu artigo 5º, inciso X: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."³⁵

Por uma interpretação restrita, deve-se entender que a correspondência eletrônica está incluída nesta proteção, uma vez que se trata de uma forma de comunicação pessoal, privada.

O princípio da inviolabilidade da correspondência se expressa como um amparo indireto ao direito à intimidade e à privacidade.

Em 2006 foi publicada uma decisão no Diário de Justiça de Minas Gerais, a respeito dos limites de uso dos e-mails corporativo e pessoal. Luiz Otávio Linhares Renault³⁶, relator da decisão, afirmou que o empregador pode instituir limites ao uso do computador da empresa, proibindo a sua utilização para fins pessoais, desde que o faça de forma clara, escrita ou verbal.

Destacou, ainda, que a violação da correspondência eletrônica somente poderia ocorrer em casos de extrema necessidade, para fins de prova em processo em que haja autorização judicial. O Relator salientou que a possibilidade de fiscalização de e-mails do empregado, ainda que em computador da empresa, é ato que poderia exceder os limites do empregador, uma vez que estaria violando a intimidade não só de seu empregado, mas de terceiro, aquele que recebeu ou enviou o e-mail e que não se encontra na disposição prevista pelo artigo 3º da CLT.

Enfim, Renault observou a importância da existência de um

ponto de equilíbrio entre os direitos constitucionais e o poder empresarial, garantindo a proteção efetiva ao direito à intimidade.

Desta forma, percebe-se a importância do questionamento referente à violação da privacidade e da intimidade do empregado quanto ao controle dos *e-mails* dentro das empresas.

Mori conclui que: "A perfeita compatibilidade entre o desenvolvimento da informática e uma segura proteção da vida privada é possível, basta a promulgação de leis eficazes e a justa sanção do seu descumprimento"³⁷.

Ressalta-se que os fundamentos da República Federativa do Brasil são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

O que não pode ser permitido é a intromissão indiscriminada ao conteúdo das comunicações, devendo ser estabelecidas regras para o uso profissional do *e-mail* corporativo seja no contrato de trabalho, no regulamento da empresa ou nas convenções coletivas de trabalho. Assim, ao empregado é posto o direito de reserva de dados pessoais, com interferências externas mínimas.

Deste modo, no instante da contratação do empregado, por meio de termo de ciência, o empregador deve esclarecer a política da empresa quanto ao monitoramento do *e-mail* e seus usos permitidos. De tal modo, não restará qualquer dúvida quanto o seu fim e a ausência de privacidade quando do envio e recebimento do correio eletrônico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conciliação do interesse do empregador em defesa do seu patrimônio com o respeito à dignidade do trabalhador é fundamental para que se alcance uma solução passível ao conflito apresentado. A fiscalização deve ser feita através de métodos razoáveis, de modo a não submeter o empregado a situações que violam a sua intimidade e privacidade. Deve existir uma comunicação prévia, através de uma política interna de uso dos *e-mails*, estabelecendo aos trabalhadores que o correio eletrônico pertence à empresa, que não deve ser usado para fins pessoais e que o empregador tem o direito, não o dever, de monitorar o conteúdo das mensagens.

A garantia da dignidade humana se sobrepõe ao poder diretivo dos empregadores, limitando esse poder e protegendo os empregados, sendo inadmissível que a propriedade dos meios de trabalho possa violar os direitos fundamentais dos empregados tutelados na Constituição Federal. O simples fato de o empregador colocar à disposição do empregado a correspondência corporativa como ferramenta de trabalho, não valida a fiscalização sem uma justificativa prévia, sob pena de afrontar os direitos fundamentais da intimidade e privacidade.

Aquele que teme violação de sua intimidade ou privacidade na

esfera laboral não dispõe de um meio de tutela eficaz, pois a legislação ordinária trabalhista é omissa a respeito do assunto. Porém, encontram-se princípios e regras gerais que podem e devem ser empregadas ao caso concreto, enquanto não é elaborada nenhuma regulação mais específica. O ideal seria assegurar ao empregado a tutela preventiva, capaz de impedir a realização do dano.

É necessária a comunicação prévia ao empregado a respeito da fiscalização do *e-mail* corporativo, através do contrato de trabalho, regulamento interno ou convenção coletiva, sendo indispensável à presença de um representante sindical para garantir os direitos do empregado.

Diante disso, só resta admitir a necessidade da regulamentação da matéria, sobretudo para fins de maior segurança das relações de trabalho, perante a ausência no contrato de trabalho ou de regulamento interno da empresa compreende-se a tolerância do uso da ferramenta de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os limites do poder fiscalizatório do empregador quanto ao monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8096>. Acesso: 08 de maio de 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTR, 1997.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, 1943. 18.ed. São Paulo: Rideel, 2012.

-. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 15.ed. São Paulo: Rideel, 2009.

-. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. Processo: AIRR - 305840-29.2005.5.09.0013 Data de Julgamento: 06/05/2009, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?acao=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 305840-29.2005.5.09.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAIHVAAL&dataPublicacao=22/05/2009&query=maria cristina irigoyen>>. Acesso: 08 de maio de 2013.

CALVO, Adriana. O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de Trabalho. São Paulo: LTR, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. - 10 ed. - São Paulo: LTR, 2011.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Revista do Tribunal Regional do

Trabalho da 3ª Região. Minas Gerais. ISSN 0076/8855. n.80, jul/dez. 2009.

KRAUSPENHAR, Rogério. Os limites do poder disciplinar do empregador. São Paulo: LTR, 2001.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Glaucia Gomes Vergara; CALVET, Otavio Amaral; SIVOLELLA, Roberta Ferme. As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: Direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas Judiciais e Pretensões Cabíveis. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Minas Gerais. ISSN 0076/8855. n.80, jul/dez. 2009.

MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges. Direitos Sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTR, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2007.

MORI, Michele Keiko. Direito à intimidade versus informática. - Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. O dano pessoal no direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2002.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos>>. Acesso: 23 de maio de 2013.

RANGEL, Douglas Eros Pereira. Efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível: uma análise sob a ótica do neoconstitucionalismo. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Minas Gerais. ISSN 0076/8855. n.82, jul/dez. 2010.

NOTAS DE FIM

1 Graduada de Bacharelado em Direito no Centro Universitário Newton Paiva

2 MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.2

3 MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges. Direitos Sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTR, 2008.

4 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. - 10 ed. - São Paulo: LTr, 2011, p.82

5 ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos>. Acesso: 23 de maio de 2013

6 MONTESSO, FREITAS E STERN, 2008, p.350

7 MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Glaucia Gomes Vergara; CALVET, Otavio Amaral; SIVOLELLA, Roberta Ferme. As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: Direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas Judiciais e Pretensões Cabíveis. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Minas Gerais. ISSN 0076/8855. n.80, jul/dez. 2009., pg.86.

8 MORAES, 2007, p.23

9 MORAES, 2007, p.22

10 MONTESSO; FREITAS; STERN, 2008

11 RANGEL, Douglas Eros Pereira. Efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível: uma análise sob a ótica do neoconstitucionalismo. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Minas Gerais. ISSN 0076/8855. n.82, jul/dez. 2010, pg.93.

12ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos>>. Acesso: 23 de maio de 2013.

13BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTR, 1997.

14BARROS, 1997.

15 Ibid, p.28

16 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 15.ed. São Paulo: Rideel, 2009.

17 BARROS, 1997, p.172

18 BRASIL, 1988.

19CALVO, Adriana. O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

20GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Minas Gerais. ISSN 0076/8855. n.80, jul/dez. 2009, pg.32.

21BRASIL, 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho Proc. NºTST-RR-3.058/2005-013-09-00.5. Ministra Relatora: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 2009. Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AI3RR30584029.2005.5.09.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAIHVAAL&dataPublicacao=22/05/2009&query=maria cristina irigoyen](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AI3RR30584029.2005.5.09.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAIHVAAL&dataPublicacao=22/05/2009&query=maria%20cristina%20irigoyen)>. Acesso: 08 de maio de 2013.

22 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, 1943. 18.ed. São Paulo: Rideel, 2012.

23 BRASIL, 1943.

24 GEMIGNANI T, GEMIGNANI D., 2009, pg.25

25 KRAUSPENHAR, Rogério. Os limites do poder disciplinar do empregador. São Paulo: LTR, 2001.

26 BRASIL, 1988.

27 BRASIL, 1943.

28 OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. O dano pessoal no direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2002, p.87

29 BARROS, 1997, p.32

30 ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos>. Acesso: 23 de maio de 2013

31ALVARENGA. Rúbia Zanotelli de. Os limites do poder fiscalizatório do empregador quanto ao monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8096>> Acesso: 08 de maio de 2013.

32ALVARENGA. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8096>> Acesso: 08 de maio de 2013.

33ALVARENGA. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8096>>. Acesso: 08 de maio de 2013.

34BRASIL, 1988.

35BRASIL, 1988.

36BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. E-mail - Limite. [...]. Recurso Ordinário 00997-2005-030-03-00-6. Relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. Minas Gerais, 13 de maio de 2006. <<<http://www.trt3.jus.br/jurisprudencia>>>. Acesso: 27 de maio de 2013.

37 MORI, Michele Keiko. Direito à intimidade versus informática. - Curitiba: Juruá, 2001, p.83

O FENÔMENO DA DUPLA PATERNIDADE À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

Bárbara Rodrigues Faria¹

RESUMO: O presente estudo se propõe a realizar uma análise da evolução do direito de família, com o intuito de demonstrar que, sob a ótica do atual ordenamento jurídico, o fenômeno da dupla paternidade é perfeitamente possível. Para tanto, a presente pesquisa se concentrará na exploração do conceito histórico de família, abordando o seu modelo quando ainda regida pelo Código Civil de 1916, as influências advindas da constitucionalização do Direito, e a sua concepção contemporânea à Luz da Constituição da República de 1988 e do Código Civil de 2002. Ademais, também serão objeto do nosso estudo o atual conceito de paternidade e a lei de registros públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização; Família; Dignidade da Pessoa Humana; Paternidade; Afetividade.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

A família, em seu conceito histórico, traz uma bagagem conceitual extremamente conservadora, em um tempo em que a figura do casamento era tida como instrumento político e financeiro com fins de adquirir ou aumentar a riqueza e o poder. Por esta razão, a figura da separação e do concubinato eram absolutamente marginalizadas da sociedade, de modo que, uma vez casados, os cônjuges estariam fadados à convivência vitalícia.

Sob a influência da constitucionalização do Direito Civil, verificou-se uma significativa mudança de comportamento e pensamento na sociedade, implicando em significativas mudanças em todo o ordenamento jurídico, inclusive no direito de família.

O conceito de família e paternidade, agora influenciados pela Constituição de 1988, sofreram significativas evoluções com fins de amparar as novas situações jurídicas existentes.

Atualmente, tem se tornado cada vez mais comum a existência de mais de um indivíduo exercendo a função de pai de uma única pessoa, submetendo o judiciário à análise acerca da possibilidade ou não da dupla paternidade.

Assim, na presente pesquisa realizou-se um estudo acerca da evolução do direito de família, de modo a identificar o atual conceito de família e de paternidade. Além disso, realizou-se uma detida análise da lei de registros públicos, tudo com fins de averiguar a possibilidade ou não da dupla paternidade à luz do atual ordenamento jurídico.

Com efeito, a presente pesquisa demonstrará a legalidade da dupla paternidade, comprovando que ela está amparada pelo atual conceito de família e paternidade, bem como pela lei de registros públicos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Quando regida pelo Código Civil de 1916, a família, diretamente influenciada pelos valores advindos da Revolução Industrial, era modelada sob um aspecto absolutamente hierarquizado e patriarcal cuja formação estava diretamente ligada aos laços patrimoniais e políticos. Sua formação se dava, não pela existência de afeto recíproco – que nesta época era sequer levado em consideração – mas sim pela união de outras famílias visando-se a formação, recuperação ou aumento de patrimônio ou força política. (ROSENVALD E FARIAS, 2013; DIAS, 2005).

Por esta razão, era atribuído ao casamento um caráter vitalício, tendo-se como regra que somente a morte poderia dissolvê-lo. Sua dissolução era completamente abominada, tendo vista que representava a quebra do vínculo patrimonial e político entre as famílias e, via de consequência, a desestruturação da própria sociedade. A família somente era constituída através do patrimônio e a este se restringia, de modo que somente faziam parte dela o casal e os filhos oriundos do casamento – então chamados de filhos legítimos. Grande discriminação pesava sobre aqueles que, por ventura, se unissem sem o matrimônio. E diferente não era com seus filhos, sejam eles legítimos ou ilegítimos - oriundos das relações extraconjugais.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias destacam que:

[...] toma-se como ponto de partida o modelo patriarcal, hierarquizado¹⁰ e transpessoal da família, decorrente das influências da Revolução Francesa sobre o Código Civil brasileiro de 1916. Naquela ambientação familiar, necessariamente

te matrimonializada, imperava a regra "até que a morte nos separe", admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo do casamento. (ROSENVALD E FARIAS, 2013, p.40)

E Maria Berenice Dias completa que:

O Código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações.³⁷ As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e a filhos ilegítimos eram punitivas, exclusivamente para excluir direitos. (ROSENVALD E FARIAS, 2005, p.27)

Este contexto exteriora quão restritos eram os direitos e o próprio conceito de família à luz do Código Civil de 1916. Ressalte-se que o caráter extremamente político, patrimonialista e reprodutivo então atribuído às famílias e praticado pela sociedade nada mais é que uma herança do próprio códex que se preocupava, prioritariamente, com o direito de propriedade, com a liberdade de contratar e demais questões essencialmente patrimoniais. Este também era o comportamento característico de toda a sociedade, enquanto primordialmente regida pelo Código Civil de 1916 que, àquela época, era posto no centro do ordenamento jurídico, exercendo uma espécie de direito geral.

Luís Roberto Barroso destaca que "[...] o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento." (BARROSO, 2005, p.13)

E ainda:

[...] o Código Civil era documento jurídico que regia as relações entre particulares, frequentemente mencionado como a "Constituição do direito privado". Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil

era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. (BARROSO, 2005, p.13)

Ocorre, todavia, que não só o direito Civil, como todo o direito brasileiro, sofreu significativas mudanças com o advento da constitucionalização do Direito no Brasil, marcado historicamente pela promulgação da Constituição da República de 1988. A partir daí, se verifica a transformação do Direito – e, conseqüentemente, da sociedade – que, antes patrimonialista e negocial por influência do antigo Código, perde este caráter e muda seus valores com a centralização da Constituição da República no ordenamento jurídico.

A promulgação da Constituição da República de 1988 foi a grande travessia do Brasil para a democracia, estabilidade política e valorização da pessoa humana. Através dela, foram consagrados diversos direitos de cunho social, político, democrático e humano, tais como a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos sem distinção de origem, raça, sexo, cor e idade e o direito à igualdade. O ordenamento jurídico perde, portanto, o seu anterior caráter negocial e patrimonialista, e assume uma postura mais social, onde o fundamento principal é a dignidade da pessoa humana.

Tamanhas transformações trazidas pela nova Constituição foram suficientes para remodelar, não só o Direito Constitucional, mas também todo o ordenamento jurídico que, a partir de então, passa a submeter-se ao filtro constitucional, de modo que nenhuma outra norma permanece em desacordo com a Carta Magna.

Verifica-se, a partir daí, uma efetiva mudança da sociedade que, com o advento da Constituição da República de 1988, passa a evoluir à luz de novos conceitos e valores, instituídos pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, positivado pelo artigo 1º, III da nova Constituição da República. Perde-se, portanto, a característica patrimonialista e adota-se um comportamento mais social e humanitário, fazendo de todo o ordenamento jurídico um meio de promoção e proteção da dignidade do homem.

Maria Helena Diniz ensina que "[...] Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do Direito" (DINIZ, 2005, p. 58)

Diferente não é o entendimento do Professor Luis Roberto Barroso ao lecionar que:

O primeiro deles diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana na nova dogmática

jurídica. [...] No tema específico aqui versado, o princípio promove uma despatrimonialização⁷⁴⁾ e uma repersonalização⁷⁵⁾ do direito civil com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. (BARROSO, 2005, p.17)

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a nortear todo o ordenamento jurídico e diferente não foi com o Direito Civil que, diante das normas específicas, inclusive sobre o Direito das Famílias, trazidas pela Constituição de 1988, também foi profundamente modificado. Tratam-se de normas absolutamente diferentes das, outrora, estabelecidas no Código de 1916, tais como a igualdade entre os cônjuges, entre os filhos e a própria valorização da pessoa humana.

Luís Roberto Barroso cita que:

[...] A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como filtro axiológico pelo qual deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. [...] (BARROSO, 2005, p.17)

Ressalte-se ainda, a significativa influência da evolução da sociedade, gerada pelo novo ordenamento jurídico, no direito de família. Ocorre que a família, como elemento essencial da sociedade, sofre mutações e avanços de acordo com o surgimento de novos pensamentos, descobertas científicas e conquistas do homem. A família é o retrato dos valores da sociedade e, como tal, não se prende a um conceito imutável e vitalício, de modo que sempre estará em constante mudança, acompanhando e amoldando-se ao momento histórico vivido pela sociedade.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias discorrem que:

[...] a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um

futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes. (ROSENVALD E FARIAS, 2013, p. 41)

Assim, após o advento da Constituição da República de 1988, que gerou uma efetiva evolução da sociedade, a família deixa de ser uma entidade meramente representativa que visa tão somente o patrimônio e a força política, e se torna o instrumento através do qual será promovida e garantida a dignidade da pessoa humana. Ocorre a despatrimonialização e a personalização do direito, de modo que a pessoa humana se transforma no principal fim a ser tutelado.

Neste aspecto, a família deixa de ser um meio de sacrifício da pessoa humana na incessante busca por patrimônio e poder e se transforma no instrumento que promoverá a sua felicidade, bem estar e suporte emocional.

Citando Luis Edson Fachin e Cristiano Chaves de Faria, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que:

A família moderna elimina, assim, progressivamente, "a hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se então a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal em busca de sua aspiração à felicidade" (Luis Edson Fachin. Elementos críticos do direito de família, RJ: Renovar, 1999, PP. 289/291). Isto "permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna. Nesse novo ambiente, averbe-se que é necessário compreender a família como sistema democrático, substituindo a feição centralizadora e patriarcal por um espaço aberto ao diálogo entre os seus membros, onde é almejada a confiança recíproca" (Cristiano Chaves de Farias. Escritos de direito de família, RJ: Lumen Juris, 2007, p. 7) (JÚNIOR E NERY, 2011, p.1.125)

A família passa a ser um dos mecanismos de promoção da dignidade da pessoa humana e, como tal, recebe a especial pro-

teção do estado, garantida pela nova Constituição. Trata-se, na verdade, de claro reconhecimento por parte do ordenamento jurídico de que a proteção da família assegura a garantia à dignidade do homem.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias ressaltam que:

(...) a família deixa de ser encarada sob a ótica patrimonialista e como núcleo de reprodução, passando a ser tratada como um instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana, realçados seus componentes mais próximos à condição humana, tem-se, sem dúvida, uma redemocratização da estrutura familiar [...] (ROSENVALD E FARIAS, 2013, p. 44)

E ainda que:

(...) a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família. Superam-se, em caráter definitivo, os lastimáveis argumentos históricos de que a tutela da lei se justificava pelo interesse da família, como se houvesse uma proteção para o núcleo familiar e si mesmo. O espaço da família, na ordem jurídica, se justifica como um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana. (ROSENVALD E FARIAS 2013, p. 47)

Conclui-se daí, a clara necessidade de uma compreensão contemporânea da família, de forma a abranger seus atuais conceitos e evoluções decorrentes da própria sociedade, sempre à luz da dignidade da pessoa humana.

3 CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE FAMÍLIA

Em seu atual conceito, a família contemporânea, abandonando o seu anterior caráter meramente representativo e patrimonial, passa a considerar fenômenos culturais, emocionais e humanitários, tornando-se um meio através do qual o homem vivencia suas experiências de vida e promove sua realização pessoal e a sua felicidade. A família não mais se apresenta como um modelo único e uniforme, mas em suas diferentes estruturas baseadas, não só no cunho patrimonial e biológico, mas também sob um aspecto cultural, espiritual, afetivo e solidário.

Com a constitucionalização do direito, abandonou-se a ideia de

família como instituição produtiva e reprodutiva, adotando-se uma visão da família como forma de promoção da felicidade e da dignidade da pessoa humana, atribuindo maior valor às relações íntimas, de confiança e afetivas. (BARROSO, 2005; ROSENVALD E FARIAS, 2013).

A família deixa de ser composta apenas por marido, mulher e seus filhos havidos exclusivamente no casamento. E a diferença entre os filhos deixa de existir. O casamento deixa de ser vitalício, tornando-se cada vez mais comum o divórcio e, posteriormente, a formação de uma nova sociedade conjugal. Cresce o número de pessoas que se unem, sob uma mesma residência sem contrair, oficialmente, o casamento, assim como aumentam os casos de abandono familiar e, conseqüentemente, de adoção.

Diante de tamanhas evoluções, o conceito de família sofre profunda mudança e passa a abranger, não só o homem e a mulher unidos exclusivamente pelo matrimônio e os filhos dele resultantes, mas também as relações contraídas sob o afeto, a solidariedade e a afinidade, incluindo-se aí, as mais variadas formas de relacionamento, como a união estável, o próprio casamento, as relações homoafetivas, a adoção, dentre inúmeras outras.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias observam que:

Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. (ROSENVALD E FARIAS, 2013, p. 45)

Perceba, portanto, que, a partir de então, o conceito de família se estende e adota as relações de afeto, dedicação, reciprocidade de obrigações e interesses, solidariedade e dependência mútua. O afeto se torna um bem jurídico tutelável imprescindível à garantia da dignidade do homem e suscetível à criação de famílias.

Surgem assim, as famílias baseadas no afeto que, muitas vezes sem o vínculo biológico, são caracterizadas por solidariedade entre seus membros, como, por exemplo, o custeio de estudos e alimentação; o respeito, como é o caso de um dos membros que educa um menor transmitindo-lhe valores, experiências de vida e ensinamentos de caráter e comportamento; interesses comuns, verificado quando os membros se unem para o proveito comum de todos como, por exemplo, a compra de um imóvel, eletrodomésticos e utensílios domésticos; e o próprio afeto consistente na doação de carinho, amor, cuidado e presença em momentos importantes da vida humana.

Citam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias “[...]”

a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional" (ROSENVALD E FARIAS, 2013, p.70).

Assim, o conceito de família não pode mais ser visto através do olhar tradicional e restrito que antes lhe era atribuído, porquanto, o conceito contemporâneo abrange as mais diversas formas de relacionamento, sempre à luz dos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Citando Clóvis Bevilacqua, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apresentam o conceito de família, afirmando que:

Pode-se definir família como sendo o complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, e a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela. Altos interesses da moral e do bem estar social imprimem a este complexo de normas um caráter particular, e exigem, do direito, especial cuidado no estabelecê-las (Bevilacqua. CC, v. II, art. 180, p. 6). Pode-se acrescentar à definição clássica de Clóvis que o direito de família também cuida de estabelecer bases de segurança jurídica para resguardar as relações de afeto entre pessoas não unidas pelos vínculos do casamento, cuidando das relações de filiação, de parentesco e de solidariedade sociofamiliar entre elas, cuidando de preservar o patrimônio dos que se veem envolvidos em situações jurídicas de interesse de família. Não é de hoje que a família percebe as curiosas transformações do sistema de direito de família, sempre atenta ao fato de que essas regras cuidam do que há de mais íntimo dentro do estado moral de uma nação e, também, do que há de mais variável no tempo e no espaço da regulação civil (Gaudemet. Théorie, p.10). (JÚNIOR E NERY, 2011, p. 1.121)

E discorrem ainda:

A doutrina caminha para um conceito plural de família. "A família contemporânea pode ser conceituada como um conjunto, formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, em geral morando sob o mesmo teto,

e mantendo ou não a mesma residência (família nuclear). Pode ser formada por duas pessoas, casadas ou em união livre, de sexo diverso ou não, com ou sem filho ou filhos; um dos pais com um ou mais filhos (família monoparental); uma só pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada ou mesmo casada e com residência diversa daquela de seu cônjuge (família unipessoal); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (ascendentes, descendentes e colaterais, estes até o quarto grau, no Brasil, mas de fato podendo estender-se). Neste último caso, temos a família acessória (é admitida a herança, sem limite aos ascendentes e descendentes, embora os mais próximos excluam os seguintes, mas na linha colateral, no direito brasileiro, ficam limitados os parentes sucessíveis aos primos, que são parentes do quarto grau). Num sentido mais restrito desta, temos a família alimentar, que no direito brasileiro, abrange os ascendentes e descendentes (sem limite) e colaterais até o segundo grau, isto é, irmãos" (Semy Glanz. A família mutante. Sociologia e direito comparado, RJ: Renovar, 2005, p. 30) (JÚNIOR E NERY, 2011, p. 1.125)

Verifica-se, a partir daí, que, sob a ótica do atual ordenamento jurídico, a família não é somente criada pelos laços biológicos, mas também pelos laços de afeto e solidariedade. Significa dizer que é perfeitamente possível que aquele que, sem nenhum vínculo biológico, cria, educa, alimenta, auxilia, concede carinho e participa ativamente da vida de um indivíduo, seja reconhecido como seu pai. Assim como, dois indivíduos que partilham da mesma educação, são criados pela mesma pessoa e estabelecem convivência, podem ser tidos como irmãos, ainda que inexistente qualquer vínculo biológico. Grande exemplo é o instituto da adoção que dá a determinado indivíduo uma família sócio-afetiva completa sem, na maioria das vezes, nenhum vínculo biológico.

Conclui-se, portanto, que família é aquela que, havendo vínculo biológico ou não, estabeleça entre seus membros uma relação de solidariedade, convivência, presença, ensinamentos, transmissão de valores, educação, respeito e afeto.

4. CONCEITO DE PATERNIDADE

Com o surgimento de novos modelos de família, também se consolidaram novas formas de filiação oriundas da nova realidade vivida pela sociedade. Atualmente, o ordenamento jurídico conceitua três distintas formas de paternidade, quais sejam: a paternida-

de legal, a paternidade biológica e a paternidade presumida, que serão atribuídas a cada caso concreto a que melhor se aplicar.

A paternidade biológica é aquela identificada através do material genético de pai e filho mediante a realização do exame de DNA. É através dela que se verifica quem foi o sujeito responsável pela doação do material genético que gerou uma nova vida.

É de grande importância, porquanto, inerente à concepção da pessoa humana, isto é, representa a origem de tudo, inclusive do próprio homem, através da reprodução. Somente através do material genético fornecido pelo pai biológico é que se dá existência ao filho. Por esta razão, o conhecimento da paternidade biológica é muitas vezes almejado e, até mesmo, importante para o filho, por permitir o autoconhecimento de cada indivíduo no que se refere à sua história, à sua origem e à sua genética.

Ademais, também se verifica como modalidade de paternidade a chamada paternidade legalmente presumida que, conforme destacam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, é constituída mediante uma presunção criada pelo ordenamento jurídico, de que o bebê nascido de uma mulher casada é fruto do matrimônio, haja vista que considerada a fidelidade recíproca do casal, em razão do matrimônio. *In verbis*:

[...] considerando que as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como admitindo a exclusividade (decorrente da fidelidade existente entre elas) dessas conjunções carnavais entre o casal, infere-se que o filho nascido de uma mulher casada, na constância das núpcias, por presunção, é do seu marido.

É a máxima absorvida do Direito Romano pela expressão pater is est quem justae nuptiae demonstrant (o pai é aquele indicado pelas núpcias, pelo casamento) (ROSENVALD E FARIAS, 2013, p. 661)

Maria Berenice Dias também cita que "(...) o critério jurídico, previsto no Código Civil e que estabelece a paternidade por presunção, independente da correspondência ou não com a realidade (1.597);" (DIAS, 2005, p. 331).

A relativização da paternidade legal se justifica no fato de que, embora tenha sido positivada no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, diante dos inúmeros avanços tecnológicos, inclusive ligados à ciência, a presunção legal poderá ser facilmente desconstituída através o exame de DNA, ou seja, da verificação da paternidade biológica.

Saliente-se, contudo, que não obstante a existência de método eficaz à confirmação da paternidade biológica, em razão do conceito de família contemporâneo, o ordenamento jurídico admi-

te a figura da paternidade socioafetiva que, como o próprio nome sugere, refere-se ao vínculo de pai e filho criado através do afeto, respeito, obrigações mútuas e solidariedade.

Referida modalidade permite a que o vínculo de pai e filho seja formado por duas pessoas sem qualquer vínculo biológico, desde que, de fato, o papel do pai seja cumprido. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias explicam:

O pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de adoção de fato

É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, expõe o foro íntimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles e que se toma a lição de casa ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam. (ROSENVALD E FARIAS, 2013, p.691)

Com efeito, a figura do pai não está atrelada unicamente a um laço consanguíneo, mas também, e principalmente, a uma função consistente no preenchimento de necessidades básicas de qualquer indivíduo, tais como educação, carinho, afeto, solidariedade, presença, companheirismo e ensinamentos, sendo, portanto, irrelevante a existência ou não de um vínculo biológico.

Significa dizer que é perfeitamente possível atribuir a paternidade a uma pessoa que, mesmo sem qualquer vínculo genético com o filho, é capaz de exercer a função de pai através da convivência, do respeito, da subsistência alimentar e emocional. Trata-se de um conceito que, assim como a atual concepção de família, é firmado com base no afeto, na solidariedade e respeito mútuo.

Atualmente, a paternidade socioafetiva é implicitamente reconhecida pela Constituição da República, na medida em que consiste em meio claro de garantia à dignidade da pessoa humana, não só através do reconhecimento jurídico de uma relação que, muitas vezes, já está consolidada na prática, mas também ao permitir que todo e qualquer indivíduo tenha um pai ou um filho, independentemente do vínculo biológico.

O reconhecimento da paternidade socioafetiva também está presente no Código Civil de 2002, ao permitir o parentesco resultante tanto da consanguinidade, como de qualquer outra origem. Verifica-se, ainda, que o enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil da CEJ também reconhece o afeto como forma de constituição de paternidade ao dispor "256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil".

Assim, verifica-se que, atualmente, sob o atual ordenamento jurídico, o vínculo de paternidade pode se dar através de uma presunção legal, de um laço biológico e de um vínculo afetivo.

Destaca-se, que a existência de uma das formas de paternidade não exclui a existência de outra, sendo perfeitamente possível o estabelecimento de dois vínculos paterno-filiais ao mesmo tempo, com relação a uma mesma pessoa.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues afirmam que:

Não se trata aqui de relações excludentes ou mutuamente impeditivas, mas complementares. O paradigma plural contemporâneo abandonou a perspectiva de exclusão; agora, trata-se da multiplicidade de papéis que são todos cabíveis em uma relação parental, mesmo que se trate de paternidade e/ou maternidade. [...] (TEIXEIRA E RODRIGUES, 2009, p. 45)

Belmiro Pedro Welter também defende:

[...] não ser correto afirmar, como faz a atual doutrina e jurisprudência do mundo ocidental, que "a paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica" ou que "a paternidade biológica se sobrepõe à paternidade socioafetiva", isso porque ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas [...] (WELTER, 2009, p. 122)

Diante dos novos comportamentos apresentados pela sociedade, tornou-se absolutamente comum a existência de dois indivíduos exercendo na vida de outrem a função de pai, havendo, muitas vezes, a figura do pai socioafetivo, contribuindo com a educação, carinho, afeto, respeito, solidariedade, presença, etc., e o pai biológico que, contribuindo ou não com tudo isto, foi o responsável por conceder o material genético e, portanto, é parte da origem do filho.

As possibilidades são inúmeras, tais como a história da mulher grávida que, sem qualquer vínculo com pai biológico de seu filho, vem a ter novo relacionamento afetivo, cujo companheiro assume e registra a criança como se seu filho fosse. Tempos depois este indivíduo, que já adquiriu um vínculo paterno-filial com o companheiro de sua mãe, vem a ter contato com seu pai biológico que, por ter contribuído com o material genético que lhe deu origem, assumiu inúmeras responsabilidades decorrentes da sua paternidade; ou ainda, uma situação hipotética em que o indivíduo mantém vínculo afetivo com seu pai biológico, contudo, este

vem a falecer e, posteriormente, a mãe vem a ter novo relacionamento afetivo, em que o companheiro, movido pelo afeto, assume a condição de pai do indivíduo; pode-se destacar ainda, a frequente situação de um indivíduo criado por pai adotivo que, reencontra seu pai biológico; ou ainda, a própria paternidade presumida de um pai que, acreditando ter vínculo biológico com a criança gerada por sua esposa, em decorrência da fidelidade esperada na constância do matrimônio, descobre que o vínculo biológico advém de outro homem que, portanto, também possui responsabilidades como pai.

Corroborando com este entendimento, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior discorrem que:

A mesma lógica da multiplicidade parental pode ser observada também quando a socioafetividade se instalou na inexistência de outro elo filial, cujo reconhecimento venha a ser solicitado posteriormente. Permitida a pluralidade de vínculos, mesmo que a emergência da filiação socioafetiva tenha se dado anteriormente à biológica, o reconhecimento desta última ainda será viável. Dessa forma, assegura-se ao filho, que assim pretender, o conhecimento de sua linha ascendente genética, sem prejuízo do pai ou da mãe socioafetivo conquistado.⁴³ Em sentido inverso, também poderá providenciar tal reconhecimento o(a) genitor(a), preservando-se o seu direito de ser qualificado por pai ou mãe, mas também a relação parental do filho precedentemente estruturada. (ALMEIDA E JÚNIOR, 2010, p.382/383)

Perceba que a dupla paternidade já se tornou uma realidade vivida pela sociedade que, cada vez mais, se impõe perante o ordenamento jurídico. Destaca-se que o Direito deve sempre evoluir de acordo com a mentalidade da sociedade, buscando sempre regulamentar, interpretar, acompanhar e tutelar os anseios sociais. Conforme bem afirma Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues "[...] tal fenômeno já é corriqueiro na prática. Cabe ao Direito, então, jurisdicizá-lo [...]" (TEIXEIRA E RODRIGUES, 2009, p. 45).

Com efeito, inúmeras são as situações fáticas apresentadas pela sociedade passíveis – ou melhor dizendo – carecedoras do reconhecimento da dupla paternidade que, conforme amplamente demonstrado, é perfeitamente possível à luz do atual ordenamento jurídico brasileiro.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior afirmam que "[...] Logo, se a ideia é de acréscimo, não parece haver obstáculo à defesa, nestes casos, do reconhecimento de uma

segunda mãe ou de um segundo pai socioafetivo" (ALMEIDA E JÚNIOR, 2010, p. 381).

O mesmo pensamento é compartilhado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues:

Defendemos a multiparentalidade como alternativa de tutela jurídica para um fenômeno já existente em nossa sociedade, que é fruto, precipuamente, da liberdade de (des) constituição familiar e da consequente formação de famílias reconstituídas. (TEIXEIRA E RODRIGUES, 2009, p. 46)

Por fim, concluem Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

[...] parece permissível a duplicidade de vínculos materno e paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico pré-estabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento de paternidade ou maternidade biológica. (ALMEIDA E JÚNIOR, 2010, p. 383)

Com efeito, a duplicidade de paternidade, não só é possível à luz do atual ordenamento jurídico, como já se trata de um fato vivido pela sociedade, merecendo, portanto, a tutela estatal através da inclusão de ambos os pais no registro do filho.

5 LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

Devidamente demonstrado que o atual conceito de paternidade permite o seu exercício por mais de um indivíduo com relação a uma só pessoa, é necessário discorrer também acerca da Lei de Registros Públicos, de modo a demonstrar a legalidade da dupla paternidade.

Necessário destacar, inicialmente, que a lei nº 6.015/73, que dispõe acerca dos registros públicos, por se tratar de legislação antiga, anterior inclusive à atual Constituição da República, carece de urgente reforma para se adequar às atuais exigências impostas pela sociedade e pelo ordenamento jurídico.

Registre-se, contudo, que foram realizadas algumas modificações na referida lei desde a sua entrada em vigor, mas que não foram suficientes para abarcar as evoluções sofridas no âmbito do direito de família.

Assim, uma vez considerando que a matéria de registros públicos é regida por legislação remota, imprescindível se faz a atuação do intérprete para fins de alcançar a sua adequação social no tempo vigente.

Especificamente com relação à filiação, a lei 6.015/73 dispõe,

em seu artigo 60, que "o registro conterá o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, quando qualquer deles for o declarante".

Perceba que, em sua redação, o artigo dispõe apenas que o pai constará no registro do filho, sem delimitar qualquer quantidade ou o conceito de pai.

Dessa forma, deverá o intérprete aplicar a lei além da estrita legalidade, utilizando-se das demais normas existentes no ordenamento jurídico. Para tanto, deverá o julgador utilizar-se da hermenêutica constitucional, identificando a necessidade social (nesse caso, o reconhecimento da dupla paternidade) e utilizar a norma positivada juntamente com as demais existentes, tais como os princípios constitucionais, de modo a promover a decisão mais adequada ao caso concreto.

Conforme leciona Luis Roberto Barroso:

As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como de ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação (BARROSO, 2005, p. 7).

Destarte, uma vez sendo a lei de registros públicos abstrata, dispondo tão somente que o pai constará no registro, sem especificar o conceito de paternidade para os fins da lei ou delimitar qualquer quantidade, deverá o intérprete aplicá-la à luz da nova interpretação constitucional, atribuindo a ela uma valoração de abrangência e sentido.

Com efeito, a norma contida no Artigo 60 da lei nº 6.015/73 deverá ser aplicada, de modo a promover a junção da lei abstrata com o conceito de paternidade criado pela doutrina e jurisprudência, considerando-se ainda o direito de família contemporâneo.

Assim, se o conceito de paternidade e o atual direito de família permitem que a paternidade seja exercida por mais de um

indivíduo com relação a uma mesma pessoa e a lei dispõe somente que o pai constará no registro sem apresentar qualquer outra delimitação, deverá esta ser interpretada de forma extensiva para permitir a dupla paternidade.

Registre-se, por fim, que o ordenamento jurídico já vem evoluindo no sentido reconhecer a inclusão de um segundo pai no registro do filho. Ocorre que a lei de registros públicos, sofreu recente modificação através da lei 11924/09, que incluiu o 8º parágrafo no artigo 57 da lei 6.015 para permitir que o (a) enteado (a) possa incluir em seu registro de nascimento o nome de família de seu padrasto.

Trata-se, na verdade, de claro reconhecimento do ordenamento jurídico de que, existindo ou não um vínculo com o genitor, poderá o filho estabelecer uma relação socioafetiva para com o padrasto, a ponto, inclusive, de acrescentar em seu nome, o sobrenome do padrasto.

Verifica-se, portanto, que, à luz do direito de família contemporâneo e do atual conceito de família atrelados à norma contida na lei 6.015/73, o instituto da dupla paternidade encontra total amparo no atual ordenamento jurídico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dupla paternidade corresponde a uma nova situação fática cada vez mais frequente na sociedade e, como tal, impõe a adequação do direito diante das necessidades sociais.

Com efeito, não se mostra plausível impor ao filho que escolhe apenas um daqueles que exercem a função de pai, excluindo-se o outro que, igualmente, exerce papel fundamental em sua vida ou que, contribuindo com o material genético, lhe deu origem.

A medida que se impõe é que seja atribuído a ambos os pais, que exercem esta função, o efetivo reconhecimento através da inclusão de ambos no registro do filho.

Ora, se mais de uma pessoa preenche o conceito de paternidade, ambos deverão ser reconhecidos como pai, não sendo razoável admitir que um deles se sobreponha ao outro, quando na verdade possuem o mesmo lugar na vida do filho.

A figura da dupla paternidade, já é uma realidade na sociedade civil e, assim, merece a tutela estatal, de modo a promover e assegurar os princípios constitucionalmente previstos tais como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Destarte, analisada a evolução da sociedade e a atual concepção de família e de paternidade, se torna inevitável a conclusão de que a dupla paternidade está implicitamente amparada pelo ordenamento jurídico.

Conforme demonstrado, pai é aquele que cumpre com a função de educar, ensinar, estar presente, respeitar e ser respeitado, doar afeto, carinho e solidariedade e também aquele que, fornecendo ou não tudo isto, é o responsável pelo material genético que deu origem à vida.

Citando Rodrigo da Cunha Pereira, Nelson Rosenthal e Cris-

tiano Chaves de Farias discorrem que:

a filiação "constitui, segundo a Psicanálise, uma função. É essa função paterna exercida por um pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção..., enfim, aquele que exerce uma função de pai. (ROSENVALD E FARIAS, 2013, p.691)

Com efeito, a paternidade será constituída não só através da concessão de material genético, mas também através de uma função a ser cumprida.

Assim, havendo duas pessoas que preencham o conceito de paternidade na vida de um único filho, compete ao ordenamento jurídico reconhecer e tutelar ambas as relações, através da inclusão de ambos no registro do filho.

Com efeito, aplicar-se-á a lei de registros públicos utilizando-se dos novos métodos hermenêuticos constitucionais de interpretação, conjuntamente com a atual concepção de família e paternidade, permitindo assim, a figura da dupla paternidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 03 Mar. 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro - São Paulo: Francisco Alves. 1955.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASIL. *Lei nº. 10.406* de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 05 mar. 2013.

BRASIL. *Lei nº. 11.924* de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 abr. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm> Acesso em: 05 mar. 2013.

BRASIL. *Lei nº. 6.015* de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm> Acesso em: 05 mar. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 574 p.

FACHIN, Luis Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. 1.094 p.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. . rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1.758 p.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.11, n.10, p. 34-60, jun./jul. 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional no Direito de Família: Reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.8, n.8, p. 104-123, fev./mar. 2009.

NOTAS DE FIM

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Newton - E-mail: barbara-faria1@gmail.com

O ICMS TURÍSTICO E A LEI HOBIN HOOD

Luciano Guimarães França

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a distribuição dos valores do ICMS para os municípios do Estado de Minas Gerais, com base na Lei Robin Hood. Tal lei tem como propósito a distribuição de tal recurso de uma maneira mais justa, igualitária e coesa, de acordo com alguns critérios específicos. O foco principal deste trabalho será analisar, especificamente, a distribuição do ICMS turístico, embasado na Lei supracitada. A lei existe e está em vigor desde o ano de 2010, e aqui será analisada sua eficácia e aplicabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS. ICMS turístico. Lei Robin Hood. Incentivo fiscal. Distribuição de renda.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Tributário

1 INTRODUÇÃO

Na organização de um país, pode ser verificada a importância dos municípios, tanto no que diz respeito à descentralização do poder estatal, quanto aos investimentos econômicos do país. Quando se trata do repasse do ICMS, este é definido pela Constituição de 88, mas cabe a cada Estado estipular a forma como será realizado esse repasse.

De acordo com o art. 158 da Constituição de 88:

*Art. 158. Pertencem aos Municípios:
IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. (BRASIL, 1988).*

Considerando a extensão geográfica e grande diversidade do Estado de Minas Gerais, pode-se perceber que não poderia haver tal divisão de recursos de maneira igualitária entre os municípios, bem como não se poderia considerar pura e simplesmente a população como critério para tal divisão.

Assim, surgiu a Lei Robin Hood, como proposta de solução para a divisão de recursos de uma maneira mais justa e considerando critérios de suma importância. São, ao todo, dezoito critérios, definidos através da Lei Estadual nº 18.030, de 12 de janeiro de 2009, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010.

A Lei Hobin Hood e a repartição que é dada pela cota-parte do ICMS aos municípios, tem como objetivo primordial a descentralização das rendas, no intuito de obter cidades menos dependentes economicamente, proporcionando, dessa maneira, uma melhora na qualidade de vida de suas populações. Além de incentivar o aumento da arrecadação dos mu-

nicipios e otimizar a aplicação de recursos em determinadas políticas sócias, dantes nem sempre focadas.

O presente trabalho tem como objetivo geral a análise da Lei Robin Hood, e como objetivos específicos identificar e criticar sua aplicabilidade e funcionalidade prática. Este estudo se justifica pela pouca discussão sobre o tema, que é de fundamental relevância para o aumento na receita dos municípios, bem como a otimização do turismo regionalizado no Estado de Minas Gerais. Foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica.

Segundo Marconi e Lakatos (1992),

[...] a pesquisa bibliográfica permite compreender que, se de um lado a resolução de um problema pode ser obtida através dela, por outro, tanto a pesquisa de laboratório quanto à de campo (documentação direta) exigem, como premissa, o levantamento do estudo da questão que se propõe a analisar e solucionar. A pesquisa bibliográfica pode, portanto, ser considerada também como o primeiro passo de toda pesquisa científica. (p. 44)

2 ICMS

Ao analisar a cobrança de impostos, pode-se perceber ao longo de toda a história que os impostos sempre existiram, eles apenas tiveram diversas nomenclaturas ao longo dos séculos.

Ao tratar especificamente do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), pode-se perceber que vem de longa data sua instituição, tanto dentro quanto fora do Brasil,

O tributo, como se conhece hoje, foi instituído na Grécia. Na Roma antiga já se cobravam impostos em virtude da importação de mercadorias e pelo consumo de qualquer bem. Com o passar do tempo, os tributos passaram a ser exigidos pelo Estado compulsoriamente como meio de manutenção de sua estrutura e visando prestar serviços de utilidade pública à população. (MASCARENHAS, 2004, p. 10).

No Brasil, por exemplo, a história do ICMS segue a seguinte ordem cronológica, mencionada por Flávio Diamante (2013):

Como impostos incidentes sobre vendas de mercadorias ao longo do século XX, se sucederam o IVM (Imposto sobre Vendas Mercantis de 1922 a 1936), o IVC (Imposto sobre Vendas e Consignações de 1936 a 1965), e o ICM (Imposto sobre Circulação de Mercadorias de 1965 a 1989). Na senda da TVA o ICM, lembrando a expansão do IVM para IVC, com a inclusão das consignações, encampou alguns serviços não listados para incidência municipal, tomando a forma atual de ICMS. (DIAMANTE, 2013).

O ICMS conhecido e em prática atualmente no Brasil, sofreu alterações através da Constituição de 88, dentre as quais, o percentual de repasse aos municípios passou de 20% para 25%, e aumentou sua incidência com a inclusão de cinco novos impostos únicos pertencentes à União, a saber: minerais, combustíveis e lubrificantes, energia elétrica, serviços de transporte e serviços de comunicação.

A competência de arrecadação e legislação não mudou, ou seja, continuou a cargo do Estado.

Porém, mesmo a cargo do Estado, necessário se fazia uma regulamentação, concedendo maior justiça e critérios mais claros na divisão de tais recursos. Daí o surgimento da lei denominada Lei Robin Hood, com nome sugestivo, ela foi implementada através da Lei Estadual nº 18.030, conforme supracitado.

3 LEI ROBIN HOOD

De acordo com a Constituição de 88, o Estado tem direito a 25% dos recursos de ICMS, cabendo-lhe a melhor forma de divisão dos recursos.

A Lei Robin Hood, instituída em Minas Gerais desde o ano de 2009, com vigor a partir de 2010, determina a dinâmica de distribuição da cota-parte dos recursos de ICMS entre os municípios mineiros. Dinâmica esta que, segundo a Lei 18.030/09, se dará de acordo com dezoito critérios, quais sejam:

- I - Valor Adicionado Fiscal - VAF - valor apurado com base nos critérios para cálculo da parcela de que trata o inciso I do § 1º do art. 150 da Constituição do Estado;
- II - área geográfica: relação percentual entre a área geográfica do Município e a área total do Estado, informadas pelo Instituto de Geociências Aplicadas - IGA -;
- III - população: relação percentual entre a população residente no Município e a população total do Estado, medida segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE -;
- IV - população dos cinquenta Municípios mais populosos: relação percentual entre a população residente em cada um dos cinquenta Municípios mais populosos do Estado e a população total desses Municípios, medida segundo dados do IBGE;
- V - educação;
- VI - produção de alimentos;
- VII - patrimônio cultural: relação percentual entre o Índice de Patrimônio Cultural do Município e o somatório dos índices de todos os Municípios, fornecida pelo Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico - IEPHA -, observado o disposto no Anexo II desta Lei;
- VIII - meio ambiente;
- IX - saúde;
- X - receita própria: relação percentual entre a receita própria do Município, oriunda de tributos de sua competência, e as transferências de recursos federais e estaduais recebidas pelo Município, baseada em dados relativos ao segundo ano civil imediatamente anterior ao do cálculo, fornecidos pelo Tribunal de Contas do Estado;
- XI - cota mínima: parcela a ser distribuída em igual valor para todos os Municípios;
- XII - Municípios mineradores: percentagem média do Imposto Único sobre Minerais - IUM - recebido pelos Municípios mineradores em 1988, com base em índice elaborado pela Secretaria de Estado de Fazenda, demonstrando a efetiva participação de cada um na arrecadação do IUM naquele exercício;
- XIII - recursos hídricos;
- XIV - Municípios sede de estabelecimentos penitenciários;
- XV - esportes;
- XVI - turismo;
- XVII - ICMS solidário;
- XVIII - mínimo per capita. (MINAS GERAIS, 2009).

Os critérios supracitados visam dividir ordenadamente os 25% do montante arrecadado de ICMS pelo Estado, de acordo com a necessidade e demanda de cada setor dentro do município.

O foco de estudo deste artigo é a cota-parte definida no inciso XVI, turismo, denominada ICMS Turístico.

4 ICMS TURÍSTICO

A definição de uma cota-parte para o turismo, definida pela Lei Robin Hood motivou os municípios a desenvolverem mais e melhor seu potencial turístico, pois com isso cada município precisa se habilitar para receber tal cota, como define a lei em seu art. 9, § 1º:

§ 1º Para se habilitar à participação no critério "turismo", o Município deverá:

I - participar do Programa de Regionalização do Turismo da SETUR;

II - elaborar uma política municipal de turismo;

III - constituir e manter em regular funcionamento o Conselho Municipal de Turismo e o Fundo Municipal de Turismo. (MINAS GERAIS, 2009).

Desta forma, os municípios sentem-se mais motivados a incentivar o turismo e aplicar os recursos de acordo com a política municipal apresentada.

Além disso, com a redistribuição da cota-parte do ICMS, municípios, muitas vezes, ricos em turismo, recebiam pouco por possuir uma população menor que outros municípios com população maior, mas sem nenhum atrativo turístico.

Conforme bem colocado por Rodrigo Moreira Magalhães (2008), antes da Lei 18.030,

[...] a maior parte dos repasses era revertida aos municípios mais desenvolvidos, que tinham uma atividade econômica mais intensa e, conseqüentemente, um VAF mais elevado. Com isso, o repasse do ICMS era mal distribuído, sendo, a maior parte, destinado a poucos municípios. (p. 25).

Com o critério turístico, que passou a destinar parte da verba do ICMS a partir de 2011, os municípios menos favorecidos foram os mais beneficiados, trazendo, assim, mais recursos, e com uma aplicação destes recursos já definida e mais direcionada, ou seja, os recursos podem ser aplicados em programas, ações e projetos direcionados para o desenvolvimento turístico dos municípios.

De acordo com a Secretaria de Estado de Turismo de Minas Gerais, houve um aumento de 88% (oitenta e oito por cento)

no número de municípios habilitados para o recebimento da parcela do ICMS Turístico em 2013, se comparado com o ano imediatamente anterior:

O Governo de Minas, por meio da Secretaria de Estado de Turismo, divulga, nesta quinta-feira (08/11), listagem referente aos municípios habilitados a receberem parcela do ICMS Turístico, com base na arrecadação estadual de 2013. Neste ano, 119 municípios estão habilitados a receber o repasse em 2013, no ano passado foram 63 cidades, o que demonstra um crescimento de mais de 88%. (MINAS GERAIS, 2012a).

Pode-se perceber, assim, o quanto esta parcela é relevante para o enriquecimento do turismo regionalizado dentro do Estado de Minas Gerais, e o quanto o Governo está empenhado em fazer com que a cada ano maior número de municípios receba o benefício,

De acordo com o secretário de Estado de Turismo, Agostinho Patrus Filho, Minas continua dando ênfase de descentralização de recursos e de execução de política pública na ponta. "Queremos dar oportunidade a todos os nossos municípios de se beneficiarem com o ICMS Turístico e fomentarem o desenvolvimento da atividade em suas regiões. Os municípios detêm o conhecimento de suas reais necessidades e sabem quais ações o benefício será melhor aplicado para o desenvolvimento do turismo", afirma o Secretário. (MINAS GERAIS, 2012b).

Em números, o Turismo no Brasil representa, hoje, 3,6% (três vírgula seis por cento) do PIB Nacional, enquanto em países, em crise, como Portugal, o turismo representa 11% (onze por cento) do PIB, ou a Espanha, onde o PIB Turístico também representa o mesmo índice, ou seja, 11% (onze por cento). (GIRALDI, 2011).

Assim, pode-se perceber que, se o turismo pode ser a solução para resgatar a economia de um país, ele pode ser, também, a solução para um país otimizar suas receitas, atraindo cada vez mais turistas, o que seria possível através de mais investimentos no setor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Robin Hood é um grande passo para o incentivo turístico regionalizado em Minas Gerais, especialmente por ser o Estado pioneiro na inclusão do critério Turismo no ICMS (MINAS GERAIS, 2012a).

Devido ao seu teor mais justo e igualitário ao tratar a divisão do recurso objeto deste estudo, a Lei Robin Hood trouxe inovação

e incentivou os pequenos, e menos favorecidos, municípios a buscarem mais recursos, atendendo aos critérios estabelecidos, ou seja, perceberam que só dependia deles.

Todas as vantagens trazidas pela lei são muito válidas, no entanto, ainda há muito que percorrer para que o Turismo tenha, de fato, todo o seu potencial explorado não somente em Minas Gerais, mas no Brasil como um todo. O investimento turístico no Brasil ainda é baixo, se comparado a outros países com potencial turístico, às vezes nem tão forte quanto o Brasil, como pode ser observado no capítulo anterior.

Fica, então, a percepção de que a Lei Robin Hood foi o primeiro passo, mas não se deve cair no conforto da situação, pois se ainda há o que trabalhar e buscar, isto deve ser feito, para que a receita do país seja cada vez maior, pois com isso haverá geração de emprego e renda, e, conseqüentemente, uma melhora na qualidade de vida de cada morador, de cada município, independente do quantitativo populacional.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Luiz Ricardo Gomes. Direito Tributário: aprendendo. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAMANTE, Flávio. Impostos sobre vendas: o paradoxo das incidências. Revista Contábil & Empresarial Fiscolegis. Disponível em: <<http://www.netlegis.com.br/indexRC.jsp?arquivo=detalhesArtigosPublicados.jsp&cod2=160>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

GIRALDI, Renata. Busca pelo turismo na Europa ameniza efeitos da crise econômica internacional, diz OMT. Agência Brasil. 25 out. 2011. Disponível em: <<http://agenciabrasil.abc.com.br/noticia/2011-10-25/busca-pelo-turismo-na-europa-ameniza-efeitos-da-crise-economica-internacional-diz-omt>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

LAKATOS, Maria Eva. MARCONI, Maria de Andrade. Metodologia do trabalho científico. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MAGALHÃES, Rodrigo Moreira. A importância da Lei Robin Hood para o desenvolvimento turístico dos municípios de Minas Gerais. 2008. 69f. (Conclusão de curso) - Universidade Federal de Minas Gerais, Departamento de Geografia, Belo horizonte.

MASCARENHAS, Juliana de Freitas. O IRPJ e o planejamento tributário nas organizações: uma análise sobre os seus efeitos do diferencial competitivo. 2004. 53f. Monografia (Conclusão de curso) - Universidade Federal de Pernambuco, Departamento de Ciências Contábeis, Recife, Pernambuco. Disponível em: <[http://www.ufpe.br/gepec/exemplos/04_monografia02\(julianadefreitas_gepec\).pdf](http://www.ufpe.br/gepec/exemplos/04_monografia02(julianadefreitas_gepec).pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2013.

MINAS GERAIS. Lei nº 18.030, de 12 de janeiro de 2009. Dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da Arrecadação do ICMS per-

tencente aos municípios. Minas Gerais Diário do Executivo. 13 jan. 2009. p. 3, col. 1. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/2009/118030_2009.htm>. Acesso em: 07 jun. 2013.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Turismo de Minas Gerais. ICMS Turístico beneficiará mais de cem municípios mineiros. 07 nov. 2012a. Disponível em: <<http://www.turismo.mg.gov.br/noticias/1225-noticias>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Turismo de Minas Gerais. ICMS Turístico beneficiará mais de cem municípios mineiros. 22 mar. 2012b. Disponível em: <<http://www.turismo.mg.gov.br/noticias/1107-noticias>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

Teixeira. Alessandra Brandão. A tributação sobre o consumo de bens e serviços. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 13.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOTAS DE FIM

Graduando de bacharelado em Direito pelo 10º período do Centro Universitário Newton Paiva. Área de Interesse: Direito.

Endereço para correspondência: Rua Espírito Santo, 2.578, AP 301, Lourdes, Belo Horizonte, Minas Gerais, CEP: 30.160-032.

E-mail: mukitod2@hotmail.com

O PODER DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONFERIDO AO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Douglas Santiago Diniz²

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar a atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público à luz da Constituição Federal. Em sede objetivo geral, buscou-se evidenciar a plausibilidade da corrente doutrinária que acompanhada de considerável parcela da jurisprudência nacional, sustenta a legitimidade do parquet para conduzir investigações preliminares nas quais se apuram a prática de infrações penais, tendo em vista a posição de destaque da Instituição no ordenamento jurídico e a fragilidade dos argumentos daqueles que divergem deste posicionamento. Na elaboração do trabalho utilizou-se da pesquisa bibliográfica, analisando a posição da doutrina e jurisprudência nacional, bem como o tratamento do tema no direito comparado. Em conclusão, atestou-se que o Ministério Público possui plena legitimidade para empreender investigações criminais per se, não havendo exclusividade das polícias judiciárias no desempenho de tal atribuição, dado o caráter axiológico que enfeixa o sistema normativo brasileiro e a necessidade de universalização da segurança pública, especialmente em um momento tão delicado, quando o País experimenta umas das maiores crises na segurança pública.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; investigação criminal; Polícia Judiciária; segurança pública; PEC n. 37.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Penal. Direito Processual Penal.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, aos cinco dias do mês de outubro de 1988, sagra-se o processo de *redemocratização* do Estado brasileiro que se arrastava por um longo período.

Nessa perspectiva, o Ministério Público experimenta o ápice de seu crescimento. O *parquet* adquire relevo na ordem constitucional, consagrando-se como instituição essencial à função jurisdicional, gozando de liberdade, autonomia e independência funcional, além de incumbir-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A Carta de 1988 então dispensa especial tratamento ao Ministério Público, erigindo-o como instrumento de defesa social, conferindo-lhe funções, garantias e prerrogativas que possibilitam a seus membros atuar de forma desinteressada e desvinculada dos Poderes do Estado. Dentre estas funções encontra-se a titularidade da ação penal pública, por meio da qual o Estado postula em juízo o exercício de seu direito punitivo.

Entretanto, a deflagração da ação penal somente se justifica quando presentes elementos suficientes acerca da materialidade e autoria de um ilícito penal. Estas informações serão angariadas em procedimento administrativo, denominado inquérito policial pelo Código de Processo Penal. É nesse momento que são reunidos os elementos de prova nos quais se estribará a ação penal pública. Deste modo, discute-se tanto na doutrina pátria como na

jurisprudência a quem incumbe tal tarefa.

Alguns afirmam que se trata de função privativa das polícias judiciárias. Alegam que o artigo 144 da Constituição Federal atribuiu às polícias judiciárias exclusividade na apuração da ocorrência e autoria de crimes e contravenções penais, relegando ao Ministério Público a titularidade da ação penal a ser intentada com base nos elementos de prova ali coligidos.

Outros defendem que a Carta Magna em momento algum conferiu exclusividade às polícias judiciárias na promoção de investigações criminais. Argumentam que a própria Constituição Federal garante a instituição de diversos mecanismos relacionados à atividade investigatória, motivo pelo qual acaba por lhe conferir, implicitamente, o poder para promover investigações criminais.

Destarte, o presente trabalho se propõe a analisar o real alcance das atribuições conferidas ao *parquet* pela Constituição Federal de 1988, especialmente sua legitimidade para conduzir inquéritos policiais.

2 MINISTÉRIO PÚBLICO

Antes de ser abordado o problema-núcleo do presente trabalho, afigura-se inevitável traçar algumas considerações acerca das modificações ocorridas na estrutura e nas funções desempenhadas pelos membros do Ministério Público.

A origem do Ministério Público é tema controverso (MAZZILLI, 1989, p. 2), alguns a identificando há mais de quatro mil

anos no Egito, outros na Antiguidade clássica ou mesmo na Idade Média. Contudo, usualmente a doutrina aponta o direito francês como berço do Ministério Público, destacando a Ordenança de 25 de março de 1302, do Rei Felipe IV, por meio da qual o monarca "impôs aos seus procuradores, antes de tudo, prestassem o mesmo juramento dos juízes, vedando-lhes patrocinarem outros que não o rei" (MAZZILLI, 1989, p. 3). Inclusive, a própria expressão *parquet*, há muito difundida no direito pátrio, advém da tradição francesa (TOURINHO FILHO, 2012, p. 397).

Contudo, irrelevante a discussão à vista do que se propõe o trabalho. Inegável é o fato de que a instituição passou por notáveis alterações, tanto em sua estrutura como no seu ofício (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1037). A própria expressão *Ministério Público* não mais exprime a acepção que lhe era conferida séculos atrás. Como observa Hugo Nigro Mazzilli (1989, p. 4), se, remotamente, referia-se àqueles que, de algum modo, exerciam uma função pública, hodiernamente identifica uma instituição independente, com posição constitucional de destaque, dotada de instrumentos e garantias contra eventuais ingerências dos Poderes do Estado, o que assegura aos seus membros a necessária liberdade e independência para o desempenho dos respectivos ofícios.

No Brasil, os primeiros traços do Ministério Público provêm do direito lusitano (MAZZILLI, 1989, p. 5), embora àquela época não fosse possível idealizar uma instituição consolidada. O processo de estruturação do *parquet* somente teve início com o advento do Império, notadamente com a promulgação do Código de Processo Penal, de 1932 (MORAES, 2009, p. 597-601), que, de forma incipiente, previu a forma de nomeação e as principais atribuições dos promotores públicos, que basicamente consistiam no exercício da acusação perante os júzcos criminais.

Quanto à sua inserção no texto constitucional, foi a Carta de 1934 a primeira a institucionalizá-lo, inserindo-o em capítulo dissociado dos demais órgãos estatais; as que a antecederam (Constituição do Império, de 1824, e Constituição da República, de 1981) sequer continha semelhante disposição, fazendo referências esparsas à figura do procurador-geral da República.

Com o advento da ditadura do Estado Novo, em 1937, e a outorga da nova Carta por Getúlio Vargas, de cunho eminentemente autoritário, o Ministério Público é inserido no título concernente ao Poder Judiciário e são suprimidas diversas prerrogativas até então obtidas. Apenas com restabelecimento da *democracia*, em 1946, é que a Instituição torna a adquirir relevo no cenário nacional, com consideráveis avanços no que se refere à sua estruturação. Em 1964, rompe-se novamente a estabilidade do sistema, vindo a ser implantado o regime militar, e, em 1967, é promulgada nova Carta Política. Outra vez o Ministério Público é inserido no capítulo que se refere ao Poder Judiciário. Em seguida, com novo golpe e a promulgação da Emenda

à Constituição n. 1, de 17 de outubro de 1969², o Ministério Público é deslocado para o capítulo destinado ao Poder Executivo.

Com efeito, é com o advento da Constituição democrática de 1988 que o Ministério Público experimenta o ápice de seu crescimento. É nesse momento que se erige à condição de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, dispondo de liberdade, autonomia e independência funcional, além de incumbir-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Artigo 127, *caput*). Logo, é inserido em capítulo diverso dos demais Poderes estatais, denominado "Das funções essenciais à Justiça".

Não obstante a técnica legislativa empregada, a doutrina ainda digladia sobre a natureza jurídica do Ministério Público, de órgão vinculado ao Poder Legislativo - pois atua como fiscal da lei; ao Poder Judiciário - pois atua perante este; ao Executivo - por desempenhar função administrativa; ou se na condição de quarto Poder do Estado (MAZZILLI, 1989, p. 43).

Desde logo, registre-se que nenhuma das teses apontadas se sustentam. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, antes mesmo da promulgação da atual Carta já lecionava que o Ministério Público constitui órgão constitucional autônomo, cujo conceito vem expresso no próprio texto constitucional, que lhe determina a natureza jurídica de instituição permanente e essencial à Justiça do Estado (AGUIAR JÚNIOR, 1971).

Não se trata também de um quarto Poder, como defendido por alguns (CARVALHO, 2009, p. 1359). Embora o Ministério Público esteja inserto no Título concernente à "Organização dos Poderes", inclusive em capítulo distinto do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, sem se mencionar a ampliação do rol de suas funções, o objetivo da técnica legislativa não foi outro senão o de resguardar o *parquet* das ingerências destes Poderes, para que seus membros pudessem desempenhar suas atribuições com ampla independência. De outro modo, haveria "que se admitir, por via de consequência, um Quinto e Sexto Poderes, constituídos pela Defensoria e Advocacia Públicas, a que se atribuem prerrogativas semelhantes, previstas no mesmo espaço sistematizado na *Lex Mater*" (LOPES, 2013).

Em decorrência do posicionamento constitucional destacado da instituição, o constituinte, atento às possíveis investidas dos demais órgãos estatais, previu princípios institucionais que são inerentes ao próprio ofício do Ministério Público. São eles, pois, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (CF. Artigo 127, §1º).

O primeiro consiste na existência de um só Ministério Público, à submissão de seus membros a uma só direção de um só procurador-geral. Contudo, só se verifica esta unidade dentro de cada Ministério Público. Por exemplo, inexistente unidade entre o Ministério Público Federal e os dos Estados. O segundo decorre da

própria unidade do *parquet*. Por ele, seus membros podem substituir-se uns pelos outros em um mesmo processo, observadas as normas legais, sem que haja qualquer irregularidade no feito, pois estes agem em nome da instituição, e não em nome daquele que ocupa o cargo público. Finalmente, a independência funcional, ou autonomia funcional, corresponde à liberdade dos seus membros ao exercerem seus misteres, não estando sujeitos “às ordens de quem quer que seja somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência” (MORAES, 2009). Portanto, não há hierarquia funcional entre os membros do *parquet*, como ocorre no direito francês, mas apenas em hierarquia administrativa (BULOS, 2010, p. 1369).

Demais, releva notar que esta independência não culmina no reconhecimento de poderes ilimitados aos membros do Ministério Público (MAZZILLI, 1995). Embora gozem de independência no exercício de suas atribuições funcionais, isto não significa que não estejam sujeitos a poderes de disciplina, direção e fiscalização nas suas condutas administrativas (TOURINHO FILHO, 2012, p. 404).

Ao lado dos princípios institucionais, foram previstas garantias e vedações aos membros do Ministério Público (Artigo 128, §5º, I e II). Por caracterizarem, na verdade, espécies de *garantias funcionais de liberdade e de imparcialidade* (BULOS, 2010, p. 1832), estas disposições – garantias e vedações – inserem-se dentre as *cláusula pétéreas* (MORAES, 2009, p. 629).

A Constituição Federal de 1988 enumerou ainda as funções institucionais do Ministério Público, cujo rol foi consideravelmente ampliado (Artigo 129). Não obstante, impende assinalar que as atividades expressas na Carta Magna não esgotam as funções a serem exercidas pelos membros do *parquet*. Trata-se de rol exemplificativo. Tanto que o próprio artigo 129, XI, da Constituição Federal prescreve que compete ao Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”. Corrobora a afirmação, inclusive, a ampliação deste rol através da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) e da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93).

Dito isso, passa-se à questão da investigação criminal.

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O direito surge como instrumento de controle social (MONTORO, 2005, p.105). É, pois, fenômeno da vida, e, tal como, resulta das atividades desempenhadas em sociedade, e não da exclusiva vontade do homem (VIEIRA, 1988). Por meio dele condiciona-se o comportamento daqueles que vivem em sociedade, impondo-lhes um dever de ação ou de abstenção (REALE, 2002, p. 59). Visa, portanto, concretizar o ideal de bem comum, por meio da formulação de regras gerais e abstratas denominadas *normas jurídicas*.

Ocorre que, não raras vezes, as normas jurídicas são descumpridas. Desta forma, faz-se necessária a intervenção do Estado a fim de restabelecer a paz social até então predominante, infligindo ao transgressor as sanções previstas na legislação, sob pena de se tornarem inócuos os preceitos expressos nos enunciados normativos (MIRABETE, 2002, p. 23).

Em um primeiro momento, as sanções a serem impostas consistem no ressarcimento dos danos e dos prejuízos sofridos por uma parte em razão da conduta proibida realizada pela outra. Não obstante, em determinadas situações, estas sanções se mostram insuficientes para que seja restabelecida a ordem, exigindo-se reprimendas mais severas (MIRABETE, 2002, p. 23). Fala-se, então, em tutela penal, cuja finalidade consiste na preservação dos bens e interesses mais relevantes da sociedade (GRECO, 2011, p. 2). Para mais, reporta-se ao que se denominou *direito de punir* (*jus puniendi*), conceituado como o *poder-dever* que toca ao Estado para fazer valer a legislação penal, aplicando uma pena àquele que pratica uma ação ou omissão descrita na norma penal, e que, conforme Fernando da Costa Tourinho Filho, se manifesta sob duas formas: *in abstracto* e *in concreto*.

[...] o *jus puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*. Com efeito, quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, surge o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a “pretensão punitiva”. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 46-47)

A aplicação da pena deverá ocorrer por intermédio de um processo judicial, ou seja, no âmbito do processo penal. Sem embargo, não parece razoável que o Estado postule em juízo a aplicação da pena sem a presença de elementos mínimos que comprovem a autoria da conduta criminosa por aquele que se vê processado. Em consequência, cumpre ao ente estatal diligenciar a fim de reunir estas informações.

A esta atividade se atribui a denominação de persecução penal (*persecutio criminis*), que comporta duas fases distintas e bem delineadas: a fase de *investigações preliminares* e a fase *processual* (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 71).

O presente trabalho restringir-se-á à primeira fase, denominada também de fase pré-processual, na qual são reunidos os elementos de convicção que irão embasar eventual ação penal.

3.1 A inconveniência da nomenclatura

O Código de Processo Penal brasileiro designou *inquérito policial* à fase de investigações preliminares, não o definindo de forma expressa, limitando-se a fazer referências esparsas ao instituto. Desta forma, incumbiu à doutrina tal tarefa, conceituando-o por intermédio de uma análise sistêmica dos dispositivos correlatos, nos seguintes termos (LOPES JR., 2001, p. 29).

Guilherme de Souza Nucci o conceitua nos seguintes termos:

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada [...]. (NUCCI, 2012, p. 151).

Não se desconhece a clareza do conceito, que abarca os elementos necessários à compreensão da atividade desempenhada nesta fase. Todavia, não parece adequada sua designação por meio do epíteto *inquérito policial*. Tal nomenclatura ignora a própria natureza e finalidade da atividade de investigação, resumindo-se a indicar *um dos vários órgãos* competentes para a apuração de infrações penais (LOPES JR., 2001, p. 29). À vista disso, mais prudente designar-se *investigação preliminar criminal*.

O primeiro termo – *investigação* – provém do latim *investigatio*, que significa entrar, penetrar, alcançar. Faz referência ao ato de alcançar algo, conhecê-lo em sua essência. A ele deve-se acrescentar outro vocábulo – *preliminar* – para deixar indene de dúvidas a distinção entre a investigação levada a cabo na fase pré-processual da instrução que também é realizada na fase processual, além, é claro, do seu caráter prévio.

Portanto, ao longo deste trabalho será empregado o vocábulo *investigação preliminar criminal* em oposição à nomenclatura adotada pelo Código de Processo Penal.

No que se refere à natureza jurídica da atividade, seu caráter é eminentemente administrativo. Não se trata, portanto, de pro-

cesso, mas *procedimento administrativo informativo* (MIRABETE, 2002, p. 77). Rege-se, inclusive, pelas normas aplicáveis aos atos administrativos em geral.

A doutrina enumera ainda uma série de características que diferenciam a investigação preliminar criminal do processo penal, embora ambos estejam insertos no conceito de persecução penal, senão vejamos.

Trata-se de procedimento *escrito*, cujos elementos de prova devem ser reduzidos a termo, assinado pela autoridade policial, não se concebendo investigação verbal (CAPEZ, 2012, p. 117). Demais, é *inquisitivo*, não comportando ampla dilação probatória por parte do indiciado.

Essa noção decorre do próprio sistema inquisitivo, de origem romana, na qual não há a presença do contraditório (MIRABETE, 2002, p. 40). Esta tendência foi acolhida de forma moderada no direito pátrio (TOURINHO FILHO, 2012, p. 79), posto que os atos praticados ao longo da investigação se concentram, em tese, nas mãos de uma única autoridade – autoridade policial (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 34).

É, ainda, sigiloso na medida em que não se submete à publicidade dos atos oficiais, em oposição ao que determina o artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal. E não poderia ser diferente, em razão da necessidade de que não sejam opostos empecilhos à investigação em curso, dificultando ou inviabilizando a produção de provas (MIRABETE, 2002, p. 78). Contrariamente, o indiciando, tendo conhecimento de que a autoridade policial pretende, por exemplo, inquirir determinada testemunha, poderia passar a ameaçá-la, forçando-a a faltar com a verdade quando do seu depoimento.

É *oficioso* porquanto sua instauração, em determinados casos, independe de provocação e *oficial* vez que outorgado a órgão oficial do Estado.

Por fim, constitui procedimento *indisponível*: é dizer, sendo a persecução penal de ordem pública, iniciada a investigação, não pode o delegado de polícia dela dispor, devendo concluí-la (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 77).

3.2 Competência

É nesse momento que surge a controvérsia objeto do presente trabalho. A quem compete dirigir as investigações iniciadas para a elucidação de ilícitos penais?

Na doutrina prevalece o entendimento segundo o qual a tarefa, em regra, compete às polícias judiciárias. Argumentam os defensores desta tendência que a própria nomenclatura empregada pelo Código de Processo Penal, no *caput* artigo 4º, já indica o órgão competente para tanto.

Entretanto, esquecem-se os autores da exceção à regra contida no *caput* do artigo 4º do Código de Processo Penal. No seu pa-

rágrafo único, o próprio artigo 4º determinar que a regra geral não afasta a competência de outras autoridades administrativas realizarem investigações, desde que tal função seja cometida por lei.

Além disso, desprezam os vários outros argumentos que demonstram o equívoco daquela afirmação, a seguir analisados.

4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A controvérsia sobre a qual se debruça a pesquisa recentemente adquiriu destaque no cenário nacional, notadamente em decorrência da apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n. 37, de 08 de junho de 2011, de autoria do deputado federal Lourival Mendes, vulgarmente denominada “PEC da impunidade”, através da qual se pretende conferir privatividade às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal na condução de investigações criminais.

A referida Proposta de Emenda à Constituição acrescenta o §10 ao artigo 144 da Constituição Federal³.

Acentuou a polêmica o fato de a proposta obter a aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e em uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados, somado às diversas manifestações de outros setores, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil e a Associação Nacional dos Procuradores da República.

A despeito do recente engajamento destes setores, a controvérsia há muito *bate à porta* do Poder Judiciário. Inclusive o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema em diversas oportunidades, ora pela legitimidade do *parquet* em conduzir investigações criminais (HC n. 91.661/PE), ora por sua ilegitimidade (HC n. 81.326-7/DF).

Diante desse panorama passa-se à análise dos argumentos daqueles que defendem a legitimidade do Ministério Público para promover, por si só, investigações preliminares criminais, sem se afastar das razões daqueles que negam qualquer forma de poder investigatório ao *parquet*.

4.1 O poder de investigação conferido pela Constituição Federal de 1988

Como exposto nos capítulos anteriores, incumbe ao *parquet* zelar pelos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, motivo pelo qual o constituinte originário conferiu a seus membros garantias funcionais de liberdade e de imparcialidade, além de destacar os princípios intrínsecos à instituição, donde se conclui que o Ministério Público ostenta posição de destaque na atualidade.

Nessa senda, negar poderes investigatórios a uma instituição dessa natureza constituiria demasiado contrassenso, sobretudo quando o País experimenta uma das maiores crises na segurança

pública, sendo correntes as notícias de insuficiência dos órgãos responsáveis pela defesa social.

Entretanto, alguns reforçam a tese de que é vedado ao Ministério Público presidir investigações criminais, e fazem-no com fundamento no artigo 144 da Carta Magna, que assim dispõe:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, 1988)

Deveras uma análise apriorística da norma em exame poderia conduzir o intérprete à conclusão de que a segurança pública é atividade monopolizada pelo Estado a ser exercida tão somente pelos órgãos ali enumerados. E é justamente este o argumento de que se valem aqueles que refutam a existência de poderes investigatórios por parte do órgão do Ministério Público:

Porém, afigura-se frágil este argumento, notadamente diante das especificidades das normas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 constitui o marco histórico de rompimento das concepções autoritárias até então vigentes no Brasil. Nesse momento a Carta Magna assume o centro do ordenamento jurídico, impondo-se, por conseguinte, a releitura dos institutos, por meio de uma nova interpretação constitucional. Irrefutável a colocação de que os métodos tradicionais de interpretação das normas jurídicas (BARROSO, 2005), por si só, não são capazes de revelar o conteúdo da norma inscrita sob a forma do artigo 144 da Constituição Federal.

Como pondera Luís Roberto Barroso, a interpretação das normas constitucionais demanda a observância de um elenco próprio de princípios (BARROSO, 2005).

Não se pretende afirmar aqui que esteja superada a interpretação jurídica clássica, até porque considerável parcela das controvérsias continuará a ser solucionada por meio destes elementos (BARROSO, 2005). Contudo, as normas constitucionais reclamam uma análise em consonância com a pauta axiológica que enfeixa o sistema normativo, especialmente o texto constitucional.

Carlos Maximiliano já advertia da inconveniência de se analisarem os textos jurídicos unicamente sob o aspecto gramatical, por meio de uma interpretação desprovida de qualquer senso crí-

tico (MAXIMILIANO, 2011, p. 96).

Essa foi inclusive a orientação acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 89.837. Em sua manifestação, o relator do processo, Ministro Celso de Mello, consignou que não encontra respaldo a tese segundo a qual a Constituição Federal atribuiu com exclusividade as atividades de investigação à Polícia Judiciária, citando ainda a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito para apurar infrações penais.

Prosseguindo no seu voto, anota que é imprescindível observar-se a mudança de paradigma ocasionada pela promulgação da Constituição de 1988.

Dá a conclusão do próprio Celso de Mello de que “a função atribuída ao Ministério Público pela Constituição Federal [...] não pode ser aferida a partir de uma análise literal, acrítica e autômata de meros textos normativos” (BRASIL, 2009).

Os enunciados contidos na lei fundamental do Estado não devem ser interpretados isoladamente, mas em conformidade com a unidade do texto constitucional. É preciso que o aplicador busque a máxima eficácia de cada norma constitucional, sem que este processo importe em sacrifício de um bem jurídico constitucionalmente tutelado em favor de outro provido de idêntica tutela (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 132-144).

A segurança pública é, antes de tudo, direito e responsabilidade de todos, tanto dos órgãos do Estado, como dos próprios cidadãos. Trata-se de garantia fundamental, de elemento intrínseco do Estado Democrático de Direito. Não fosse assim, seria diversa a opção do constituinte, relegando a matéria à legislação infraconstitucional, e não a guindando “ao *status* de política pública prioritária, merecendo do Estado brasileiro o mesmo nível de importância reservado a outras áreas essenciais, tais como a saúde e a educação” (FELIPETO; DIAS, [2005?]) É uma questão que afeta a todos e não se circunscreve ao âmbito policial. (SILVA, 2005, p. 779).

Dá se afirmar que o poder de investigação do Ministério Público decorre do próprio texto constitucional (BULOS, 2010, p. 1385), ou seja, da análise do próprio artigo 144 em cotejo com os incisos I, II, VI, VII, VIII e IX do artigo 129 da Constituição Federal.

4.1.1 Inexistência de cláusula de exclusividade em matéria de investigação preliminar criminal

Sem prejuízo destas premissas, existem aqueles mais enérgicos que sustentam a inviabilidade dos membros do Ministério Público levarem a cabo investigações criminais com fundamento nesta tendência hermenêutica. Sustentam que tal ilegitimidade decorre da leitura do próprio texto constitucional, especificamente do §1º, IV, e do §4º, ambos do artigo 144 da Lei maior, conjugado com o artigo 129 do mesmo diploma.

Uma primeira concepção entende que a matéria prescinde maiores aprofundamentos ou mesmo modificação do texto constitucional. Justifica que o Título IV da Carta Magna expressamente diferencia as atividades de polícia judiciária da função de acusação e de defesa, além de acometer a primeira de forma exclusiva às polícias. Uma segunda tendência sustenta a inexistência de qualquer elemento que autorize ao Ministério Público empreender investigações na seara criminal, aduzindo que este entendimento advém da própria Assembleia Constituinte Nacional, sendo que o texto promulgado em momento algum mencionou tal possibilidade.

O primeiro argumento é da lavra de Ives Gandra da Silva Martins e foi manifestado em parecer exarado a pedido do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo – SINDPESP. A segunda tese foi defendida por José Afonso da Silva em parecer formulado após consulta do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim.

A primeira premissa não se sustenta porquanto pretenda ver no texto constitucional, especificamente naqueles dispositivos mencionados alhures, uma cláusula de exclusividade que inibe a atividade de investigação pelo *parquet*.

Deveras consta do texto constitucional a expressão *exclusividade*. Contudo, como esclarece Eugênio Pacelli de Oliveira, tal vocábulo cinge-se a esclarecer que o desempenho das atividades de polícia judiciária no âmbito da União ficará a cargo da polícia federal (OLIVEIRA, 20143, p. 85).

Lado outro, o argumento é desprovido de tecnicidade. Chega a confundir a fase de investigações preliminares com o processo penal propriamente dito, identificando naquela fase (pré-processual) a presença da figura das *partes*. Como já registrado, a investigação preliminar criminal é de natureza administrativa. Há, de fato, uma *autoridade* responsável por colher os elementos de prova que irão embasar posterior ação penal e o *indiciado*, não partes como alegado. A presença das partes – acusação, defesa e juiz – está restrita ao processo.

Também não prevalece o argumento de que a competência exclusiva das polícias na condução de investigação criminais está implícita no texto constitucional. Fosse assim, qual a necessidade de se aprovar uma Emenda Constitucional com este fim? Qual a necessidade de acrescentar um §10 ao artigo 144 da Lei Maior?

Com efeito, o que se pretende é suprimir o poder investigatório que foi conferido pela Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público, e não deixar o óbvio mais óbvio como sustenta Ives Gandra da Silva Martins.

Estes argumentos somente legitimam a afirmação de que o *parquet* possui poderes próprios de investigação criminal.

No que concerne à segunda concepção, de lavra de José Afonso da Silva, necessário traçar algumas considerações.

Em seu pronunciamento, José Afonso da Silva discorre sobre diversos aspectos que, segundo ele, demonstram a ausência de poder investigatório por parte do Ministério Público. Prefacialmente assegura que sua manifestação não levará em conta questões de conveniência ou de oportunidade, analisando a questão unicamente à luz do texto constitucional, por se tratar de uma discussão de *lege lata*, e não de *lege ferenda*.

Inicia sua argumentação afirmando que não há na Constituição uma palavra que atribua ao Ministério Público poderes para promover diretamente investigações criminais. Contextualizando a explanação, revela que no Anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo havia a proposta do artigo 137, V, que incluía entre as funções do *parquet*, além da competência para “requisitar atos investigatórios” a faculdade de “promover ou requisitar a autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, podendo avocá-los para suprir omissões”, proposta que foi rejeita. Demais, adverte que não há no texto vigente semelhante disposição.

Lênio Luiz Streck contesta a posição acima. Assevera que o argumento ora assume uma feição subjetivista – extraíndo o sentido da norma de uma pretensa *vontade do legislador constitucional*, enraizada no processo de formação da norma -, ora contornos objetivistas, discorrendo sobre a intencionalidade das normas constitucionais. (STRECK, 2013)

Não se concebe em uma sociedade que se denomina democrática a existência de conceitos como *mens legis* ou *mens legislatoris* (vontade da lei ou vontade do legislador) como instrumentos aptos a revelar o real sentido dos textos jurídicos. O processo de interpretação é atividade criativa, e não reprodutiva. Não se limita simplesmente a declarar uma *vontade* (do legislador ou da norma) que antecede ao próprio enunciado normativo (STRECK, 1999, p. 185-189).

Outra crítica prudente é a de que, aparentemente, os contadores não estão analisando o problema com a devida cautela. José Afonso da Silva, por exemplo, defendeu a constitucionalidade de questão que, à semelhança da controvérsia posta, foi objeto de rejeição durante o processo constituinte (impossibilidade de discriminação dos casais homoafetivos).

Realmente a polêmica ganhou contornos que transcendem o próprio discurso jurídico. A disputa assume feição corporativista, ora pelos próprios membros do Ministério Público, ora pelas polícias judiciárias.

Os opositores já não se preocupam em empreender uma análise da questão à luz do texto constitucional, mas levando em conta argumentos que provocam grande impacto na sociedade, que influem na concepção dos demais cidadãos. Não se valem mais exclusivamente da argumentação jurídica, mas do apelo social, com o que o presente trabalho não pode coadunar. Tão pouco am-

pliam a discussão, o que é censurável.

Peter Hårbele opunha-se a tal prática, até porque a “interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático” (HÅBERLE, 1997, p. 23).

É preciso que a matéria seja devidamente tratada, expondo-se os argumentos jurídicos por meio dos quais se pretende afirmar o refutar a atuação do *parquet* nas investigações.

4.1.2 A teoria dos poderes implícitos

Retomando a análise em termos técnicos, volta-se afirmar que a legitimidade do Ministério Público para presidir investigações criminais decorre do próprio texto constitucional.

Aqui, merece destaque a *teoria dos poderes implícitos*, de plena aplicação ao direito pátrio (MORAES, 2009, p. 610), segundo a qual “a Constituição ao conceder uma atividade-fim a determinado órgão ou instituição, culmina por, implícita e simultaneamente, a ele também conceder todos os meios necessários para a consecução daquele objetivo” (FELIPETO, 2003).

A questão pode ser sintetizada sob a ótica da relevância dos interesses e bens jurídicos amparados no campo penal. Decerto, constituiria demasiado desatino ver-se com bons olhos a investigação direta pelo Ministério Público na esfera cível e não na criminal (FELIPETO; DIAS, [2005?]).

José Afonso da Silva contrapõe tal afirmação. Aduz que não há relação de meio e fim entre as investigações preliminares e a ação penal, pois a finalidade do inquérito é a apuração da autoria e materialidade do delito, e não a ação penal.

Equívocada a colocação. Como exposto alhures a investigação criminal constitui procedimento administrativo preparatório da ação penal. Embora peça meramente informativa e dispensável em algumas situações, tal somente se justifica quando o *parquet*, destinatário último da investigação, entender que dispõe de elementos suficientes para o ajuizamento da ação penal (TOURINHO FILHO, 2012, p. 114-115). Daí a relação de meio-fim entre a investigação preliminar e a ação penal. Sua finalidade precípua é, pois, formar a *opinio delicti* do titular da ação penal, que é o próprio Ministério Público.

Não satisfeito, José Afonso da Silva sugere que a teoria dos poderes implícitos não se aplica ao direito interno. Anota que a Constituição Federal expressamente conferiu exclusividade à polícia judiciária na apuração de infrações penais.

Ainda que a carta seja silente quanto aos poderes investigatórios, é nítida a compatibilidade entre estes e as funções institucionais do Ministério Público. O próprio texto constitucional possibilitou ao *parquet* expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e

documentos para instruí-los (Artigo 129, VI). Não fez diferenciação entre procedimento cível ou criminal. Demais, atribuiu ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (Artigo 129, VII). Previu ainda a possibilidade de requisitar à autoridade policial, quando entender necessária, diligência investigatória ou instauração de inquérito policial (Artigo 129, VIII).

Oportuno resgate do significado do vocábulo *requisitar*, que é o ato de exigir legalmente (TOURINHO FILHO, 2012, p. 121-122). Logo, estaria a autoridade policial obrigada a empreender as diligências requisitadas pelos membros do Ministério Público.

Este era o argumento mais vigoroso entre aqueles que refutam o poder de investigação do Ministério Público. Entretanto, com a aprovação do Projeto de Lei da Câmara n. 132/2012, retira-se, em princípio, tal imposição, pois, segundo a redação do artigo 2º, §3º, os delegados de polícia passariam a conduzir “a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade” (Artigo 2º, §3º).

Sem embargo, parece que o dispositivo legal padece de vício de inconstitucionalidade. À evidência, a disposição infraconstitucional em apreço não possui força para revogar o artigo 129, VIII, da Lei Maior.

Deste modo, indubitável a legitimação do Ministério Público para empreender investigações preliminares criminais. Não se trata da aplicação indiscriminada do adágio *quem pode o mais, pode o menos*, como sustentado por alguns setores. O que legitima sua atuação é a razoabilidade de que o titular da ação penal disponha também dos meios necessários para formar seu convencimento acerca de eventual ajuizamento da ação penal pública, especialmente quando entender contrariamente ao relatório final da autoridade policial.

A apuração de ilícitos penais não se exaure no âmbito policial ou ministerial. No Brasil, são vários os órgãos estaduais que investigam. Citem-se como exemplo as Comissões Parlamentares de Inquérito, a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil, o Instituto Nacional do Seguro Social.

Não se pretende também a substituição da polícia judiciária pelo *parquet*. Em momento algum é esta a bandeira hasteada pela própria instituição. Contrariamente, requer-se, sim, a concorrência na atividade de investigação, mormente à vista dos interesses em disputa. É o que alguns denominam de *democratização da investigação*.

4.2 A (in)conveniência da Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011

“[...] o Brasil parece querer dar um passo atrás na questão da investigação criminal e da gestão da prova [...]” (STRECK, 2013).

Parece ser esta a frase que melhor se adequa à apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011.

Trata-se de um projeto que não foi antecedido de estudo metuculoso acerca de suas causas e efeitos. O Congresso Nacional não voltou a devida atenção a pontos mais relevantes do atual sistema penal vigente.

Como é de conhecimento, o Código de Processo Penal brasileiro optou pelo sistema de investigação preliminar policial, no qual incumbe à polícia judiciária, em princípio, chefiar todos os atos a serem realizados para a apuração de eventual infração penal (LOPES JR., 2001, p. 57).

São severas as críticas a esse sistema, mormente por se tratar de um sistema arcaico, que não mais atende à realidade brasileira. Chega-se inclusive a afirmar que se trata de um sistema em crise (LOPES JR., 2001, p. 57-58).

Embora em 1941, data da promulgação do Código de Processo Penal, tenha prevalecido a tese de que o sistema de investigação policial era o que melhor se adequava ao contexto, hodiernamente não se justifica a manutenção do mesmo, tampouco o absurdo de se conferir exclusividade à polícia judiciária na condução das investigações criminais (LOPES JR., 2001, p. 58-59).

Os agentes policiais, em razão do seu baixo nível cultural e econômico, estão mais suscetíveis a influências externas, por parte dos meios de comunicação social, do poder político e da própria sociedade, que exige uma resposta ágil aos atos praticados, principalmente aqueles veiculados na mídia. Em decorrência, a corporação está mais vulnerável à prática de atos abusivos (violação a direitos fundamentais dos suspeitos e indiciados) e corrupção (não são raras as notícias de tais atos por partes de agentes das polícias judiciárias). Estas circunstâncias inclusive colocam em cheque a atuação da polícia e, conseqüentemente, o valor probatório dos elementos colhidos ao longo das investigações preliminares criminais, o que exige sua repetição em juízo. Por fim, neste sistema há evidente prejuízo à defesa do investigado, dada a ampla discricionariedade conferida à autoridade policial que nega qualquer possibilidade daquela participar das investigações, seja indeferindo diligências solicitadas ou mesmo acesso aos autos do inquérito (LOPES JR., 2001, 62-63).

Daf a tendência naquelas nações denominadas avançadas e democráticas – Estados Unidos, França, Alemanha, Espanha – em não se adotar tal modelo.

Pelo que demonstra a história, apenas três países, excluído o Brasil, ainda hoje apresentam sistema no qual a polícia detém exclusividade nas atividades de investigação. São eles, Uganda, Indonésia e Quênia (MENDRONI, 2006).

Deveríamos então abandonar a adoração brasileira pelos sistemas europeu e norte-americano e alinharmos-nos ao sistema como os dos países citados? Deveríamos permanecer, ou pior, retroceder com os nossos métodos de apuração das infrações pe-

nais tão (in)eficientes, como pretendem nossos representantes?

Embora seja considerável a parcela daqueles que entendem impraticável entre nós o sistema de investigação preliminar a cargo do Ministério Público (promotor investigador), parece mais coerente a posição de Aury Lopes Júnior, que, ao defender este sistema, anota que suas vantagens sobrepõem os inconvenientes, sendo plenamente possível sua admissão no direito interno (LOPES JR., p. 80-81).

Ainda que se perfilhe a tese de que neste sistema é visível a disparidade de armas entre as partes ou que haja parcialidade do órgão de acusação, as mesmas não se sustentam.

O Ministério Público, seja na condição de órgão interveniente (*custos legis*), seja como órgão de acusação (parte), sempre atua com imparcialidade. Tanto que, “verificando ser o réu inocente, ou não havendo provas seguras de que a condenação deva ser prolatada, deve [...] postular pela sua absolvição” (RANGEL, 2012, p. 165). O interesse que defende em juízo não é privado, mas o interesse público (MAZZILLI, 2011).

E ainda que assim não fosse, é de se indagar: *há hoje, na fase processual, paridade de armas entre o Ministério Público e a defesa? Ou, na fase pré-processual, entre o delegado de polícia e a defesa?*

Ilustra bem o fato a existência de prazos processuais impróprios destinados aos delegados de polícia (CPP. Artigo 10, *caput*) e aos promotores de Justiça (CPP. Artigo 586). Demais, a autoridade policial, não raras vezes, indefere arbitrariamente diligências reputadas essenciais para a defesa (TOURINHO FILHO, 2012, p. 121-123).

Assiste razão a Lenio Luiz Streck quando afirma que realmente necessitamos de uma Proposta de Emenda à Constituição em matéria de investigação preliminar (STRECK, 2013). Não uma que iniba a atuação do *parquet*, mas que explicita a opção por um sistema mais eficaz.

Não se estará, ao contrário do que apregoam algumas vozes, atestando a presença de poderes irrestritos aos membros do Ministério Público.

Toda a atividade estatal submete-se, primordialmente, ao princípio da legalidade - não mais compreendido em uma acepção restrita, de submissão apenas à lei formal, mas de vinculação dos agentes aos ideais de justiça (DI PIETRO, 2012, p. 29-30) -. E, especificamente em matéria criminal aos princípios do promotor natural, do ônus da prova na ação penal condenatória e da inadmissibilidade provas obtidas por meios ilícitos (RANGEL, 2012, p. 41-92).

Não bastasse a presença destes mecanismos, o Ministério Público submete-se a controle perante outros órgãos e setores da sociedade, como o Conselho Nacional do Ministério Público (CF. Artigo 130-A, §2º), o Poder Judiciário e a própria sociedade.

Merece destaque o voto-vista proferido pelo Ministro Cezar Peluso no Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, pendente de julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Embora tenha consignado em sua manifestação que a investigação criminal pelo Ministério Público não encontra, segundo ele, respaldo na ordem legal vigente, expôs algumas situações excepcionais e taxativas em que poderia o *parquet* conduzir diretamente as investigações⁴.

Sobressai também o Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição n. 37-A, de 2011, de relatoria do deputado federal Fábio Trad, que acrescenta o §10 ao artigo 144 da Constituição Federal e o artigo 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Conforme o substitutivo, a modificação do texto constitucional não incluirá a investigação criminal como atividade exclusiva das polícias judiciárias, ressalvando a competência para apuração de infrações a cargo do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, das Comissões Parlamentares de Inquérito, do Próprio Ministério Público e dos Tribunais:

Desta forma, consagra-se a primazia da polícia na apuração das infrações penais comuns, mas não a exclusividade da atividade, atendendo, ao menos em juízo perfunctório, exigências dos delegados de polícia e dos membros do Ministério Público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, em conclusão, tem-se o seguinte:

1. O Ministério Público passou por profundas mudanças em sua estrutura, possuindo, atualmente, posição de destaque no cenário nacional.

2. Essa onipresença do *parquet* tem despertado repulsa por parte de alguns setores da sociedade, especialmente dos delegados de polícias e parlamentares, sendo que a apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011 e sua recente aprovação em duas Comissões da Câmara dos Deputados acirrou o debate.

3. Os argumentos utilizados na disputa travada desbordam dos limites jurídicos, assumindo feição meramente política, seja pela utilização de expressão como “PEC da Impunidade” ou “PEC da Legalidade”, por meio das quais se pretende alcançar uma maioria desprovida do devido conhecimento acerca dos reais interesses postos em conflito, o que preocupa dada a proximidade da votação da mencionada Proposta de Emenda à Constituição.

4. Sem prejuízo da propositura da mencionada PEC, a atual Constituição Federal plenamente legítima a investigação criminal a cargo do Ministério Público, e isto decorre da análise conjugada das disposições do artigo 144 c/c os artigos 127 e 129, todos da Constituição Federal.

5. A segurança pública não é questão restrita às corporações policiais, mas matéria de interesse geral e responsabilidade de todos, inexistindo no texto constitucional cláusula de exclusividade em ma-

téria de investigação criminal. Destaca-se nesse ponto a teoria dos poderes implícitos, plenamente aplicável ao direito brasileiro.

6. A PEC n. 37/2011 indica um retrocesso na discussão acerca do modelo de investigação preliminar brasileiro, rebaixando o Brasil ao patamar de Países como Congo, Indonésia e Uganda, que ainda hoje adotam sistema no qual a investigação é exclusiva da polícia, afastando-se, de vez, das nações ditas desenvolvidas (Estados Unidos, Alemanha, Itália, Argentina, Colômbia etc.).

7. Não se justifica a manutenção deste sistema, especialmente no direito pátrio, por se tratar de um sistema em crise. A polícia judiciária, em razão de seu reduzido nível cultural e econômico, encontra-se mais suscetível a influências externas, principalmente dos próprios órgãos do Estado, o que indica descrédito do material colhido nas investigações empreendidas por estas corporações não só perante o Poder Judiciário, mas perante a própria sociedade, sendo constantes as notícias de abusos e corrupção perpetrados por seus agentes.

8. Uma solução em substituição ao defasado inquérito policial seria a adoção do sistema de investigação preliminar a cargo do Ministério Público (promotor investigador), ainda que se trate de uma questão de *legis ferenda*. Essa colocação não afasta o poder investigatório do Ministério Público, conferido pela Constituição da República; apenas propõe uma reflexão com relação ao atual sistema.

9. Ao realizar atividades de investigação, o Ministério Público se submete a controle, ao revés do afirmado por algumas vozes. Durante a investigação seus membros devem observar os princípios constitucionais e demais normas jurídicas. Eventuais abusos estão sujeitos a controle pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Submete-se, ainda, a controle externo por parte dos diversos agentes sociais (movimentos sociais, mídia e população). À vista de uma possível mudança do sistema de investigação preliminar, seria prudente a instituição de um modelo de controle a cargo do Poder Judiciário.

10. Não se está a defender uma forma de exclusividade do Ministério Público na condução de investigações preliminares criminais ou a submissão das polícias judiciárias a este órgão estatal. Não! O que se postula é a concorrência na investigação criminal. Não se desconhece a primazia da polícia na condução das investigações criminais. Entretanto, este fato não obsta a concorrência dos demais órgãos em matéria de investigação criminal

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O Ministério Público: posição constitucional e conceito*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/O%20minist%C3%A9rio%20publico%20posi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional.doc>. Acesso em: 21. mai. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do*

direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mai. 2013.

_____. *Projeto de Lei da Câmara n. 132, de 2012*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=109960>. Acesso em: 31 mai. 2013.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição n. 37, de 2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544352>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 89.837/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2425780>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 91.661-9/PE*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2528373>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 593.727-5/MG*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 81.326-7/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1970289>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FELIPETO, Rogério. *Monopólio da investigação criminal*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

FELIPETO, Rogério; DIAS, Rodrigo. *A investigação criminal pelo Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.antigo.mpmg.mp.br/portal/publico/interno/arquivo/id/2983>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. rev. atual e ampl. Niterói: Impetus, 2011.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de: Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LOPES, João. *O Ministério Público e o quarto Poder*. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/23730/o-ministerio-publico-e-o-quarto-poder>>. Acesso em: 21 Mai. 2013.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público é parte imparcial?*. In: Revista dos Tribunais, 913/289. São Paulo, 2011. Disponível em: < <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpimparcial.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

_____. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Os limites da independência funcional no Ministério Público*. In: Revista dos Tribunais, 715/571, mai, 1995. Disponível em: < <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>>. Acesso em: 22. mai. 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Parecer*. Disponível em: < <http://www.sindpesp.org.br/index.php/79-diretoria/146-prof-ives-gandra-e-a-pec-37>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Investigação direta do M.P.: situações reais*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=733>. Acesso em: 05 jun. 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 17. Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Parecer*. Disponível em: < http://www.sindelpo.com.br/delpoli/index.php?option=com_content&view=article&id=231:parecer-do-constitucionalista-jose-afonso-da-silva-pec-37&catid=23:noticias>. Acesso em: 31 mai. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *A PEC 37 e a "emepêfobia" ou "que tal uma outra PEC"?*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-mai-16/senso-incomum-pec-37-emepefobia-ou-tal-outra-pec>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, José Carlos. *O direito como fato social*. Disponível em: < <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/8918/0>>. Acesso em: 24 mai. 2013.

NOTAS DE FIM

1 Acadêmico do 10º período do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 José Afonso da Silva (2005) anota que, teórica e tecnicamente, a Emenda Constitucional n. 1/69 outorgou nova Constituição, vez que o texto da Carta anterior foi completamente reformulado, a começar pela denominação que se deu ao documento, "Constituição da República Federativa do Brasil", enquanto a Carta de 1967 se chamava apenas "Constituição do Brasil".

3 Caso aprovada a PEC n. 37, será incluído o §10 ao artigo 144 da Constituição Federal, com a seguinte redação: "A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente".

4 Segundo Cezar Peluso, o Ministério Público poderia realizar, diretamente, atividades de investigação "desde que observadas certas condições e cautelas tendentes a preservar os direitos e garantias assegurados na cláusula do devido processo legal". Dentre estas peculiaridades, destaca que a investigação deveria ocorrer (a) mediante procedimento regulado, por analogia, pelas normas concernentes ao inquérito policial e, por consequência, (b) supervisionado pelo Poder Judiciário.

O TRABALHO DA CRIANÇA NA MÍDIA TELEVISIVA

Marina Silva Torquetti Drosghic¹

RESUMO: O intuito deste estudo é demonstrar que o trabalho infantil na mídia televisiva, assim como qualquer outro, esta em desacordo com a nossa Constituição Federal, além de afetar desenvolvimento da infância e da escolaridade da criança.

PALAVRAS-CHAVE: criança; trabalho artístico infantil; Constituição federal; ordenamentos ordinários; desenvolvimento.

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

Há um ditado popular que cita, "o trabalho enobrece o homem". Ocorre que o sujeito da frase acima se refere somente ao homem, maior de idade e totalmente capaz, ou foi utilizado de forma metafórica, englobando homens, mulheres e crianças?

Aneodotas a parte, fato é que em nossa sociedade o trabalho infantil é uma realidade. Contudo, realidade esta que, dependendo da área de atuação, é criticada ou vangloriada por toda a sociedade.

Assim o trabalho artístico infantil, principalmente, nos grandes meios de comunicação, é visto como algo puro, inocente, quase poético.

Afinal, o que diferencia o trabalho infantil artístico do trabalho em canaviais? Ao certo, muitos irão responder de plano, aludindo que sequer estas situações podem ser comparadas. Contudo, há que se ressaltar que a criança, independentemente do ambiente laboral, não apresenta maturidade intelectual, moral e jurídica para se encontrar em uma relação de emprego.

Para tanto, a pergunta norteadora que travará este artigo será: O trabalho infantil artístico esta em acordo com a legislação brasileira?

Como uma possível solução para o problema, será analisada a legislação constitucional, bem como as legislações infra constitucionais. Também será analisado se este tipo de trabalho infantil, assim com todos os outros, afeta ou não o desenvolvimento da criança, analisando a influência dos pais sobre estes e se seu direito de ser criança é respeitado.

O método adotado para a elaboração deste artigo foi o indutivo, método este que observa os fenômenos fazendo a sua análise. Tal método será utilizado tendo em vista que não se objetiva a criação de novas teorias. O que se pretende é obter uma generalização através da análise dos fenômenos e teorias já existentes, ou seja, conhecer a realidade existente.

Para a realização deste artigo utilizou-se a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica e pesquisa de campo, tendo entrevistado

o Juiz da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte Dr. Cléber Lúcio (anexo 1).

2 IDADE MÍNIMA PARA INGRESSAR NO MERCADO DE TRABALHO

A Constituição da República, em seu artigo 7º, inciso XXXIII², proíbe qualquer trabalho ao menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, e de trabalho em condições insalubres, perigoso ou noturno ao menor entre 16 a 18 anos. No mesmo sentido é o artigo 403³ da Consolidação das Leis Trabalhistas e o artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Uma observação é que o artigo 60 do ECA tem a seguinte redação "É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.". Contudo, mencionado artigo deve ser lido como "(...) qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idades, salvo na condição de aprendiz.". Isto é por que a Emenda Constitucional número 20/98 alterou o artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal, proibindo qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, à partir dos 14 anos, pela razão de que a norma constitucional prevalece sobre as leis infra-constitucionais. O artigo 60 da Lei 8.069/90 não foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 20 (LOPES, Marcelo, 2011, s/p).

A Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 406, aduz que o Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho em atividades artísticas. Tal ordenamento em seu artigo 402, entende como "menor" aquele trabalhador na idade entre 14 e 18 anos, conforme norma constitucional. Sendo assim, esta autorização do artigo 406 da CLT, deve ser levada em consideração apenas para aqueles que estão na idade permitida, ou seja, entre 14 e 18 anos. Corroborando assim com o pensamento do magistrado Dr. José Roberto Dantas Oliva (2010), que escreve:

[...] a leitura sistemática interna do artigo 406 da CLT [...] conduz à convicção de que a possibilidade de concessão da autorização judicial ali mencionada, para trabalho de "menores" em teatros, cinemas, boates e estabelecimentos similares ou empresas circenses, não é genérica. Contempla, na verdade, apenas adolescentes com idade igual ou superior a 14 anos. (OLIVA, José Roberto Dantas, 2010, pág. 122-123).

Observa-se que a CLT, assim como deve ser, segue a mesma linha Constitucional, abrindo apenas uma exceção à regra, que é o trabalho ao menor de 16 anos na condição de aprendiz, a partir dos 14.

Assim, neste estudo, a proibição para o trabalho da criança, seja qual for à prestação de serviços, incluindo os trabalhos artísticos, se dá para aquelas menores de 14 anos, que estão Constitucionalmente proibidas de exercer qualquer tipo de trabalho.

3 CONVENÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Diariamente nos deparamos com crianças, menores de 14 anos, trabalhando em novelas, comerciais, mini séries e afins. A brecha para nos depararmos com a desobediência da nossa Carta Maior é a Convenção nº 138 da OIT e o artigo 149, II do ECA, em que abrem a possibilidade de crianças e adolescentes participarem de atividades artísticas, devendo estas serem autorizadas pela autoridade competente.

O artigo 149, II do ECA aduz que:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

(...)

II - a participação de criança e adolescente em:

a) espetáculos públicos e seus ensaios;

b) certames de beleza.

(...) (BRASIL, 1990)

O mesmo ordenamento em seu artigo 2º⁴ considera-se como criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquele entre doze e dezoito anos de idade. No mesmo sentido autorizando o trabalho dos menores de 14 anos em apresentações artísticas é a Convenção nº 138 da OIT que estabelece o seguinte:

Artigo 8º

1. A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, podem, mediante

licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções à proibição de emprego ou trabalho disposto no artigo 2º desta Convenção, para fins tais como participação em representações artísticas.

2. Permissões dessa natureza limitarão o número de horas de duração do emprego ou trabalho e estabelecerão as condições em que é permitido. (OIT, 1973)

Veja-se que os dois ordenamentos estão em desacordo com a Constituição Federal, pois estão autorizando o trabalho da criança, menor de 14 anos, o que é expressamente vedado pela Carta Magna em qualquer situação, visto que a mesma não abre nenhuma exceção à regra aos menores de 14 anos.

O trabalho infantil artístico não deve ser tratado de forma diferenciada dos diversos outros tipos de trabalho. Em entrevista para este artigo (anexo 1) o Juiz da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte Dr. Cléber Lúcio aduziu que :

O trabalho na mídia televisiva não deve ser tratado de forma diferente do trabalho do menor em outras atividades. A maior exposição da criança justifica cuidados ainda mais acentuados quanto a este tipo de trabalho. A criança deve ser protegida sempre, não sendo justificativa para uma solução contrária a suposta "fama" que a criança pode adquirir por meio da mídia televisiva. (LÚCIO, Cléber, 2013, anexo 1).

Assim é que a Constituição Federal esta no topo das normas, sendo hierarquicamente superior, nenhum ordenamento deve dispor diferentemente do que ela dispõe, entendendo-se que os citados ordenamentos não podem ser utilizados para autorizar o trabalho do menor de 14 anos em nenhuma hipótese, nem ao mesmo em trabalhos artísticos, pois não há nenhuma autorização neste sentido na nossa Carta Maior.

Neste sentido, Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro (2003, p. 64 apud DIAS, 2007, p. 67) menciona que muito embora a Convenção 138 tenha sido ratificada pelo Brasil, esta ingressa no ordenamento jurídico com status de lei ordinária, não podendo sobrepor ao estabelecido na Constituição Brasileira.

Renato Mendes (2012, s/p), coordenador do Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil no Brasil da OIT, também alega que, para que a exceção dessa norma seja válida, no momento de ratificar a convenção, o país teria que determinar explicitamente seus casos excepcionais, o que não ocorreu em relação à atividade artística para o Brasil. Ressaltando também que o que seria permitido, é a participação de crianças em apresentações artísticas, o que é diferente de trabalho artístico.

3.1 Diferença entre Apresentação e Trabalho

É clara a diferença entre apresentações artísticas e trabalho artístico. A apresentação, não contém todos os requisitos da chamada "relação de emprego", que estão previstos no artigo 3º da CLT, quais sejam, pessoa física, o trabalho não pode ser exercido por uma pessoa jurídica; pessoalidade, aquele que exerce uma atividade direta não podendo delegar para outrem; não eventualidade, que é a aquele trabalho prestado de caráter contínuo, duradouro e permanente; subordinação, implicância em obedecer às normas impostas pelo empregador, e por fim a onerosidade, que é o que o trabalhador recebe em contra prestação dos seus serviços.

A apresentação é uma relação sem fim profissional, enquanto o trabalho artístico é extremamente desgastante para a criança, que como já dito, não tem maturidade suficiente para se encontrar em uma relação de emprego. Sobre a diferenciação entre trabalho e apresentação, este também é o posicionamento da Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Kátia Arruma Guimarães (2010):

O trabalho dito "artístico" que esteja inserido em qualquer das hipóteses acima é ilegal e deve ser abolido. Algumas atividades que visam a preservação da cultura local, por exemplo, brincadeiras artísticas como o "bumba meu boi" no Norte e Nordeste, sem relação profissional ou fins lucrativos, não são, em geral, consideradas como trabalho. (GUIMARÃES, Kátia, 2010, s/p, grifo nosso).

É claro que a criança, menor de 14 anos, deve ter contato com a arte, devendo desenvolver seus talentos artísticos, contudo, este contato deve ser feito da maneira e no ambiente adequado, na forma de participação artística e não na forma de trabalho.

O Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (2012, s/p) defende que "deve-se desenvolver o talento aprendendo, para depois entrar no mercado de trabalho na idade certa. A participação artística deve ter caráter lúdico, de formação", afirma Maria de Oliveira, secretária-executiva deste Fórum. Sendo assim, resta claro que uma apresentação de teatro na escola, igreja, não é prejudicial à criança, e nem vai contra aos ordenamentos jurídicos brasileiros.

4 REQUISITOS DO ARTIGO 406 DA CLT

O problema com o trabalho infantil na mídia televisiva não é apenas a do ordenamento jurídico Brasileiro, como se uma emenda constitucional solucionasse a questão, o problema é que, mesmo o trabalho da criança na mídia sendo totalmente autorizado e fiscalizado, ele ainda assim seria prejudicial ao seu desenvolvimento.

O artigo 405, § 3º da CLT considera prejudicial à moralidade do menor o trabalho:

- a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos;
 - b) em empresas circenses, em funções de acróbata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;
 - c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral
 - d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas
- (BRASIL, 1943, grifo nosso).

Contudo, o artigo 406 do mesmo ordenamento dispõe que:

Art. 406 - O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras "a" e "b" do § 3º do art. 405:

I - desde que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral;

II - desde que se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não adir nenhum prejuízo à sua formação moral. (BRASIL, 1943).

Veja-se que o artigo 406 da CLT, estabelece requisitos para que o Juiz de Menores autorize a participação do menor em atividades artísticas. Como já exposto em outra oportunidade, a CLT entende como menor, que pode ter alguma relação de trabalho específico e expressamente previsto, aquele entre 14 e 18 anos, devendo o citado artigo ser aplicado apenas para estes.

Contudo, há quem defende que o trabalho do menor pode ser exercido antes da faixa etária estabelecida, quais sejam 14 anos, como de fato ocorre, desde que os requisitos do art. 406 da CLT sejam preenchidos. Entretanto o que se vê na prática é a violação completa deste dispositivo. Primeiramente por que como já elucidado os menores de 14 anos não podem exercer em hipótese alguma nenhuma atividade laborativa e segundo que os mencionados requisitos, em regra, não são cumpridos.

O primeiro requisito que estabelece que a apresentação deva ter fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral está muito longe da realidade.

Muitas crianças participam de novelas e seriados que não têm nenhum conteúdo educativo, muito pelo contrário, a maioria, principalmente no horário nobre, são extremamente violentas, visam à sexualidade e a maldade.

Para a Juíza Andréa Saint Pastous Nocci (2012, s/p), membro da Comissão de Erradicação do Trabalho Infantil, a criança não pode ser usada, ainda que artisticamente para representar o que ela não é, devendo os papéis delegados a elas serem compatíveis com a idade que tem, representando de forma o mais fiel possível, a idade e maturidade do ator.

Salvo melhor juízo, o posicionamento da Exa. Juíza ainda se encontra fora da realidade, visto que na maioria das vezes, as crianças fazem papéis de filhos rebeldes, mimados, e muitas vezes chantagistas.

Quem não se lembra da menina Rafaela, personagem da atriz mirim Klara Castanho, na novela transmitida pela Rede Globo no ano de 2009-2010 chamada "Viver a Vida"? Rafaela era uma menina extremamente esperta e chantagista. Foi preciso uma intervenção do Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro para que fizessem modificações na conduta da personagem, retirando o seu aspecto de vilã. As Procuradoras do Trabalho que estavam atuando no caso, Maria Vitória Sussekind Rocha e Danielle Cramer (2010, s/p), alegaram corretamente que, a atriz que na época tinha apenas 8 anos, não tem discernimento e formação biopsiossocial para separar o que é realidade do que é ficção. Isso sem contar as eventuais manifestações de hostilidade que ela pode vir a sofrer por parte do público e não compreendê-las.

No entanto, por mais que a criança represente papéis de verdadeira criança, ela ainda assim presencia situações e cenas inadequadas para a sua idade, podendo distorcer a ficção da realidade.

Um exemplo desta situação é a atriz mirim Kiria Malheiros de apenas 9 anos, que interpretou a menina Raissa na novela também transmitida pela Rede Globo em 2012-13 chamada "Salve Jorge". A personagem sofreu da chamada "alienação parental", assunto este muito sério para ser demonstrado com uma criança em fase de desenvolvimento, podendo a mesma ter uma distorção da realidade, além de que para fazer as cenas, a atriz precisa sentir a dor de uma alienação parental, ou seja, a responsabilidade dada a ela é semelhante à de um adulto, sem ter, no entanto, a maturidade e a experiência necessária, podendo causar vários transtornos, além de percepções distorcidas da realidade.

O outro requisito do artigo 406 que estabelece que a ocupação do menor na atividade artística deva ser indispensável para sua própria subsistência ou da sua família, mais uma vez se encontra longe da realidade brasileira. Primeiramente por que, para ingressar na mídia televisiva, principalmente nas grandes emissoras, é muito difícil. Muitas vezes, senão a maioria, quem ingressa são filhos de outros artistas ou

conhecidos. Em outros casos, é preciso muito investimento na carreira artística, como viagens para testes, cursos de teatros, dentre outros. Contudo, diante da realidade brasileira, fica óbvio que uma família de baixa renda, em regra, não faz este investimento, ela investe o pouco dinheiro que tem na alimentação e nos estudos dos filhos, e não com a ilusão de que um dia eles poderão ficar ricos e famosos.

Por todo exposto, fica claro que a participação de menores em atividades artísticas na mídia televisiva esta em desacordo com a legislação, tanto pela falta de regulamentação, quando pela desobediência da legislação presente.

Temos que buscar a proteção integral das nossas crianças, e não fazermos delas frutos do capitalismo, pois, o que as emissoras esperam é que aquela criança faça muito sucesso, para auferir lucros através da mesma.

5 INFLUÊNCIA DOS PAIS

Para a advogada da Rede Record Flávia Marina de Barros Monteiro (2011, s/p) cabe exclusivamente aos pais a decisão sobre o que é melhor para os seus filhos, conforme os hábitos que adotam em família, sua cultura e costumes, não cabendo ao poder público decidir se a criança pode ou não trabalhar com as artes dramáticas antes da idade permitida.

Data vênia, este posicionamento não deve ser levado em consideração, pois o que deve ser observado é a proteção da criança, e não o desejo dos pais em vê-las trabalhando na mídia televisiva, pois esta pode trazer fama e dinheiro. Muitas vezes a criança não quer nem esta ali, sendo obrigada há todos os dias ir ao local de gravações, talvez ela preferisse brincar com os seus amigos do prédio ou da rua, contudo, com a imposição dos pais para fazerem o que não querem, as crianças se sentem obrigadas a fazer, não sabendo dizer não, e muitas vezes mesmo dizendo não, os pais utilizam da sua "soberania" diante do pequenino e o obriga a continuar na carreira artística.

Isto ocorre por que o mundo da televisão é muito visado, de uma forma muito glamurosa, quem não quer ver seu filho aparecendo na televisão, ganhando prêmios e ficando famoso? É um orgulho para os pais quando o filho vai aparecer na televisão. Portanto, nestes casos, não está sendo observado a proteção e o interesse integral da criança, e sim o interesse dos próprios pais, da sociedade extremamente capitalista.

Sandra Regina Cavalcante (2011), autora do livro "Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade" após ter ouvido frases como "essas crianças têm pai e mãe pra cuidar delas, a justiça deve se preocupar com quem é órfão ou com as crianças abandonadas na rua", questiona: "Será que não há várias coisas em comum entre a criança que está vendendo bala no farol e aquela que está ali num estúdio querendo fazer outra coisa?".

Sendo assim, não cabe aos pais estabelecer se o seu filho, menor de 14 anos, pode ou não trabalhar na mídia televisiva. Deve-se obedecer ao que é regulado pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na Constituição Federal, visto que os pais, em regra, têm interesse na fama e no dinheiro que esta pode trazer, e não na proteção integral da criança.

5.1 Projeto de Lei nº 83/2006 e o Poder Familiar

Sobre o cabimento de ficar a cargo dos pais a decisão se o menor pode ou não trabalhar em atividades artísticas, vale mencionar o Projeto de Lei nº 83/2006 proposto pelo Senador Valdir Raupp.

O projeto de lei visa acrescentar dois parágrafos ao já mencionado artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Lembrando que como já dito no item 2 deste trabalho, este artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal. O Projeto de Lei tem a seguinte redação:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº. 83 (SUBSTITUTIVO), DE 2006

Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, para dispor sobre a participação artística, desportiva e afim.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. O art. 60 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 60.

§ 1º. A proibição expressa no caput não alcança a participação artística, desportiva e afim, desde que haja autorização expressa:

I – dos detentores do poder familiar, para adolescente com mais de quatorze e menos de dezoito anos de idade;

II – dos detentores do poder familiar, para criança ou adolescente com menos de quatorze anos de idade, desde que acompanhados por um dos pais ou responsável no local a ser exercida a atividade artística, desportiva ou afim. Na ausência do acompanhante, será exigida autorização judicial.

§ 2º. A autorização de que trata o § 1º. deixará de ser válida se for descumprida a frequência escolar mínima prevista no art. 24 da Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. (NR)"

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2006)

Veja-se que intenção do Senador é que fique a cargo do poder familiar a decisão quanto ao trabalho artístico infantil, justificando que:

A presente iniciativa visa assegurar a crianças e adolescentes o direito de exercerem as atividades de atores, condicionado, porém, em razão da idade, a expressa autorização do detentor do poder familiar, para os maiores de catorze anos, e de autorização judicial, para os situados abaixo dessa idade. (RAUPP, Valdir, 2006, s/p)

Contudo, resta claro que assim como o artigo 60 do ECA, este projeto de lei é totalmente inconstitucional, pois viola a faixa etária aludida na Carta Maior, quais seja, a proibição de que os menores de 14 nos não podem exercer, em hipótese alguma, nenhuma atividade laborativa. Assim como as normas infraconstitucionais, o poder familiar não pode permitir aquilo que é vedado pela Constituição Federal.

O projeto de lei ainda está em trâmite pelo Senado Federal.

6 O TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO PODE CAUSAR DANOS

Aduziu o Magistrado Dr. Cleber Lúcio que "todo trabalho infantil implica menor tempo para ser criança e estudar e, portanto, deve ser evitado." (LÚCIO, Cleber, 2013, anexo 1).

Certo é que toda criança deve ter tempo para brincar, estudar e se divertir. A sociedade rejeita todos os tipos de trabalho infantil, com exceção ao trabalho na mídia televisiva, contudo, este trabalho deve ser tratado de igual forma, pois ele é tão prejudicial como todos os outros.

A criança que trabalha na mídia televisiva tem uma rotina extremamente exaustiva, se assemelhando a de um adulto, são muitas horas de gravações, entrevistas, tendo muitas vezes que viajar para gravar cenas em outros locais, cidades ou até mesmos países. Essa rotina prejudica e muito o desenvolvimento daquela criança, diminuindo o seu tempo para brincar e estudar, sendo muito difícil conciliar todas estas coisas, deixando sempre alguma de lado.

Um quadro chamado "Diário de Gravação" exibido pela Rede Globo no programa Vídeo Show em 12.04.2012 apresentou a rotina de gravações da atriz mirim Klara Castanho. Neste quadro, a atriz conta que acorda todos os dias às 6 horas da manhã para ir à escola, e logo depois vai para os estúdios da Globo gravar a novela, que na época do quadro era "Amor eterno Amor", novela do ano de 2012. Klara conta também que grava muitas cenas e que estuda no intervalo destas.

Primeiramente, pode-se observar a rotina pesada desta criança, acordando às 6 horas da manhã e logo após a escola indo gravar suas cenas, rotina esta que se assemelha a de um adulto.

O segundo ponto é que a atriz aduz que estuda no intervalo das gravações, ora, é claro que esta maneira de estudo é totalmente inadequada, pois no estúdio tem muitas pessoas, muito movimento, o que acaba tirando a atenção da criança, assim como ocorria com o ator americano Noah Gray-Cabey, à época tinha apenas 12 anos, em entrevista a Folha de São Paulo (2007, s/p), o ator relatou que: “Minhas aulas são no set, o que é difícil, pois sou interrompido o tempo todo.”

Como é sabido, é difícil até para um adulto conciliar todas as suas obrigações cumprindo-as de forma efetiva, imagina para uma criança, que ainda esta em desenvolvimento. A criança não deve ter toda essa responsabilidade, o seu tempo deve ser dedicado para brincar e estudar, e não para trabalhar.

Outro ponto importante é que a criança não tem maturidade o suficiente para entender os acontecimentos corriqueiros da vida, como por exemplo, não ser chamada mais para participar de novelas, mini séries e seriados. Como já exposto, muitas vezes as crianças não querem trabalhar na mídia televisiva, mas estão lá por imposição dos seus pais. Contudo, há aquelas que foram trabalhar por vontade de seus pais e acabaram gostando, desenvolvendo muito bem o seu talento artístico.

Acontece que, como um adulto pode ser dispensado do seu emprego, uma criança artista pode cair no esquecimento, não sendo mais cotada para o trabalho em novelas e afins. Por óbvio que uma criança não é psicologicamente preparada, ou madura para este tipo de acontecimento, se para um adulto tal situação é ruim, imagina uma criança ter que viver este tipo de circunstância, a criança pode vir a ficar deprimida. Sendo assim, resta claro que devemos proteger os pequenos deste tipo de situação tão corriqueira no nosso país, e o modo de proteger é evitando completamente este tipo de trabalho.

Além do exposto até aqui, o ingresso da criança no mercado de trabalho, seja na mídia, seja em qualquer outro, traz um amadurecimento precoce, o que não pode e nem deve ocorrer, tal amadurecimento deve ocorrer aos poucos, a criança deve viver o seu dia a dia como criança, tendo tempo para brincar, interagir com outras crianças e estudar, devendo na idade certa, já estipulada no nosso ordenamento jurídico decidir se quer ou não ingressar no mercado de trabalho. Sobre o tema estas são as palavras de Josiane Rose Petry Veronese (2007):

Crianças e adolescentes estão em processo especial de desenvolvimento. O trabalho precoce afeta diretamente o desenvolvimento físico e psicológico, ao sujeitá-los a esforços perigosos ou que vão além de suas possibilidades estruturais, resultando num pseudo-amadurecimento, pois anula a infância, a juventude e compromete as possibilida-

des de uma fase adulta saudável. (...). O trabalho infantil gera um nível elevado de cansaço, pois a capacidade de resistência da criança e do adolescente ainda é limitada, se comparada às exigências laborais adultas. (...)

Outro aspecto importante a ser considerado como consequência do trabalho infantil são os efeitos psicológicos, pois a inserção no mercado de trabalho estimula o abandono da infância, fazendo precocemente ingressarem no mundo adulto. Os prejuízos ao desenvolvimento psicológico e intelectual afetam as crianças e adolescentes trabalhadores, refletindo e todo o seu conjunto de relações pessoais e sociais. As necessidades normais da infância e da adolescência não sendo satisfeitas provocarão um amadurecimento precoce, determinando alterações no equilíbrio psicológico na fase adulta. As responsabilidades inerentes ao trabalho provocam, em suas raízes, a perda dos aspectos lúdicos, primordiais para o desenvolvimento de uma infância saudável e equilibrada; o trabalho, com todas as regras que comporta, ao provocar a submissão, acaba por resultar na inibição das características específicas do ser criança que é BRINCAR, expressar fantasias. A criança e, na maioria das vezes, o adolescente, não dispõe de condições próprias para avaliarem os efeitos e impactos de seu ingresso precoce no mercado de trabalho, sobretudo por desconhecerem as reais necessidades e condições relevantes para o seu desenvolvimento integral.

(grifos nossos) (VERONESE, Josiane, 2007, p. 105 apud DIAS, Amanda, 2007, p. 71, grifo nosso).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo concluiu-se que o trabalho da criança, sendo estas menores de quatorze anos, não pode ser permitido de nenhuma forma, nem ao mesmo na mídia televisiva, sendo ele totalmente prejudicial, devendo ser respeitada sempre a idade mínima compreendida no ordenamento jurídico brasileiro.

Qualquer ordenamento que contrarie a Constituição Federal em relação à idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho não deve ser observado, devendo este ser considerado inconstitucional pelo fato da nossa Constituição Federal ser hierarquicamente superior a todas as outras normas. Sendo assim, nenhuma norma infraconstitucional pode prevê fato contrária ao que determina a Carta Magna.

Conclui-se também que o fato da criança não poder exercer nenhuma atividade laborativa não diz respeito apenas ao fator da idade proibida pela Constituição Federal, deve-se observar que todo o tipo de trabalho exercido por estas, é totalmente prejudicial a sua formação, retirando o seu tempo de brincar e estudar, levando estes pequenos a uma responsabilidade e a um amadurecimento precoce, fato este que não deve ocorrer em nenhuma hipótese. Criança tem o direito de ser criança!

(...)

Criança não trabalha, criança dá trabalho

Criança não trabalha...

Lápis, caderno, chiclete, pião

Sol, bicicleta, skate, calção

Esconderijo, avião, correria, tambor, gritaria, jardim, confusão

(...) (ENCANTADA, Palavra, 2010, s/p)

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Paulo Henrique Figueredo de. O trabalho do menor em atividades artísticas e desportivas à luz do ordenamento jurídico nacional. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2506, 12 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14840>>. Acesso em: 17 de maio 2013.

ARRUDA, Kátia. TST- Tribunal Superior do Trabalho. Kátia Arruda diz que trabalho artístico infantil pode ter consequências irreparáveis. 2010. Disponível em < http://www.tst.jus.br/noticias//asset_publisher/89Dk/content/katiaarrudadizquetrabalhoartisticoinfantil-podegerardanosirreparaveis?_101_INSTANCE_89Dk_redirect=http://www.tst.jus.br/noticias?p_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn3%26p_p_col_pos%3D2%26p_p_col_count%3D5> Acesso em: 13 de maio 2013.

BRASIL. CLT (1943). Consolidação das Leis Trabalhistas, 1943. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 21 de abril 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 de abril de 2013.

BRASIL. ECA (1990). Estatuto da Criança e do Adolescente. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 21 de abril de 2013

CAVALCANTE, Regina. REVISTA ONLINE ECODEBATE- Trabalho infantil artís-

tico: As crianças que trabalham bem diante do seu nariz. 2011. Disponível em: < <http://www.ecodebate.com.br/2011/09/14/trabalho-infantil-artistico-as-criancas-que-trabalham-bem-diante-do-seu-nariz/>> Acesso em: 12 de maio 2013.

Cf. SANTOS, Izequias Estevam dos. Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica. 7 ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010.

DIAS, Amanda Bedin. O Trabalho da Criança e do Adolescente no Brasil: Análise dos aspectos jurídicos de sua permissão na mídia televisiva. Presidente Prudente/SP, 2007. Disponível em: <<http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/650/665>> Acesso em: 25 de abril de 2013.

ENCANTADA, Palavra. Criança não trabalha. 2010. Disponível em: <<http://letras.mus.br/palavra-cantada/447926/>> Acesso em: 25 de maio de 2013.

Folhinha. UOL. Noah tem superpoderes. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folhinha/dicas/di01090706.htm>> Acesso em: 17 de maio de 2013.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. Ciência e conhecimento científico. In: Metodologia científica. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Renato. Meia Infância. Os limites do trabalho artístico infantil. Debate sobre necessidade de proibição ou regulamentação do trabalho infantil artístico ainda está em aberto. 2012. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/trabalho infantil/os-limites-do-trabalho-artistico-infantil/>> Acesso em: 15 de maio de 2013.

Meu Advogado. Crianças e adolescentes: quais direitos cabem a eles e como podemos colocá-los em prática?. 2011. Disponível em: < <http://www.meuadvogado.com.br/entenda/criancas-adolescentes-direitos-colocar-em-pratica.html>> Acesso em: 17 de maio de 2013.

NOCCHI, Andréa Saint Pastous. TST- Tribunal Superior do Trabalho. TST se prepara para julgar processo de trabalho infantil artístico no SBT. 2012. Disponível em < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2603095 > Acesso em: 12 de maio 2013.

OIT (1973)- Organização Internacional Do Trabalho. Convenção 138. Disponível em: < <http://www.oit.org.br/sites/all/ipec/normas/conv138.php>> Acesso em: 21 de abril de 2013.

OLIVA, José Roberto Dantas. O trabalho infanto- juvenil Artístico e a idade mínima: Sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização. In AMATRA. São Paulo: LTR, 2010. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/2237892/2544819/Artigo++Jos%C3%A9+Roberto+Dantas+Oliva++Trabalho+infantojuvenil+art%C3%ADstico+e+a+idade+m%C3%ADnima..pdf>> Acesso em: 21 de abril de 2013.

OLIVEIRA, Maria. Os limites do trabalho artístico infantil. Debate sobre necessidade de proibição ou regulamentação do trabalho infantil artístico

ainda está em aberto. 2012. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/trabalhoinfantil/os-limites-do-trabalho-artistico-infantil/>> Acesso em: 15 de maio de 2013.

Portal do Senado. PLS - Projeto de lei do senado, nº 83 de 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77337> Acesso em: 17 de maio de 2013.

SHOW, Vídeo. Diário de Gravação: O dia a dia da atriz mirim Klara Castanho. Disponível em: <<http://globo.com/rede-globo/video-show/v-diario-de-gravacao-o-dia-a-dia-da-atriz-mirim-klaracastanho/1900722/>> Acesso: 21 de abril de 2013.

SUSSEKIND Vitória Maria e CRAMER Danielle. PLOX. Aconteceu. Personagem de atriz mirim é questionado pelo MPT. 2010. Disponível em: <<http://www.plox.com.br/caderno/aconteceu/personagem-de-atriz-mirim-%C3%A9-questionado-pelo-mpt>> Acesso: 17 de maio de 2013.

TST- Tribunal Superior do Trabalho. A difícil tarefa na regulamentação do trabalho infantil artístico. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/a-dificil-tarefa-na-regulamentacao-do-trabalhoinfantil-artistico > Acesso em: 12 de maio 2013.

NOTAS DE FIM

1 Acadêmica do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário Newton

2 Art. 7^a. XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (BRASIL, CF, 1988)

3 Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. (BRASIL, CLT, 1943)

4 Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, ECA, 1990)

5 Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, CLT, 1943)

ANEXO 1

ENTREVISTA AO MAGISTRADO DA 21ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE, DR. CLÉBER LÚCIO.

Qual a sua opinião a respeito do trabalho de crianças na mídia televisiva?

O trabalho na mídia televisiva não deve ser tratado de forma diferente do trabalho do menor em outras atividades. A maior exposição da criança justifica cuidados ainda mais acentuados quanto a este tipo de trabalho. A criança deve ser protegida sempre, não sendo justificativa para uma solução contrária a suposta “fama” que a criança pode adquirir por meio da mídia televisiva.

O trabalho da criança na mídia televisiva, pode ser considerado um trabalho, no sentido literal?

Trabalho, do ponto de vista jurídico, é atividade humana desenvolvida em favor de outrem. O fato de o trabalho ser prestado na mídia televisiva não altera este fato.

Há fiscalização para este tipo de trabalho? Quem realiza essa fiscalização?

O trabalho na mídia depende de prévia autorização judicial e deve ser fiscalizado pelos conselhos tutelares.

Qual a idade correta que os menores deveriam começar a trabalhar, tanto na carreira artística quanto em outras?

A idade para o trabalho do menor deve observar os limites impostos pela Constituição.

Há algum tipo de trabalho que não seria prejudicial ao menor?

Todo trabalho infantil implica menor tempo para ser criança e estudar e, portanto, deve ser evitado.

O Senhor acha correto que a expedição do alvará para que os menores exerçam atividade na mídia televisiva seja do Juiz da Vara da Infância e da Juventude?

Sim, o Juiz da Vara da Infância e da Juventude é que deve ser ouvido quando se trata do trabalho do menor. Há quem diga que a autorização deveria ser concedida pela Justiça do Trabalho, mas o foco deve ser a criança e não o trabalho. Com isto, a competência deve ser mantida nos moldes atuais.

O TRIBUNAL DO JURI: JUIZ LEIGO

Desiree Tavares da Silva¹

RESUMO: O objetivo específico deste trabalho é apresentar um notório conhecimento jurídico como novo requisito a ser analisado pelo judiciário a cerca da composição do júri.

PALAVRAS-CHAVE: Influência da mídia. Tribunal do Júri. Princípios Constitucionais. Juiz leigo. Quesitos de seleção.

ÁREA DE INTERESSE: Direito penal

1 INTRODUÇÃO

Desde o início da vida do indivíduo, este sofre influências das mais diversas possíveis. Seja em sua relação com pai e mãe, com irmãos, com amigos e até na sua relação interpessoal. Sobre essas influências é que nascem os valores de cada pessoa; nasce o conceito de certo e errado, de ética, de moral, de costumes, entre outros.

Contudo, não podemos deixar de mencionar que os meios de comunicação também influenciam no estabelecimento de pré-conceitos, como por exemplo, a televisão e as redes sociais. No auge do século XXI, no qual estamos, é a mídia quem dita moda, comportamentos, ideologias, entre outros.

No mesmo contexto, também estamos sujeitos a normas estabelecidas pelo Estado que propicia (ao menos tenta) uma convivência harmônica e pacífica. Não há comunidade ou sociedade que sobreviva sem o estabelecimento de normas comuns a todos e o Estado faz isso por meio de "Códigos".

O Código Penal é caracterizado como a *ultima ratio*, ou seja, este é o código que funciona por último, quando já houve violação a um bem ou direito alheio. Este é a última instância na tentativa de controle social.

Vivemos em Estado Democrático de Direito onde este e qualquer outro código devem garantir a defesa do acusado. E é exatamente aqui que esbarramos no objetivo deste trabalho. Este visa apresentar a influência que a mídia exerce sobre os jurados leigos.

A mídia, por meio do sensacionalismo exacerbado, penetra na íntima convicção do jurado levando-o a classificar como verdade absoluta a informação passada pela mídia. Este jurado irá compor o Tribunal do Júri com seus conceitos e opiniões pré-definidos sendo, no mínimo inviável, a plenitude de defesa, por intermédio do advogado do réu, a alteração desta convicção formada pela mídia e absorvida pelo jurado.

Então, como tornar o Conselho de Sentença (protegido pela soberania dos veredictos) menos influenciáveis pela opi-

nião midiática? Este é o objetivo específico deste Trabalho que apresenta um novo e principal requisito para que um cidadão integre o Conselho de Sentença.

2 O TRIBUNAL DO JURI – ORIGEM E COMPOSIÇÃO

O modo pelo qual se julga a morte dolosa (Crime definido pelo Código Penal - Decreto-lei 2848/40) é o TRIBUNAL DO JURI, versado em minúcias, no que tange seu procedimento, no Código de Processo Penal.

A palavra "júri" advém do latim que significa "fazer juramento", que nada mais é do que invocar Deus por testemunha, pois júri era o antigo juramento de Deus que se restabelecia ou se mantinha transformado. Insta salientar que o primeiro homicídio da história, é relatada pela bíblia onde Caim se empenha no objetivo de ceifar a vida de seu irmão Abel:

GENEIS 4, versículo 8:

... Entretanto, Caim disse ao seu irmão Abel: Vamos sair. E quando estavam no campo, Caim se lançou contra seu irmão e o matou... (BÍBLIA SAGRADA, 1990, p.17)

Foi na Carta Magna Inglesa que este instituto apareceu especificado e serviu de modelo para o mundo todo. Na Inglaterra, existiu, até 1993, o *Grand Jury* onde este, era composto por 12 a 24 pessoas comuns, do povo. Atualmente, só existe na Inglaterra, o *Petit Jury*, que apenas apresenta veredito de "culpado ou inocente" (*guilty or not guilty*).

Diferentemente da Inglaterra, o júri Norte-Americano possui refúgio constitucional como apresenta o artigo 3º, seção II, item 3 (três) que diz:

O julgamento de todos realizar-se-á no Estado em que os crimes tiverem sido cometidos; mas, quando

não sejam cometidos em nenhum dos Estados, o julgamento ocorrerá na localidade ou localidades que o Congresso designar por lei.

Contudo, foi à jurisprudência quem estabeleceu a fórmula procedimental do júri que deverá funcionar com 12 (doze) jurados presididos por um juiz togado.

O júri Norte americano é composto de *Grand Jury* e o *Petit Jury*. Há uma diferença entre estes dois juris. O *judicium accusationis* é feito pelo *Grand Jury* e este é obrigatório na jurisdição federal para todos os crimes considerados graves. A composição deste *Grand Jury* sofre alterações de Estado para Estado, e seu número de jurados vai de 16 a 23 membros. Já o *Petit Jury* possui competência de julgar se o réu é inocente ou culpado (*guilty or not guilty*), sendo ainda passível aos jurados, fazer uma recomendação da pena a ser aplicada ao réu. Vale acrescentar que nas Cortes Federais é permitido ao réu abrir mão do seu direito ao julgamento pelo júri, desde que faça de forma consciente e, orientado por um advogado, faz-se necessário à concordância do Promotor e do Juiz. Em alguns Estados não há essa possibilidade nos casos de crimes graves ou punidos com pena de morte.

O júri surgiu na França por intermédio da Revolução Francesa onde tinha como objetivo, retirar o poder de julgar das mãos dos magistrados e devolvê-lo ao povo. Esse motivo baseava-se na "falta de fé"³ no trabalho realizado pelos juízes que atuavam em favor do monarca absoluto. Essa desconfiança gerou a exclusão dos Tribunais na tarefa de garantir e defender a Constituição Francesa. Desde então, incitou-se uma tradição na França que se estende aos dias de hoje.

Depois de inúmeras normatizações, o júri consolidou-se como escabinato² e, na verdade, o júri é uma parte da *Cour d' Assises*. A escolha dos jurados passa por uma seleção com a presença de deputados locais e membros da Ordem dos Advogados. As listas anuais e especiais são enviadas ao Prefeito, que por sua vez, conduz as listas aos Presidentes de cada Câmara. É realizado o sorteio em audiência pública de 35 (trinta e cinco) jurados, trinta dias antes da abertura das sessões da *Cour d' Assises*, bem como o sorteio da lista dos 10 (dez) jurados suplentes e ambos, retirados da lista anual. Desta lista de 35 (trinta e cinco), na presença do acusado, ocorre o sorteio de 9 (nove) nomes que comporão o corpo de jurados leigos que participarão da sessão de julgamento. E na França, é permitido que o jurado interroge as testemunhas.

Diferente de alguns países, o Tribunal do Júri é facultativo em Portugal, ou seja, só ocorre se as partes assim requererem, por regra geral, recai sobre as partes a responsabilidade de o julgamento ser efetuado pelo tribunal coletivo, ficando sua intervenção completamente limitada à manifestação de julgamentos de matéria de processo penal. O Júri português é composto por 03 (três) juízes, que compõem o tribunal coletivo, por 04 (quatro) jurados efetivos e por mais

04 (quatro) jurados suplentes. O presidente do Tribunal Coletivo é o mesmo para presidir o Tribunal do Júri (um dos três juízes togados).

Atualmente, o júri espanhol é regulamentado pela Lei orgânica n. 5/95, além de ter sua previsão constitucional no artigo 125 da Constituição do Reino da França. Essa lei orgânica prevê como competência do Tribunal de Júri Espanhol, os crimes contra as pessoas, os crimes cometidos por funcionários públicos no exercício do cargo; crimes contra a honra, contra a liberdade e a segurança e os crimes de incêndio. Este júri é composto por 09 (nove) jurados, e 01 (um) magistrado, pertencente à Audiência Provincial³, e este, presidirá o júri. Vale elucidar que na Espanha, a função do jurado, na Espanha, é remunerada.

Merece destaque duas características o Júri espanhol: o júri pode ser dissolvido por concordância das partes. Noutra possibilidade, se o Ministério Público, a qualquer momento, desistir do pedido de condenação do acusado, o júri deverá ser dissolvido pelo juiz-presidente e este, proferirá a sentença absolutória.

3 O TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Bem como a raiz da Constituição Brasileira encontra-se baseada no direito francês, o estabelecimento do Tribunal de Júri não fugiu a regra.

O júri foi instituído no Brasil, no intuito de julgar crimes de imprensa, por meio da lei de 18 de junho de 1822. Esse júri era composto por 24 (vinte e quatro) membros que saíam de uma lista de homens considerados "homens bons, honrados, inteligentes e patriotas". Essa representatividade começou a ver-se desmantelada à medida que só poderiam ser jurados os denominados "homens bons" e a sociedade daquela época, era uma sociedade desigual e escravocrata.

O ano de 1841 trouxe a reforma processual que reestabeleceu a competência do júri sobre os crimes da lei 562 de 2 de julho de 1850 (que retirou da competência do júri os crimes de moeda falsa; roubo; homicídio nos municípios de fronteira do Império; resistência e retirada de presos além da bancarrota) e extinguiu a função de formação de culpa e pronuncia da competência da autoridade policial e a passou para os juízes de direito.

Mesmo com a Proclamação da República, o júri foi mantido. O que alterou foi o decreto 848, de 11 de outubro de 1890 onde foi criado o júri federal que deveria ser composto por doze jurados (sorteados de uma lista de 30 (trinta) nomes) que integrassem o corpo de jurados estadual da respectiva comarca.

Em 1937 houve o surgimento da Constituição do Estado Novo que não previu a existência do júri sendo este, regulamentado pelo o Decreto 167 no mesmo ano. A título de curiosidade, aqui o Tribunal do Júri não estava mais elencado no Capítulo denominado "Dos Direitos e Garantias Individuais", mas sim no Capítulo "Do Poder Judiciário", saindo da esfera da cidadania

rumo à esfera Estatal.

Em 1946, o júri recuperou a soberania perdida em 1937. Ele foi recolocado no Capítulo "Dos Direitos e Garantias Individuais" e ganhou, também, a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Com a instauração da Constituição de 1988, o júri recuperou seu status de soberano e continuou pertencente ao Capítulo "Dos Direitos e Garantias individuais".

Nos dias de hoje, sua composição é inteiramente diferente e o mesmo se deu com a sua competência. Hoje, o Tribunal de júri é composto pelo Juiz-Presidente juntamente com o Conselho de Sentença. Este Conselho de Sentença é composto por sete jurados leigos (pessoas do povo) escolhidos através de sorteio em procedimento regulado por lei. O Juiz-Presidente é o denominado Juiz Togado, ou seja, ele é o órgão do Poder Público.

O juiz togado é o responsável pela condução do procedimento, lavratura da sentença final após a apresentação das conclusões do corpo de jurados, por meio de resposta de quesitos.

O Tribunal do júri é regido pelos seguintes preceitos constitucionais:

1 - a plenitude de defesa: são assegurados ao réu todos os meios legais de defesa;

2 - o sigilo das votações: é o dever de silêncio entre os jurados onde não pode ser comentado o voto do jurado com os demais do Conselho de Sentença;

3 - a soberania dos veredictos: versa sobre a conservação do desejo do Conselho de Sentença que representa a vontade da população;

4 - a competência dos crimes dolosos contra a vida: julga crimes dolosos contra a vida, mas por conexão, pode julgar demais tipos penais.

O procedimento no Tribunal do Júri é bifásico, ou seja, existem duas fases bem definidas quais sejam: Sumário de Culpa e Julgamento em plenário.

3.1 A Primeira Fase do Tribunal do Júri:

Instrução preliminar

Essa fase também é denominada Instrução Preliminar ou do *judicium accusationis* e é nela onde se define se o crime é ou não de competência do Júri. Nos dizeres de PACELLI⁴: "A fase da instrução preliminar é, então, reservada para a definição da competência do Tribunal do Júri, com o que se examinara a existência, provável ou possível, de um crime doloso contra a vida."

É neste momento que o juiz decidirá se a denúncia oferecida pelo Ministério Público deve ou não ser levada a júri. Decisão esta pautada no juízo de probabilidade, pois é o Tribunal do júri (sessão em plenário) que decidirá se o réu é ou não culpado do crime a ele imputado. Em comparação com a Área Cível, faz-se, aqui, um juízo de admissibilidade analisando a existência, autoria e natureza do crime.

Nessa fase a sentença, que marca seu fim, devera: oferecer a desclassificação; absolver sumariamente; optar pela impronuncia ou pronunciar o réu.

3.2 A Segunda Fase do Tribunal do Júri:

Julgamento em Plenário

Inicia-se a Fase em Plenário com a abertura da sessão onde será feita a conferência de presença dos jurados selecionados e que compõem estes, uma lista de vinte e cinco.

Dentre estes vinte e cinco jurados, que são obrigados a comparecerem, sorteiam-se 07 (sete) que irão compor o Conselho de Sentença. Isto feito estará montado o Conselho de Sentença.

3.3 Jurados

O Tribunal do júri, consoante o CPC, compõe-se de um juiz de Direito (que é o Presidente), e vinte e cinco jurados que serão sorteados dentre os alistados, dos quais sete constituirão o Conselho de Sentença.

Conforme preceitua o CPC nos arts. 425 e 426 deverão ser feitas de forma anual, listas de jurados pelo presidente do Tribunal do Júri que seguira a seguinte regra:

Numero de habitantes da comarca	Numero de jurados a serem listados
Comarca com mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes	800 (Oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados
Comarca com mais de 100.00 (cem mil) habitantes	300 (trezentos) a 700 (setecentos) jurados
Comarca de menor população	80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) jurados

A lista geral dos jurados deverá apresentar nome e respectivas funções e será publicada até o dia 10 de Outubro de cada ano. Essa publicação poderá ser feita pela imprensa ou em forma de edital fixado a porta do Tribunal do Júri. Poderá essa lista, ser modificada pelo juiz presidente mediante reclamação de qualquer pessoa do povo ou, até mesmo, de ofício, até 10 de Novembro que é a data definitiva da publicação.

Após a organização da pauta ⁵, o juiz presidente intimará o RMP, Representante da OAB e da Defensoria Pública para que acompanhem o sorteio dos jurados que atuarão, sendo que este deverá ser realizado entre o 10º e 15º dia útil antecedente a reunião. Este sorteio deverá ser feito a portas abertas, sendo que este deverá sortear dentre os listados, o numero de 25 (vinte e cinco jurados) para reunião periódica ou extraordinária. Lembrando que, caso as partes não compareçam, não há adiamento da audiência de sorteio.

Em ato contínuo, serão fixados no edifício do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados bem como nome dos acusados e respectivos defensores além de dia e local da AJJ.

No dia da AJJ, o juiz presidente decidirá dispensa de jurados ⁶. Dos 25 (vinte e cinco) jurados sorteados, o juiz presidente declarará instalados os trabalhos se estiverem presentes, pelo menos, 15 jurados. Deverá constar em ata os casos de impedimento e caso não haja o numero mínimo exigido por lei, será feito o sorteio dos suplentes e remarcada a sessão do júri ⁷.

Caso estejam presentes os 15 jurados, o juiz presidente informará aos jurados que uma vez sorteados, eles não poderão

comunicar-se entre si ou com qualquer outra pessoa tão pouco manifestarem sua opinião sobre o processo.

O juiz verificará se estão presentes na urna as cédulas correspondentes aos jurados presente e então, fará o sorteio de 07 (sete) jurados que irão compor o Conselho de sentença. O Juiz presidente lerá os nomes à medida que forem sendo sorteados e é concedida a defesa e acusação, respectivamente, recusar 03 (três) jurados sem motivar.

Formado o Conselho de Sentença, o Juiz presidente fará a leitura, em conjunto com os jurados, da prestação de compromisso pelos jurados, conforme art.472 do CPP⁸.

Consoante art. 436 do CPP, que inicia a seção VII, versa sobre a condição primordial para que qualquer do povo se aliste para ser jurado, qual seja MAIOR DE 18 ANOS e NOTORIA IDONEIDADE.

Esta IDONEIDADE MORAL é a linha norteadora da formação da lista de jurados. Nada mais apresenta o Código de Processo Penal como requisito para ingresso no júri

4 MIDIA, OPINIÃO PUBLICA E JÚRI.

Opinião, mídia e júri são palavras interligadas, mas com significados bem diferentes.

MÍDIA é uma palavra derivada do latim *médium*, que significa "meio". Em consonância com o Dicionário Aurélio, mídia significa: "Designação genérica dos meios, veículos e canais de comunicação, como, p.ex. jornal, revista, rádio, televisão, outdoor, etc." ⁹.

Já de acordo com o Dicionário Silveira Bueno, MIDIA seria um meio de alcance de massas, *in verbis*: "Propaganda; conjunto

dos meios de comunicação (jornais, revistas, rádio, televisão, etc.) para alcançar as massas, com fins de propaganda”¹⁰.

Em análise aos conceitos acima expostos, entende-se por MÍDIA, um instrumento que visa apresentar uma ideia para outras pessoas. Ideia essa, dirigida a um público extremamente diversificado.

A mídia, em âmbito geral, pode se apresentar de forma escrita (revistas, jornais, outdoors, entre outros) e de forma falada (rádio, televisão e cinema). Há, também, no auge do séc.XX, a mídia realizada por meio de forma eletrônica (e-mails, sites, blogs, rede sociais, entre outras).

Talvez por possuir um tipo de mídia falada, plausível de aplicação de sensacionalismo exacerbado, a mídia televisiva possui o maior faturamento em comparação com os outros meios midiáticos. Cerca de 90% da população brasileira possui um aparelho de TV mesmo com o crescimento acentuado da internet. Destarte, é de se concluir que a televisão é, ainda, o melhor modo de divulgação de informações, de formação de opinião.

Devido a esse acesso fácil à informação (ou manipulação), fica cada vez mais difícil formular um conceito, ter uma opinião, sem que a mídia intervenha nesta formulação. O próprio Ministro Carlos Ayres Brito, declara, em seu voto na ADPF 130-7¹¹, que a imprensa é “instância de comunicação em massa” e que por uma sorte, ela poderia influenciar cada pessoa e até mesmo, formar o que se denomina “opinião pública”¹².

Já os jurados são escolhidos dentre os comuns da sociedade para que se estabeleça um “padrão de normalidade” no Tribunal do júri. Daí a notória idoneidade moral, pois os jurados devem representar a opinião da sociedade e não a opinião da mídia.

O problema nessa formação de “opinião pública” é até que ponto é protegido as garantias constitucionais do júri, sobre a opinião formada? Até que ponto essa informação desentreada pela mídia (que busca pontos no IBOPE), altera a condenação ou absolvição de um réu? Até que ponto essa opinião da mídia se confunde com a opinião individual do Conselho de Sentença?

É o que visa esse trabalho: analisar a influência da mídia no tribunal do júri devido à publicação de várias informações ao público, em geral.

4.1 Mídia e jurados

Como já elucidado em capítulo oportuno, o jurado é selecionado mediante uma lista onde qualquer do povo esta facultado a se inscrever. Estes jurados são pertencentes as mais diversas camadas da sociedade sob os quais não possuem nenhum conhecimento prévio de matéria penal tão pouco processual penal. Os jurados possuem o dever de representar a sociedade, devem votar pautados em sua íntima convicção condenando ou absolvendo o réu.

Quase 90% das famílias brasileiras possuem um meio de

comunicação em massa denominado TV, em pesquisa realizada pela Fundação Roberto Marinho. Na função de divulgar informações, a TV (principalmente hoje em dia) realiza coberturas de casos famosos que acabam indo a julgamento pelo Tribunal do Júri.

A mídia se mobiliza em prol de “informações exclusivas” para repassá-las aos telespectadores. Contudo, essa mesma mídia utiliza de jogos de palavras para influenciar ou motivar a população a “odiar” o réu sem, nem mesmo, ouvir sua versão dos fatos.

O maior problema em todo esse contexto é que o telespectador hoje é o jurado de amanhã. Jurado esse que também assistiu as manchetes, seja no rádio, na TV. Este jurado, que possui representatividade social, foi bombardeado ou até mesmo convencido pela opinião midiática.

O poder da mídia é um dos principais fatores que impedem os jurados de exercer de forma correta sua representação social resguardado no texto Constitucional.

O corpo de jurados composto de leigos, sem formação jurídica estaria mais propenso a erro do que um conhecedor jurídico, pois um juiz leigo é mais influenciável pela opinião midiática do que um cidadão com certo conhecimento jurídico embora este também esteja sujeito a motivações externas.

É preciso admitir que a decisão pautada na íntima convicção dos juízes leigos sofre influências externas, ao processo, advindas da opinião midiática, pois o sensacionalismo, a alta repercussão, as diversas versões apresentadas a um só caso pela mídia influencia sim o Conselho de Sentença uma vez que estes compõem a sociedade como um todo.

Os jurados, muitas vezes, são inquiridos a respeito de matérias, presentes nos quesitos, que estes desconhecem ou não compreendem. Essa é a oportunidade que a mídia tem de formular uma condenação e inserir nas mentes dos jurados, a opinião que concede mais IBOPE.

Marcio Thomaz Bastos criticou severamente um mito antigo que alega que a imprensa é o espelho da sociedade e se as informações divulgadas eram cruéis à culpa seria da realidade e não da mídia, *in verbis*:

Um mito, antigo e defasado, serve de exculpação a esses desmandos: a de que a imprensa é meramente um espelho da realidade, de que ela apenas reflete os fatos que se passam no mundo, sem nenhuma interferência sobre eles. Portanto, se a realidade mostrada é cruel, a culpa não é da imprensa, mas da realidade.

Nada mais falso do que essa visão mecanicista, simplista e deformadora. Ao contrário, o que se verifica hoje, (...) é que a mídia não é apenas uma

*cronista da realidade; ela se torna cada dia mais, a protagonista da realidade, influenciando, modificando e construindo os fatos, interagindo com os atores da vida real a ponto de construir outra realidade...*¹³.

Nelson Hungria, na conferência de 1962, já havia alertado sobre a influência da mídia sobre casos famosos, cita-se: "Trata-se de um problema cuja relevância está mundialmente reconhecida – a necessidade de conciliação entre o interesse da liberdade de imprensa e o da liberdade e serenidade da justiça penal."

Nota-se que desde aqueles tempos, já havia a preocupação em relação à repercussão midiática. Titta Mazzuca denominou esse fenômeno de "époque médiatissé", ou seja, época da mídia. Ressaltou, ainda, que o juiz togado deveria evitar o contato com a mídia porque ele deve dizer a verdade sobre o processo e essa verdade, poderia vir a incomodar a própria mídia como a população.

A pressão e a forte influência da mídia tendem a envolver os jurados pela opinião pública ali construída (na verdade, o que a mídia disse que a sociedade pensa). Pensamento este orquestrado por uma publicidade desmedida e por isso, torna-se tão difícil exigir deles conduta diversa. Essa forte influência da mídia faz com que desapareça a independência do julgador popular que decidirá consoante coação irresistível da mídia.

O Brasil é um país onde a população vive sob a égide da violência e da impunidade. E, às vezes, em prol da satisfação social, a mídia escolhe um acusado (não importa se culpado ou inocente) que seja famoso para render lobo, para que este seja crucificado. Márcio Thomaz Bastos, advogado e Presidente da OAB/SP nos anos de 1985/1987, a respeito de sua opinião quanto à divulgação exacerbada da mídia em casos de homicídios famosos disse: "isso não faz bem a justiça, nem a liberdade."

4.2 Princípios Constitucionais, Opinião e júri.

No contexto da evolução da mídia, os juristas preocupam-se, a cada dia mais, com a preservação de alguns princípios constitucionais basilares do direito.

4.2.1 Princípios Constitucionais

Em decorrência da história da democratização do Estado Brasileiro, a Constituição de 1988, consagrou alguns princípios basilares do processo em si.

Em qualquer esfera, seja a cível ou criminal, estes princípios são consagrados a fim de se obter o que a doutrina denomina "julgamento justo e imparcial".

O devido processo legal é a proteção concedida ao indivíduo em âmbito material (efetiva proteção ao direito de liberdade) e formal (assegurar a este defesa técnica, imparcialidade estatal, entre outros).

Seria o devido processo legal uma dupla proteção ao indivíduo.

O devido processo legal é consagrado pela observância de dois princípios: ampla defesa e contraditório.

A ampla defesa não se limita à participação no processo, por parte do réu, mas sim a garantia de que meios incompatíveis não serão aplicados ao processo. Como, por exemplo, processo secreto, queixa de inimigo capital, interrogatório pautado na coação, entre outros. Essa garantia visa acesso a todas as provas admitidas no processo. Entende-se, então, por ampla defesa, a segurança concedida ao réu no que versa condições de apresentar ao processo todos os elementos que elucidem a verdade dos fatos ou, até mesmo, o direito de omitir, calar se for necessário.

O contraditório está interligado ao devido processo legal e a presunção de inocência, pois ambos visam segurança jurídica sobre as acusações imputadas ao réu bem como a condenação só após o trânsito em julgado.

A presunção de inocência é uma garantia criminal que encontra respaldo no art.5º, LVII do texto constitucional. Prevê que a inocência é presumida até que se prove o contrário.

Uma melhor nomenclatura seria PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE, pois a Constituição não presume a inocência, mas aponta a não culpabilidade antes da sentença condenatória.

Ou seja, não se condena nenhum acusado sem a devida e legal produção de provas.

4.2.2 Opinião e júri

Segundo Eugenia Mariano Barrichello, para que se chegue a uma opinião popular é preciso realizar um estudo do local e os meios pelos quais se discutem ou debatem qualquer assunto de interesse comum.

Para Gabriel Tarde, a opinião seria um conceito pautado não só em juízo de valor, mas também, por um conjunto de atos e conversações com os demais. Seria a fusão da identidade do indivíduo com a sociedade nos pontos em que se equiparam.

Não é uma tarefa fácil definir o que é opinião pública, tão pouco, em casos de grande repercussão midiática, mas, algo pode ser afirmado: a opinião de um jurado é caracterizada por um juízo de valor advindo de sua carga cultural, emocional e psicológica. Todos os seus preconceitos e preferências influem, mesmo que sem perceber, na opinião de um jurado.

Os jurados, como já dito em momento anterior, são pessoas comuns, advindas da sociedade, influenciáveis pela mídia. O júri perde, de forma significativa, sua legitimidade no que tange formação de opinião ou juízo de valor, se posto em consideração que os sujeitos do corpo de jurados estão influenciados pela mídia. Sobre isso, Oliveira, citado por Paulo Henrique na sua tese de bacharelado, comenta:

Se os jurados são prestigiados em nosso ordenamento pelo fato de julgarem com um sentimento de justiça, torna-se importante que somente os fatos atinentes à causa sejam trazidos à sua apreciação, nunca as versões de determinados seguimentos da imprensa, revestidos de aparente legitimidade...¹⁴.

Este mesmo autor sustenta a tese de que a opinião do membro do júri só teria legitimidade se ela se formasse dentro do plenário, após apresentação do processo. Este, ainda cita: "A imprensa, açodada pela busca da audiência que lastreia o lucro para sua própria sobrevivência, não parece interessar o devido processo legal, de onde fluem a garantia do contraditório e ampla defesa."

O próprio Marcio Thomaz Bastos faz uma citação de Evaristo de Moraes que concerne com mesma ideologia, in verbis:

Repórteres e redatores de jornais, iludidos pelas primeiras aparências, no atabalhoamento da vida jornalística, cometem gravíssimas injustiças, lavram a priori sentenças de condenação ou de absolvição, pesam na opinião pública e tem grande responsabilidade pelos veredictos. (1987, apud, BASTOS, 1999, p.113)

A mídia, alegando reproduzir a "opinião pública", realiza um verdadeiro tribunal de exceção que nos remete a época da santa inquisição. Neste estreito liame que divide liberdade de imprensa e garantias constitucionais, o que tem acontecido em casos de grave repercussão midiática, é o perecimento do contraditório, ampla defesa e, o mais evidente, a presunção de inocência. Chega a ser contraposto: a mídia cobrando ética e respeito da sociedade e do judiciário e do outro lado, em busca do "furo de notícia", realiza uma campanha que guarda pouca ou nenhuma ética em sua conduta, tão pouco aos princípios constitucionais.

É dentro desse contexto que se torna difícil e trabalhoso o desempenho do advogado de defesa. Como este irá apresentar todas as causas plausíveis se a opinião da mídia, em desrespeito aos princípios constitucionais, já sentenciou o réu?

Levar a julgamento, o réu de um processo criminal, inteiramente coberto pela mídia, é levá-lo a linchamento e não a um julgamento justo pautado em princípios constitucionais.

Disse Antônio de Pádua Ribeiro, Ministro do STJ:

Despertar emoções e gerar mitos constitui o meio mais fácil de direcionar a mente do povo, vítima de terríveis desequilíbrios sociais, para atingir objetivos aparentemente justos, mas inalcançáveis. (...)

Hoje, a opinião pública, influenciada pela mídia, absolve ou condena com facilidade e desprezo à regra do devido processo legal, em gravíssima violação do princípio do direito de defesa. (Entrevista concedida em 2000)

Nos dias de hoje, o conceito de opinião pública defendida pelos jurados, é pautado sobre os basilares dos interesses midiáticos, pois o jurado é membro da sociedade, é um juiz leigo e por consequência, menos esclarecido que um juiz togado. O juiz togado conhece a lei bem como jurisprudências e doutrina o que não acontece com o juiz leigo (jurado), o mesmo decidirá baseado na sua íntima convicção no Tribunal do Júri, daí, sua maior sensibilidade ao clamor midiático. Como disse Darcy Azambuja, "raros são os homens de opiniões puramente racionais, derivadas da observação, da inteligência e da cultura. E esses homens só têm essas opiniões sobre raríssimos assuntos".

4.3 Homicídios Famosos cobertos pela mídia

A partir de alguns exemplos, a questão pode começar a ficar mais clara. Veremos, com a análise de casos concretos que a mídia pode ser a tirada dos princípios constitucionais devido a sua "corrida maluca" a fim de garantir público.

Essa "corrida", denominada de Escola-Base, exemplo dessa antropofagia por Marcio Thomaz Bastos, é o resultado dessa associação funesta entre autoridades e imprensa.

4.3.1 Caso Daniella Perez

Daniella Perez, filha de Glória Perez (Famosa escritora de roteiro de novelas da Rede Globo de Televisão), contracenava com o ator Guilherme de Pádua onde, ambos, faziam cenas de romances, pois, na trama escrita por sua mãe, formavam um casal.

A esposa de Guilherme e o próprio Guilherme de Pádua, seriam foram os indiciados pelo homicídio da jovem atriz. O crime foi motivado pela baixa representatividade que a autora da novela, mãe da vítima, concedeu ao personagem do ator.

O fato, em si, aconteceu em 1992 e foi julgado em 1996. Durante todo esse lapso temporal, houve um bombardeio de informações da mídia para os telespectadores. Pode-se dizer que houve um "linchamento", elaborado pela mãe da vítima e que contou com o apoio da Rede Globo.

O fato ganhou a atenção de todos os meios de mídia. Tornou-se, de fato, de conhecimento público e notório de qualquer cidadão. Devido a isso, o julgamento teve o mesmo clima de tragédia encontrado nos romances de Shakespeare e o suspense de Dostoievski.

E, como o esperado, o réu foi acusado e condenado pelo cor-

po de jurados. Os atos que preenchem o Tribunal do júri obedeciam, apenas, o cumprimento de ritos, pois a condenação já havia sido feita pela imprensa.

O caso repercutiu tanto que a Glória Perez, conseguiu reunir assinaturas suficientes para que se alterasse a lei. De fato, houve sim a instituição da Lei de Crimes Hediondos após as insistentes investidas da mídia ao pressionar os políticos da época, contudo o recolhimento de assinaturas em si, não ensejou a lei.

4.3.2 Caso Bruno

A trajetória do goleiro do Flamengo Bruno Fernandes, ídolo dos torcedores do rubro-negro ficou mundialmente conhecido. Tanto a trajetória de lutas e vitórias como a trajetória criminal divulgada pela imprensa. Bruno foi acusado de matar a ex-amante Eliza Samúdio, com o auxílio de várias outras pessoas.

Todo o desenrolar da história iniciou-se quando Eliza comunicou a Bruno que estaria grávida do mesmo e queria que ele assumisse a paternidade. Eliza, após o nascimento da criança, procurou Bruno por diversas vezes requerendo auxílio financeiro. Logo após seu último contato com o goleiro, a mesma veio a desaparecer. Pronto! Isso bastou para que a mídia publicasse inúmeras matérias já apontando Bruno como principal suspeito e responsável pelo sumiço da vítima.

O que mais agradou a mídia foi o envolvimento de um goleiro famoso com uma garota de programa (a própria defesa de Bruno, tanto no homicídio quando em ação de alimentos, quis por diversas vezes exibir vários filmes pornôs feitos pela vítima).

Com o desaparecimento de Eliza, as manchetes só apontavam e noticiavam BRUNO como suspeito. Logo após, um primo do acusado (á época dos fatos menor de idade) decidiu revelar toda a trama, ainda envolta de mistérios, contando que o goleiro não possuía nenhuma responsabilidade, mas o amigo de infância do Goleiro sim.

Novamente, a imprensa se voltou para a divulgação de especulações que rendessem público. Entre 2 e 3 anos após o sumiço da vítima, foram a julgamento no Tribunal do Júri, Bruno, e todos os auxiliares da empreitada criminosa.

No mesmo júri, foi julgada Fernanda Gomes de Castro (namorada do goleiro) que foi condenada a cinco anos de prisão. Sérgio Rosa Sales, primo de Bruno, foi morto antes de seu julgamento o que gerou a tese midiática de que Marcos Aparecido, vulgo "Bola", provável executor de Elisa, teria sido o responsável pela morte do primo do goleiro, pois era policial e perito na "arte de matar". Já prevendo um desfecho para o mistério, o judiciário marcou o júri de Marcos Aparecido, o "bola", que ocorreu em 2013 e o réu também foi condenado a cumprir 22 anos de prisão pelo homicídio de Eliza Samúdio.

A mídia já condenou todos estes réus, pois as condenações

dos réus já citados deram-se em prol do divulgado pela mídia, pois até o sangue encontrado no carro do goleiro que foi noticiado como "sendo sangue de Eliza", não foi constatado no primeiro exame pericial. Após a grande repercussão, foi feita uma ata, pelo próprio setor de criminalística, alegando que este laudo estava com erro de digitação e que o sangue era sim de Eliza.

A mídia exerceu tanta influência sobre esse caso que um laudo foi alterado; réus foram condenados sem provas concretas e definitivas de suas participações; um atestado de óbito foi expedido pela Juíza antes do trânsito em julgado de todos os condenados e o que mais se destacou, foi à forma em que o RMP dirigiu-se a juíza, reportando ao conhecimento público anunciado na imprensa.

4.4 Tribunal do júri: modificação versus extinção

O Tribunal do Júri é regido por uma máxima muito conhecida pela doutrina que é "matem-se entre vós que nós os julgaremos entre nós" (Frase inspirada em Correa). Ou seja, o criminoso é um cidadão do povo e o júri é o representante do povo logo, os jurados julgam o réu devido à representação do interesse social. Contudo, conforme anteriormente apresentado, a opinião dos jurados pode ser fortemente corrompida quando o caso ganha repercussão midiática.

O tribunal do júri encontra respaldo Constitucional, mas, em análise do contexto histórico deste instituto, percebemos que ele já foi suprimido e, até mesmo, extinto. Devido ao contexto social do ano da criação da Constituição vigente (05 de outubro de 1998), ficou caracterizada a existência deste Tribunal para que ficasse assegurada a participação popular perante a justiça. Encontra-se, então, no art.5º, XXXVIII, da Carta Magna:

Art. 5º (...)

XXXVII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

A plenitude de defesa;

O sigilo das votações;

A soberania dos veredictos;

A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Diante de sua previsão na Carta Magna, em especial no capítulo que versa sobre direitos e garantias fundamentais sendo, portanto, uma cláusula pétrea, sua extinção esta, absolutamente, fora de cogitação. Devendo, analisar, a modificação deste Tribunal ritualista e, muitas vezes, injusto, dos quais filiamos.

Mesmo com previsão na Constituição, a polêmica que envolve o Tribunal do júri arroja-se há anos. E, por vezes, ganha destaque quando um julgamento importante está sendo ou será realizado

pelo tribunal do júri, principalmente se a sentença proferida causar perplexidade em permeio político e jornalístico.

É neste contexto, de agrado ou de desagrado, que insurgem os pontos a favor e contra os métodos empregados no Tribunal do Júri.

O juiz Walter Mayerovitch, em um debate realizado pela Folha de São Paulo (31/05/97; p. 13) definiu o júri como um sistema arcaico e superado, in verbis:

Trata-se, evidentemente, da consagração do arbítrio, colocando o Tribunal do Júri em oposição ao regime democrático. Mais do que isso, relata-se casos de influencia direta da imprensa nos resultados dos julgamentos. Efetivamente, não é ideal o nosso sistema. Consagra por influencia da força reacionária e talvez do fetichismo, o júri popular soberano. E o sistema acaba ficando contrastado quando o juiz entrega aos juízes especializados competência para julgamentos de crimes, inclusive os de imprensa, obrigando-os, em total respeito à pessoa e a sociedade, a expor, minuciosamente e publicamente, as razões do seu convencimento.

O juiz terminou sua fala destacando que é o regime democrático e não o júri que tutela a liberdade dos cidadãos. Relembrando um dito muito conhecido, que foi proferido na abolição do júri no México, que era: "Era un espetáculo, pero no hacia justicia".

A favor da modificação do tribunal do júri, pesa inúmeros pontos. Dentre eles, a íntima convicção no voto dos jurados, pois estes, não precisam fundamentar sua decisão. Basta, somente, que vote "sim" ou "não" baseado no que viu e ouviu.

O jurado está sujeito à influência de toda a ordem, pois não existe exigência nenhuma para participar do Conselho de Sentença basta, apenas, que seja maior e tenha idoneidade moral. Ora, quero salientar a influencia que a imprensa escrita, falada e televisionada exerce nos "crimes midiáticos" onde o noticiário constante (e nem sempre verídico) molda a opinião pública, contra ou a favor do réu e, nessa leva, entram os jurados que formam seus conceitos prévios na base de tais notícias.

Então, diante de uma opinião formada pela mídia e ingerida pelo jurado (jurados este que vota pautado na íntima convicção, resguardado pela soberania dos vereditos) como seria facultada a defesa do réu um devido processo legal garantido ampla defesa e contraditório se o corpo de jurados já foi influenciado pela mídia? Como penetrar na íntima convicção do corpo de jurados?

No intuito de apresentar uma solução plausível, Rogério Fernal apresenta várias sugestões. Dentre elas, esta a exigência de nível de escolaridade mínima dos jurados. Contudo, tal exigência

violaria o princípio da participação de todos no Tribunal do Júri. Então, se modificarmos tal solução, passado a exigir do jurado um notório conhecimento jurídico, evitaríamos a influência da mídia sobre o jurado (que agora com certo conhecimento jurídico seria menos influenciado) e até mesmo de inúmeras falácias jurídicas apresentadas pelos advogados e promotores, nos debates orais, do plenário do júri.

Com o jurado, detentor de um conhecimento jurídico elevaria os debates orais de defesa e acusação onde estes, obrigatoriamente, deverão discutir e apresentar provas e não mais usar por meio de retóricas a fim de induzir o jurado leigo.

Tornaria mais viável, a formulação de quesitos submetidos ao Conselho de Sentença. Quesitos estes que o júri, de senso comum, tem dificuldade de entender.

Garro, citado por Rogério Fernal, apresenta a ignorância do direito e a falta de outros conhecimentos, como um dos maiores ensejadores da injustiça cometida pelos jurados, in verbis:

... A parte principal das injustiças cometidas pelos jurados depende da ignorância e, às vezes, é evidente pelas respostas contraditórias que tinham a intenção de condenar, não obstante involuntariamente absolvam por não terem compreendido um quesito...¹⁵.

O mesmo autor, ainda defende o posicionamento de que é necessário um conhecimento mínimo de Direito Penal e Processual Penal para que se efetivem os princípios constitucionais a fim de garantir um julgamento justo e eficiente. Dentro da mesma corrente, Toron, citado por Lênio Streck, apresenta a facilidade de se convencer um jurado leigo mediante boa oratória, tanto do advogado quanto do promotor no Plenário do Júri.

Já Marcio Thomaz Bastos, apresenta, como possíveis modificações, no tribunal do júri para que se garanta a existência da justiça, nos casos cobertos pela mídia, inúmeras hipóteses. Ele cita:

Não são muitos os alvitre: suspensão do processo enquanto durar a campanha da imprensa; proibição de a mídia mencionar o julgamento, em determinadas fases; transferir o julgamento de lugar anulá-lo quando se constatar que a pressão publicitária possa ter deformado a construção do juízo condenatório...¹⁶.

Com algumas ressalvas, as modificações parecem pertinentes sob uma primeira análise. Contudo, não defendemos o controle da imprensa, mas sim uma nova exigência para que qualquer do

povo participe do corpo de jurados.

O júri deve proporcionar a segurança jurídica não só ao réu, mas como a todos que vivem e compõem a sociedade. Para isso, faz-se necessário a modificação do júri no que tange influência da mídia versus capacidade dos jurados em definir sobre a vida e liberdade de um cidadão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os jurados, ao votarem os quesitos na sala secreta não precisam fundamentar sua decisão, sendo estes guiados pela íntima convicção. Contudo, a "íntima convicção" dos jurados esta, cotidianamente, exposta aos apelos midiáticos no que tange os homicídios cobertos pela imprensa.

Se ampla defesa e contraditório estão vinculados a fim de assegurar o devido processo legal (sendo todos os princípios constitucionais), como seria facultado ao réu defesa em prol dos conceitos já formulados pelos jurados em prol do divulgado pela mídia? Ou seja, como o réu poderá questionar argumentar sobre o que foi fixado, na mente dos jurados, pela mídia?

Julgo ser uma tarefa difícil, pois hoje o jurado é fortemente influenciado pela mídia. Para que cesse essa influência, faz-se necessário a modificação de integração no conselho de sentença.

Vale elucidar que não é defendida a tese de extinção do júri, mas sim modificação do mesmo. Tão pouco, o controle da imprensa, pois, a liberdade de imprensa é um preceito constitucional inviolável oriunda de uma série de opressão até sua efetiva garantia na Constituição vigente. A Carta Magna possui princípios interpretativos de supremacia e máxima efetividade da mesma e, devido a tal, não se pode abolir ou reprimir a liberdade da imprensa, mas, pode-se apresentar um novo quesito para que se integre o Conselho de Sentença.

É preciso que haja a concordância prática ou harmonização na interpretação constitucional. Ou seja, foi apresentado um conflito entre garantias constitucionais que são: ampla defesa e contraditório versus liberdade de imprensa. Neste caso, deve-se construir uma interpretação que possibilite uma leitura compatível das normas conflitantes. Deve-se, então, fazer uma interpretação que promova integração social, conforme o princípio da eficácia integradora cumulado com a integração social e unidade política. Enfim, não devemos controlar a imprensa, mas sim reformar o Tribunal do Júri.

Versando o alcance dessa harmonização, faz-se necessário a reformulação dos quesitos exigidos para ser jurado. O notório conhecimento jurídico nos parece à solução plausível para a solução deste conflito principiológico aparente.

No intuito de provar essa harmonização, foi realizada uma pesquisa de campo¹⁷, apresentada na lista de gráficos, onde 60 (sessenta) estudantes de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, que

responderam a um questionário de 4 perguntas. Nota-se, na conclusão que um bom percentual concorda com a exigência de notório conhecimento jurídico sem restringir a mídia a fim de assegurar as premissas constitucionais básicas (conforme apêndice).

Quando são levados a júri os crimes que causam grande comoção nacional, será que as pessoas são induzidas pela mídia?

O jornalista Alberto Dines, do site Observatório da Imprensa, pronunciou dizeres mais coerentes ao judiciário do que a própria mídia. Ele disse que é impossível encontrar um jurado que não tenha sido alcançado pela mídia e que essa repercussão exacerbada seria benéfica a quem não deseja alcançar a justiça. Para ele, o profissional do meio jurídico que deseja a efetivação da justiça, seria extremamente cauteloso ao se dirigir a mídia o que, infelizmente, é raro nos dias de hoje.

A luta pela liberdade de imprensa, que tem respaldo constitucional, não concede a um jornalista o poder de denominar de "bandido" o suspeito de um crime, de qualquer crime. Esta prerrogativa é concedida a um juiz ou corpo de jurados só, e tão somente, após a exaustiva análise do conjunto probatório, em respeito aos princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório.

Roger Pinto, citado por Thomas Bastos diz: "A liberdade criou a imprensa. E a imprensa não deve se transformar na madrasta da liberdade". Não deve a imprensa, restringir quem a criou, ou seja, a liberdade.

Vale elucidar o alerta dado por Nassif, citado por Lenio Luiz Streck (p. 173) "sim, nós temos um júri brasileiro que serve de lição para o mundo. Espera-se que os reformadores não se esqueçam de que é preciso respeitá-lo por isto e não mutilá-lo".

REFERÊNCIAS

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Editora Paulus, 1990.

BUARQUE, Aurélio de Holanda. *Mini Aurélio: Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S/A, 2000.

BUENO, Silveira. *Dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Editora FTD, 2001.

CENTRO UNIVERSITARIO NEWTON PAIVA. Pró-Reitoria de graduação. Sistemas de Bibliotecas. *Padrão Newton Paiva de normatização: normas da ABNT para apresentação de Dissertação*. Belo Horizonte: Newton, 2012. Disponível em: www.newtonpaiva.br/biblioteca. Acesso em: 12 de Dez. 2013.

FERNAL, Rogério. *A falência do júri*. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Rona Ltda, 1983.

KILDARE, Gonçalves Carvalho. *Direito Constitucional*. 16. Ed. ver e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4. Ed.rev. ampl. e atualiz. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

LAKATOS, Eva Maria. Ciência e conhecimento científico. In: *Metodologia científica*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 16-135.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed.rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva 2009.

MECUM, Vade, 7. Ed.rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORTIMER, Paulo Henrique. Monografia Jurídica: *Liberdade de manifestação de pensamento na mídia e seus limites*. 2004. 122f. Dissertação (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

PACELLI, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PENAL, Código de Processo. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos E Rituais*. Rio Grande do Sul: Editora Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 4. 35. Ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri - estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NOTAS DE FIM

1 Aluna de Graduação do Centro Universitário Newton Paiva.

2 O escabinato é um júri formado por juizes, leigos, pretores e conciliadores que perfazem o total de 3 Magistrados e 9 Jurados.

3 São audiências realizadas nos Tribunais Provinciais que são os Tribunais baseados na Capital da província e exercem jurisdição sobre esta área. Estes Tribunais possuem seções formadas por três ou quatro juizes.

4 Apud PACELLI 2012, p. 712.

5 Cf. arts. 429 a 431 do CPP.

6 Cf. arts. 453 e 454 do CPP.

7 Cf. arts. 463,464 e 465 do CPP.

8 Cf.art.472 do CPP: Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

9 Cf. AURELIO, 2000: p.462.

10 Cf. SILVEIRA BUENO, 2001: p.512,513.

11 Chegou sob a análise do judiciário sob forma de ADIN, para promover a não recepção da lei de imprensa - lei 5.260/67.

12 Cf.p.19 do inteiro teor da ADPF 130-7

13 Cf. BASTOS, 1999, p.113.

14 MORTIMER, 2004, p.65 Apud Paulo Henrique.

15 Cf. FERNAL, 1983, Pp14

16 Cf. BASTOS, 1999, p.116.

17 Pesquisa realizada pela própria autora no mês de Abril no ano de 2013, no campus JK do Centro Universitário Newton Paiva. Foram feitas 4 perguntas para os entrevistados que deveriam responder SIM ou NÃO. O conjunto de perguntas, com seus respectivos resultados, eram: Primeira pergunta - Você acredita que a mídia pode influenciar a opinião de um jurado? (38,34% NÃO - 61,66%SIM); Segunda pergunta - Você acredita que um jurado com certo conhecimento jurídico seria influenciado pela mídia? (35% NÃO - 65% SIM); Terceira pergunta - Você acha que deveria haver um controle do judiciário sobre o que e divulgado na mídia em casos de homicídios famosos? (68,34% NÃO - 31,66% SIM); Quarta e ultima pergunta - Você acha que é efetivado o principio da presunção de inocência nos casos de homicídios famosos cobertos pela mídia? (68,34% NAO - 31,66% SIM).

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS E A COMPATIBILIDADE ENTRE O INSTITUTO E AS EMPRESAS SEM FINS LUCRATIVOS

Lúcio Márcio de Assis*

RESUMO: Lei 10.101/00 – Programa de Participação nos Lucros e Resultados, com alternativas para que a norma seja difusa, e estenda a todos os empregados regidos pela CLT, independentemente de serem exclusivamente das sociedades com fins lucrativos. Com este estudo pretende-se contribuir na sua subsunção aos princípios constitucionais da garantia da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Lucros. Resultados. Compatibilidade. Lei. Empregados. Avaliação. Desempenho.

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

O Programa de Participação nos Lucros e Resultados – conhecido também como PLR está previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 7º, inciso XI, que depois de várias reedições de medidas provisórias sobre o tema, o PLR foi regulamentado pela legislação, estabelecendo o direito aos empregados.

A Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, e regulamentou definitivamente o PLR, vindo então a estabelecer o direito aos empregados de terem esse acréscimo ao seu rendimento, conforme será visto no decorrer deste artigo.

A Participação dos Lucros e Resultados - PLR é o pagamento que a empresa faz aos empregados em virtude da distribuição de lucros ou resultados.

A PLR é implantada na empresa também junto com outros benefícios ao empregado, em programas de incentivo ao trabalhador para melhorar sua qualidade de vida.

A Legislação regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do artigo 7º, inciso XI, da Constituição e artigo 1º da Lei nº 10.101/2000.

Como se vê a Lei 10.101/00 é direcionada exclusivamente para as empresas com fins lucrativos. Este trabalho visa propor alternativas para que os benefícios da lei se estendam a todos os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente de serem exclusivamente das sociedades com fins lucrativos. Contribui-se, desta forma, com a subsunção aos princípios constitucionais da garantia da igualdade.

2 O SALÁRIO E A REMUNERAÇÃO

O artigo 457 da CLT não define remuneração ou salários,

apenas enuncia os elementos que o integram, pois utiliza a expressão “compreendem-se na remuneração do empregado”, conforme se vê o texto do artigo:

Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (BRASIL, 2011, p. 969).

Assim a remuneração é o conjunto de prestações recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer suas necessidades básicas e de sua família.

Para Sérgio Pinto Martins, o termo remuneração: [...] vem de remuneratio, do verbo remuneror. A palavra é composta de re, que tem o sentido de reciprocidade, e muneror, que indica recompensar. (MARTINS, 2013, p. 241).

Enquanto que, para o autor, o termo salário:

[...] deriva do latim salarium. Esta palavra vem de sal, do latim salis; do grego, hals. Sal era a forma de pagamento das legiões romanas; posteriormente, foram sendo empregados outros meios de pagamento de salário, como óleo, animais, alimentos etc. (MARTINS, 2013, p. 241).

Em suma, pelo exposto, compreendem-se na remuneração, tanto a parte fixa contratual correspondente ao salário, como outras formas de pagamento em decorrência da prestação de

serviços como: salário utilidade; comissões; gorjetas; horas extras; prêmios; gratificações; ajuda de custo; diárias; participação nos lucros, adicionais tais como transferência, insalubridade, periculosidade, noturno; etc. Algumas destas verbas possuem natureza salarial e outras natureza indenizatória, por força de lei ou em decorrência das condições de pagamento.

O tema deste trabalho, por sua vez, é a participação dos empregados nos lucros e resultados das empresas, que compõe a sua remuneração, a qual passa-se à análise.

3 PROGRAMA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS – LEI 10.101/00, NORMATIZAÇÃO

Em uma pesquisa feita pela Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1986:281 ss), constatou-se que na maioria dos países, não há obrigatoriedade da participação nos lucros, sendo que normalmente é concedida mediante negociação coletiva ou por meio de decisão do Conselho de Administração da empresa.

A primeira notícia de pagamento da parcela surgiu em 1794, quando Albert Gallatin distribuiu parte dos lucros de uma indústria de vidros; em 1812, Napoleão Bonaparte por meio de um decreto concedeu a participação nos lucros para os artistas da Comédie Française. (Martins, 2013, p. 302).

Sergio Pinto continua, dizendo que:

[...] em 1842 foi a vez de Monsieur Léclair, sem nenhuma explicação distribuir o lucro de um pequeno ateliê [sic] aos seus empregados; em 1917, a participação nos lucros foi prevista na Constituição do México. (Martins, 2013, p. 303).

No Brasil, a primeira tentativa de se instituir a participação nos lucros foi em 1919, que, porém, não teve sucesso (Martins, 2013).

Quase trinta anos depois, a verba foi regulamentada da seguinte maneira: na Constituição de 1946, no inciso IV do artigo 157 “participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar” (BRASIL, 1946). Como se verifica, não era facultativa.

Em seguida, a verba foi objeto de disciplinamento nas constituições de 1967, no inciso V do artigo 158; 1969, no inciso V do artigo 165 da Emenda Constitucional nº 1.

Por fim, o inciso XI do artigo 7º da Constituição de 1988, estabeleceu: “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

Art. 7º, XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. (BRASIL, 2011, p. 14).

A partir de então o governo pretendeu regular a participação nos lucros, editando várias medidas provisórias. A Medida Provisória nº 794, em seu artigo 1º, de 29 de dezembro de 1994, foi a primeira a tratar do tema:

Art. 1º Esta medida provisória regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI da Constituição Federal. (BRASIL, 1994).

Atualmente a Lei 10.101/00 versa sobre o assunto:

Art. 1º Esta Lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição. (BRASIL, 2000).

O Programa de Participação nos Lucros e Resultados é um tipo de remuneração variável, uma ferramenta bastante utilizada pelas empresas, mundialmente, que auxilia no cumprimento das estratégias das organizações. Esse programa visa o alinhamento das estratégias organizacionais com as atitudes das pessoas dentro do ambiente de trabalho, pois só será feita a distribuição dos lucros aos empregados caso algumas metas pré-estabelecidas sejam cumpridas.

A Participação dos Lucros e Resultados - PLR é uma contribuição sem caráter salarial, que o empregador fará ao empregado com base nos resultados ou lucros obtidos pela empresa em um determinado período e que poderá ser estipulado através da convenção ou acordo coletivo da categoria ou mesmo por uma comissão formada pela própria empresa. Veja artigo 2º incisos I e II da Lei 10.101/00:

Art. 2º A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo:

I - comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sin-

dicato da respectiva categoria;
II - *convenção ou acordo coletivo.* (BRASIL, 2000).

Pela leitura da primeira parte do inciso XI do artigo 7º da Constituição de 1988, citado acima, a referida participação é uma verba recebida pelo empregado, porém desvinculada do salário, sendo assim tem uma particularidade de estar condicionada a um efeito, um resultado positivo da empresa, pois do contrário não haverá pagamento. Outrossim, o contrato de trabalho permanece, ou seja, o empregado não se torna sócio por auferir parte dos lucros, seria portanto uma mistura entre o contrato de trabalho e o contrato de sociedade, um tratamento de natureza *sui generis*, mas de natureza indenizatória conforme definido na lei.

Diante disso, são beneficiados do programa somente os empregados das empresas com fins lucrativos, sendo defeso às empresas sem fins lucrativos a sua aderência ao programa, assunto do tópico seguinte.

4 A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PLR NAS EMPRESAS SEM FINS LUCRATIVOS

As sociedades sem fins lucrativos e as pessoas físicas, perdem a oportunidade de aplicação da Lei 10.101/00 em benefício de seus empregados, pelos preceitos do artigo 2º § 3º que determina:

Art. 2º A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos pelas partes de comum acordo:

§ 3º Não se equipara a empresa para fins desta Lei:
I - *a pessoa física*

II - *a entidade sem fins lucrativos que cumulativamente:* (BRASIL, 2000, grifo nosso).

Como se lê, estão fora as pessoas físicas, empregadores com ou sem fins lucrativos, e as entidades sem fins lucrativos, que nas suas obrigações acessórias, cumulativamente: a) não distribua resultados a qualquer título; b) aplique integralmente os seus recursos em sua atividade; c) em caso de encerramento destine o seu patrimônio a entidade congênera; e d) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos requisitos que as torne legalmente sociedades sem fins lucrativos.

Pode-se até implantar, já que o recebimento é mais favorável ao empregado, porém sem o amparo do artigo 3º da lei 10.101/00:

Art. 3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devi-

da a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se aplicando o princípio da habitualidade. (BRASIL, 2000).

Desta forma, caso as empresas queiram, assim mesmo, distribuir algum resultado aos seus empregados, este pagamento terá o seu caráter de natureza salarial, ficando as verbas sujeitas aos recolhimentos de FGTS e INSS. Tal fato irá onerar sobremaneira os reflexos da folha de pagamentos de salários destas empresas que na sua maioria possuem menor poder econômico, em contrapartida com as empresas que visam fins econômicos.

No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil em seu Título II, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, incluiu no Caput do art. 5º a seguinte redação:

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: (BRASIL, 1988).

Portanto, a norma remete aos conceitos de igualdade perante a lei, de todos, brasileiros e estrangeiros residentes no País, sem qualquer distinção. Em seguida ainda na Carta Magna o Capítulo II – Dos Direitos Sociais os artigos 6º e 7º no seu inciso XI possuem as seguintes redações:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Neste sentido, merece citação a observação de Menezes et al:

As normas constitucionais possuem eficácia jurídica imediata, denotando a força normativa da Constituição, sendo que a aplicação concreta

dos princípios constitucionais se faz pelo método da ponderação de interesses, ressaltando em importância axiológica no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana e, para a área trabalhista, também o valor social do trabalho e a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano com o objetivo de assegurar uma existência digna. (MENEZES et al, 2009, p. 86).

Em suma, a norma sempre precisará ser interpretada, mesmo sendo clara, deve-se interpretar e analisar a necessidade de ampliar ou reduzir as suas disposições, pelas razões de vacuidade, ambiguidade do texto, antinomias, má redação, etc, de acordo com o que o legislador queria ao elaborar, não prevalece a máxima "in claris cessat interpretatio". Portanto, o objetivo desta hermenêutica jurídica é a adequação e compreensão da norma.

Assim, menciona-se a lacuna na lei como sendo a de beneficiar somente os empregados e empregadores das sociedades com fins lucrativos, excluindo a pessoa natural e o terceiro setor da economia que não possui fins lucrativos.

Aproveita-se para citar Fernanda Della Rosa, com relação à Medida Provisória 794 de 1994, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas, convertida na lei atual:

Além disso, dentro do grupo das exceções figuram também a pessoa física e a entidade sem fins lucrativos, conforme o art. 2º, § 3º:

Art. 2º, § 3º "Não se equipara a empresa, para os fins desta Medida Provisória:

I - a pessoa física

II - a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente:

Não distribua resultados, a qualquer título..... vinculadas;

Aplique integralmente.....no País;

Destine o seu patrimônio..... suas atividades;

Mantenha escrituração.... aplicáveis.

Portanto, o texto isentou as empresas estatais, entidades sem fins lucrativos e pessoas físicas, para os fins dessa Medida Provisória, deixando de equipará-las ao conceito de empresa expresso na medida. (ROSA, 2000, p. 79, grifo nosso).

Quanto a exclusão da "pessoa física", ou melhor o empregador

individual que auferir lucros, cuja norma não justifica em seu texto o motivo da exclusão de seus milhares de empregados, veja-se o que diz Daniel José de Josilco:

[...] tal exclusão não deve ser interpretada de modo gramatical, ou seja, em sentido literal, pois toda lei trabalhista deve ser interpretada de forma harmônica com o restante dos diplomas da área trabalhista, desta forma, a interpretação deve beneficiar sempre o empregado, que é parte mais fraca da relação empregatícia, e acima de tudo deve ser analisados os princípios gerais do direito. A lei só excluiu o empregado pessoa física por um motivo, pois não teria como o fisco fiscalizar se este iria reter na fonte os lucros que o empregado tem por direito, ficando assim impossibilitado de cobrar tal imposto. O art. 5º da CR/88 traz um princípio fundamental, indispensável para vida em coletividade em um Estado democrático de Direito, como bem observa o constitucionalista: O princípio significa, para o legislador - consoante observa Seabra Fagundes - que, ao elaborar a lei, deve regeer, com iguais disposições - os mesmos ônus e as mesmas vantagens ... de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporções às suas diversidades (Silva,2000, p.218). Desta forma, seria impossível admitir tal posicionamento do legislador ao excluir todo aquele empregado que tiver como empregador uma pessoa física? Onde ficaria o princípio da igualdade? (JOSILCO, 2001, p.1-2).

Este debate tem como meta demonstrar que "resultado/lucro" não se restringe somente a um lucro financeiro, conforme ensina Sérgio Pinto Martins (2000, p. 78), na citação abaixo, "resultado não é sinônimo de lucro":

A Norma Ápice declara que não se trata de participação apenas nos lucros, mas nos resultados. Isso quer dizer que resultado não é sinônimo de lucro, pois se o legislador constituinte empregou duas expressões distintas, quer dizer que têm significados diferentes, visto que a lei não contém palavras inúteis, além de ter colocado a palavra "resultado" entre vírgulas na oração do inciso XI da Constituição. (MARTINS, 2000, p. 78).

Transcreve-se ainda: "A PLR é, simultaneamente, uma parcela

variável da remuneração do trabalhador e um prêmio pelos resultados econômico-financeiros ou físico-operacionais alcançados” (TUMA, 1999, p. 73, grifo nosso).

Pela explanação, os doutrinadores sinalizam a necessidade de igualdade entre todos os empregados e empresas para os fins de aplicação da lei.

Destacam, ainda, os termos como “resultados econômicos alcançados” e resultados físico-operacionais alcançados”. Chamam também a atenção pela palavra “resultado” colocada propositalmente entre vírgulas na redação do inciso XI do artigo 7º da Constituição de 88:

Art. 7º, XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. (BRASIL, 2011, p. 14).

Além dos conceitos e princípios constitucionais de igualdade, sem qualquer distinção perante a lei, de todos, brasileiros e estrangeiros residentes no País, adequando ao questionamento supra de Daniel Jose de Josilco (JOSILCO, 2001, P. 1-2), no final da citação: “Onde ficaria o princípio da igualdade?”

Passa-se a seguir, às propostas de compatibilização do PLR com as empresas sem fins lucrativos.

5 A COMPATIBILIDADE DA PLR COM AS EMPRESAS SEM FINS LUCRATIVOS

Propõe-se a exclusão do parágrafo 3º do artigo 2º da referida lei, que refere-se a não participação ao programa das pessoas físicas e das empresas que não auferem lucros.

Com a proposta do parágrafo anterior, sugere-se a inclusão de outros dispositivos, favoráveis às pessoas físicas e entidades sem fins lucrativos, para que se possa retirar este caráter implícito do legislador, intencionalmente ou por erro de interpretação da Carta Magna, do alcance dos benefícios somente às empresas e os empregados das sociedades com fins lucrativos.

Assim, propõe-se a alteração da norma, sem gerar nenhum conflito ou prejuízo para os atuais beneficiários. Amplas são as possibilidades, que dão suporte a tal argumentação, conforme manifesta Fernanda Della Rosa:

Da forma como se apresenta, a medida provisória oferece condições bastante amplas para a negociação. Não define percentuais ou o que se entenderia por lucro ou resultado, ou seja, permite que cada empresa apresente um modelo de acordo com sua realidade. Seria inoportuno imaginar a existência de um acordo único

que servisse para todas as empresas, ou para determinado setor. Cada empresa possui suas características próprias com diferenciado número de funcionários e aspectos próprios. Daí a abrangência que foi dada à medida, que regula a matéria e que possibilita inúmeras combinações e acordos. (ROSA, 2000, p. 27).

Por tudo isto, sugere-se a manutenção do artigo 2º da referida Lei, que diz respeito à comissão paritária dentro das organizações, composta por empregados indicados pelos empregadores e empregados indicados pelos sindicatos da categoria.

Propõe-se a inclusão de um artigo na lei sobre “indicadores de desempenho” que são dados ou informações, preferencialmente numéricos, que são utilizados para medir, a nível de comparação gerencial, um processo ou um trabalho.

Estes indicadores devem ser apurados com base em um histórico dos últimos 6 ou 12 meses de dados dos processos gerenciais, administrativos e operacionais.

As informações contendo os dados para confrontação com os indicadores devem ser simples, facilmente identificáveis por qualquer trabalhador, não necessitando de conhecimentos contábeis ou financeiros, para possibilitar o monitoramento por parte dos empregadores e da referida comissão, quanto à efetiva participação do empregado no programa.

E ainda por meio deste artigo, através de seus incisos ou parágrafos, esclarecimentos de que estes “indicadores de desempenho” devem avaliar os ganhos gerenciais, administrativos e operacionais, uma vez que são vinculados às sociedades sem fins lucrativos.

Destaca-se que os índices de desempenho devem estar voltados para a redução de custos, racionalização dos serviços, produtividade, diminuição das reclamações, serviço de atendimento ao consumidor, diminuição dos desperdícios, cumprimento de prazos, melhores condições de segurança e de higiene, retrabalho, preservação do meio ambiente, etc.

Assim, tais índices, devem estar relacionados aos resultados dos processos e não tão somente aos lucros, podendo haver uma avaliação individual, setorial, ou global, ficando à cargo da comissão esta definição.

Por fim, será de obrigação da comissão a divulgação dos resultados, através de dados estatísticos com o histórico do “ganho operacional” do período, em relação ao mesmo período do exercício anterior e qual o ganho financeiro a ser lançado na folha de pagamento de salários (semestral ou anual), conforme estipulado no art. 3º da lei.

As propostas acima, não são taxativas, e nem esgotam o assunto, pois conforme diz Fernanda Della Rosa: “[...] permite que

cada empresa apresente um modelo de acordo com sua realidade. Seria inoportuno imaginar a existência de um acordo único que servisse para todas as empresas, ou para determinado setor [...]” (ROSA, 2000, P.27).

Portanto, é nítido o ganho que as empresas e os trabalhadores podem obter com a ampliação do instituto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta proposta de ampliação da abrangência da lei vem em interesse da sociedade e em respeito à igualdade entre os trabalhadores.

A lei infraconstitucional não esta de acordo com o que esta acima, estas normas devem obedecer o que chama-se na doutrina de uma relação de compatibilidade vertical com a Constituição.

O inciso XI do art. 5º da Constituição, clama pelos lucros ou “resultados”, sendo os dois termos equivalentes quando se relaciona o lucro com as sociedades econômicas, e os resultados com as sociedades sem fins lucrativos, é isto que o legislador constituinte quis atingir, para fazer valer a igualdade e dignidade entre os trabalhadores.

É importante eliminar esta lacuna na lei para que se possa alcançar todos os trabalhadores. É de suma importância a participação dos sindicatos, dos representantes das empresas e dos representantes dos empregados na formação da comissão paritária que irá formular as propostas do programa de participação, sejam estas propostas econômicas visando somente o lucro financeiro, ou sejam elas, propostas operacionais que visam resultados físico-operacionais.

Por fim, fica-se na expectativa de uma melhor regulamentação da matéria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei nº 10.101, de 2000. Dispõe sobre a Participação nos Lucros ou Resultados. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo. Brasília, DF, 20 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10101.htm>. Acesso em: 15 abr. 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JOSILCO, Daniel Jose de. Os reflexos da Lei 10.101/2000 na seara trabalhista e fiscal. Revista do Direito Trabalhista, n. 6, p. 1-2, jun. 2001

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. Participação dos empregados nos lucros das empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

TUMA, Fábria. Participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas: incentivo à eficiência ou substituição dos salários? São Paulo: LTr, 1999.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de et al. As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas judiciais e pretensões cabíveis. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 73-94, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/claudio_menezes_e_claudia_lopes_e_otavio_calvet_e_roberta_sivolella.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2013.

ROSA, Fernanda Della. Participação nos lucros ou resultados: a grande vantagem competitiva: como pessoas motivadas podem potencializar resultados e reduzir os custos das empresas. São Paulo: Atlas, 2000.

TUMA, Fábria. Participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas: incentivo à eficiência ou substituição dos salários? São Paulo: LTr, 1999.

NOTAS DE FIM

Administrador de Empresas pelo Instituto Champagnat de Estudos Superiores, graduando de bacharelado em Direito pelo 9º período do Centro Universitário Newton Paiva. Área de Interesse: Direito do Trabalho.

Endereço para correspondência: Rua Professor Francisco Henriques, 391, Caiçaras, Belo Horizonte, Minas Gerais, CEP: 30.750-490

E-mail: assis.lucio@gmail.com

POR QUE CONSULTAR OS POVOS INDÍGENAS?

Caromi Oseas¹

RESUMO: A Consulta Prévia é um direito específico dos Povos Indígenas e Tribais e prevê a efetivação do direito à autodeterminação dos Povos Indígenas através de sua participação direta nas decisões do Estado. Embora tenha sido inserido no ordenamento jurídico brasileiro com a ratificação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 2004, por falta de regulamentação da matéria, até o momento a Consulta Prévia ainda não foi realizada em nenhum dos casos previstos. Por se tratar de tema pouco conhecido, o presente artigo pretende apresentar um panorama geral da situação dos Povos Indígenas no Brasil em relação às circunstâncias em que esse direito deveria ser aplicado e quais as consequências da sua não aplicação, visando contribuir para a reflexão do processo democrático brasileiro, bem como acerca da preservação da diversidade cultural e dos recursos naturais do país.

PALAVRAS-CHAVE: Povos indígenas. Autodeterminação. Convenção 169 da OIT. Consulta prévia. Democracia participativa.

ÁREA DE INTERESSE: Direitos Humanos

1 INTRODUÇÃO

O Brasil nas últimas décadas tem vivido um importante processo de adequação ao novo paradigma legal de reconhecimento dos direitos dos Povos Indígenas. Houve significativos avanços, ao menos nos termos da legislação, em especial no que se refere à participação dos Povos Indígenas nas decisões do Estado. Como consequência, a progressiva superação da discriminação racial e o respeito à dignidade e autonomia desses povos.

Com a Constituição de 1988, o país passou a adotar um novo programa de inclusão social, no qual o combate a todas as formas de preconceito foi elevado ao status de Objetivo Fundamental da República, (artigo 3º, inciso IV), e a igualdade tornou-se direito e garantia fundamental de todos os indivíduos, conduzindo a uma nova forma do Estado e da sociedade brasileira de se relacionarem com os índios.

Ainda no âmbito da Constituição da República, em seu Capítulo VIII – “Dos Índios”, no artigo 231, caput, encontra-se o direito à autodeterminação dos Povos Indígenas, previsto quando o Constituinte reconhece a estes o direito a uma organização social própria, ou seja, que não se submete ao modelo de organização da sociedade “não índia”, possibilitando dessa forma, a manutenção de seus costumes e tradições, e permitindo a gestão das terras que tradicionalmente ocupam. In verbis:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

A autodeterminação dos Povos Indígenas está também prevista expressamente no artigo 1º de três importantes documentos internacionais adotados pelo Brasil: na Carta das Nações Unidas de 1945, como princípio, e como direito nos Pactos de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos promulgados em 1992.

Além disso, Penna (2005, p. 76) ensina que autodeterminação significa ainda “direito de inclusão e participação no processo democrático de governo, de forma a escolher ‘outro status político livremente determinado pelo povo’ em diálogo como Estado”, ou seja, essa participação política dos Povos Indígenas, no exercício da democracia direta, possibilita o resgate da autonomia e valorização das suas instituições, o que expressa uma nova concepção de política indigenista, na qual a ideia de superioridade da cultura hegemônica (“não índia”), base das políticas integracionistas (vigentes até 1988), é superada pela ideia do multiculturalismo, da proteção e valorização das diferenças.

Sob esta ótica, a UNESCO em 2002 na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural orienta e vem reforçar a necessidade dos Estados em valorizar a diversidade cultural, entendendo ser fator fundamental ao desenvolvimento de um país, “como meio de acesso a uma existência intelectual, afetiva, moral e espiritual satisfatória” (art. 3º). E ainda em seu artigo 4º encontramos que a “defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”.

Inseridas neste contexto de proteção dos direitos humanos e defesa da diversidade cultural, as garantias dos artigos 231 e 232 da Constituição da República podem ser consideradas o mais importante marco do direito indigenista no Brasil, pois per-

mitiram iniciar um diálogo entre as diversas etnias brasileiras; na perspectiva da construção de um Estado efetivamente plural e, portanto, mais democrático e menos desigual.

Ao contrário das Constituições passadas, que consideravam o índio como um ser atrasado ou em fase transitória da sua identidade sociopolítica, e impunham-lhe um padrão cultural que o descaracterizava enquanto índio, a nova Constituição reconhece as instituições indígenas na sua alteridade, submetendo-as apenas ao marco jurídico do Estado Soberano, na medida das especificidades culturais de cada povo.

Essa nova relação entre o Estado e os Povos Indígenas, determinada pelos marcos constitucionais, visa a superação da dominação de um pelo outro, no sentido de garantir uma relação paritária entre ambos. Outros instrumentos jurídicos, como veremos a frente, contribuem para esse processo de emancipação dos povos, através de previsões expressas quanto à participação dos mesmos nas decisões do Estado, inclusive atribuindo ao próprio a responsabilidade pela facilitação desse exercício político.

2 MAIS POVOS INDÍGENAS, MENOS TERRAS E ÁGUAS

Para entender o direito, precisamos conhecer os seus sujeitos e analisar as circunstâncias as quais estão inseridos. "No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é" (CASTRO, 2011, p. 1), essa provocativa afirmação de Eduardo Viveiro de Castro nos leva a refletir sobre os processos de formação do povo brasileiro, e como as diversas realidades culturais se relacionam neste país de dimensões continentais. É preciso saber "o que é ser", "como é ser", e "como é visto" o índio nos dias de hoje, e as estatísticas podem ajudar nesse entendimento.

O último Censo Demográfico do IBGE, publicado em 2012, trás dados relevantes para a análise da nova sociedade brasileira. Além do aumento populacional e étnico dos indígenas, que somam um total de 896,9 mil pessoas, o que nos chama atenção é que 817,9 mil se autodeclararam em termos de cor ou raça, enquanto as demais 78,9 mil, mesmo se reconhecendo enquanto pardas, brancas ou negras, residem em terras indígenas e se consideraram indígenas por aspectos como "tradição, costumes, cultura e antepassados".

Na literatura, encontramos referências nesse sentido quando o antropólogo alemão Curt Nimuendajú-Unkel, entre os anos de 1905 e 1945, em seu diário de campo, durante as expedições que realizou pelo Brasil, relatou em detalhes, encontrar na mesma comunidade, indígenas brancos, negros e avermelhados. O que nos ajuda entender parte desse processo histórico de miscigenação, e ao mesmo tempo, nos traduz estar a identidade indígena muito além das características físicas.

Seguindo a análise do Censo, o número de etnias declaradas aumentou de 220 para 305, ou seja, temos 305 concepções filosóficas e modos de viver e produzir diferenciados. Foi registrado, ainda, o resgate de 94 línguas, somando um total de 274 línguas faladas no Brasil, fora o português, que mesmo sendo o idioma oficial, lembramos, nem sempre é conhecido por parte dos indígenas.

A pesquisa, ainda, apontou haver uma relação diretamente proporcionalmente entre o aumento das línguas indígenas faladas com as garantias de regularização fundiária. Dado importante que reforça o entendimento de que a identidade coletiva dos Povos Indígenas se fundamenta na sua autoconsciência cultural e na sua relação com o território.

Todavia, o êxodo rural cresceu; 315 mil indígenas passaram a viver nas cidades, o que se especula ser resultado da insatisfação e insegurança geradas pela demora nas demarcações de terra (o que representam apenas 1/3 do total da área reconhecida como indígena), e a desassistência do poder público nas comunidades rurais. Já quanto à distribuição geográfica, sabe-se agora que mais da metade das comunidades indígenas vivem fora dos limites da Amazônia Legal, e que essa significativa parcela da sociedade conta com menos de 2% das terras regularizadas.

Além das dificuldades e incertezas encontradas por conta da demora na regularização de suas terras, os Povos Indígenas enfrentam alterações drásticas na configuração do meio ambiente do campo, seja nas áreas que tradicionalmente ocupam ou naquelas ao entorno, o que dificulta a manutenção dos seus meios tradicionais de produção, sua sobrevivência e reprodução de sua cultura.

Mesmo o artigo 67 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) ter previsto cinco anos para a demarcação de todas as Terras Indígenas, a partir da promulgação da Constituição (1988), grande parte das demarcações no Brasil estão pendentes. Além do procedimento administrativo previsto no Decreto nº 1.775/96, muitas demarcações são objeto também de ações judiciais, sendo concluídas somente após 15 ou até 20 anos do início do processo administrativo. Durante esse longo período sob juízo, essas terras na maior parte dos casos, sofrem sérios processos de degradação (desmatamento, mineração, alagamento), resultado também das incentivadas e financiamentos do governo federal em políticas de fomento a expansão do agronegócio.

Com o dito modelo desenvolvimentista, adotado pelos últimos governos, o campo se moderniza com métodos e tecnologias que visam à produção intensificada para exportação. Assim, o grande vilão do meio ambiente não é mais (apenas) o desmatamento para produção de commodities e criação de gado, mas também os novos métodos agrícolas de uso excessivo de agrotóxicos, manipulação de alimentos transgênicos e as monoculturas de eucalipto e cana-de-açúcar. A extração mineral intensiva; a interferência

humana no ciclo dos rios através da construção de hidrelétricas, além do descarte irregular de resíduos industriais são outras atividades que vem degradando o meio ambiente e prejudicando as comunidades indígenas. Consequentemente quando conquistam enfim o direito ao usufruto exclusivo das terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, § 2º da Constituição), a terra e as águas já estão contaminadas, a diversidade de fauna e flora já não estão mais presentes, e diante dessas circunstâncias, o desafio desses povos mais uma vez é de manter sua forma tradicional de produção, pois do contrário são taxados pelos desinformados de “índios aculturados”. Mas como fazer roçado, caçar, pescar, construir suas cabanas em hectares de terra sem mata, sem animais, e com rios poluídos e picotados por barragens?

Fora estes desafios encontrados em decorrência da interferência de setores privados nas terras indígenas não regularizadas, há ainda, a interferência de medidas governamentais de interesse público em terras já demarcadas. Mesmo com o direito constitucionalmente assegurado ao usufruto exclusivo de suas terras, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Popular referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, proferiu decisão declarando que como não há qualquer previsão legal que impeça a União de se valer das Terras Indígenas, quando houver interesse público, poderá intervir na mesma, observada apenas a oitiva das comunidades nos casos de exploração mineral. Diante desse contrassenso, a FUNAI alerta que até 2008, dos 346 processos administrativos sobre medidas que afetam diretamente o meio ambiente e as comunidades indígenas, 33% se referiam à construção de pequenas e grandes hidrelétricas; 19% sobre a construção de rodovias; “18% linhas de transmissão e distribuição de energia, e o restante: exploração mineral, dutos, usina termonuclear (como a Usina de Andra-3); hidrovias; ferrovias e outros” (MEIRA, 2008, p. 324). E mesmo estas obras sendo notoriamente de grande impacto ambiental e principalmente sociocultural, consta destes processos que a vontade das comunidades afetadas sequer foi considerada.

3 O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR A REALIZAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA

Recordando, os Povos Indígenas conquistaram o direito constitucional à autodeterminação; o reconhecimento de suas instituições políticas; os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e, consequentemente, o direito de definir suas prioridades de desenvolvimento econômico e intelectual. Deste modo, conquistado o direito de ser, enfim, sujeito de sua própria história, fundamental que os Povos Indígenas participem das decisões estatais que afetem seus interesses, com o principal objetivo de impedir que a vontade de terceiros prevaleça sob a sua, como ocorre desde a fase colonial.

Para tanto, de acordo com a Convenção 169 da OIT, em vigor no Brasil desde 2004, e com a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU de 2006, o Estado deve incluir seus indígenas nos assuntos de interesse comum, através de um instrumento chamado “Consulta Prévia”², que não se confunde, todavia, com a “oitiva” prevista no § 3º do art. 231 da Constituição, vez que não se trata de apenas ouvir as comunidades, mas permitir que as mesmas participem de todo processo de elaboração e implementação das medidas administrativas ou legislativas que possam afetar seus direitos, vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual, e as terras que ocupam ou usam para outros fins. Essa obrigatoriedade da Consulta Prévia segundo defende Marés (2011, palestra) é, inclusive, anterior a Convenção da OIT, pois passa a existir com o reconhecimento constitucional da autodeterminação, através dela se materializa e sem ela não há eficácia na sua aplicação.

Nos termos dos instrumentos supracitados³, a aplicação do direito à Consulta Prévia se dá quando houver medidas administrativas ou legislativas que interfiram diretamente nos interesses de determinado Povo Indígena, devendo o Estado criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente não apenas da fase de execução de um projeto, mas necessariamente deve participar dos estudos e planejamento, e depois da execução, se for o caso, da avaliação final. Essa participação em todas as fases do processo se faz necessária para tornar possível avaliar os impactos: social, espiritual, cultural e ambiental da implementação das atividades planejadas, sendo que o resultado dessa análise seja considerado critério fundamental para a aprovação ou não da medida.

O entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2012, p. 74) clarifica que essa participação dos Povos Indígenas nas decisões estatais não se revela como manifestação espontânea das comunidades, mas sim pressupõe a iniciativa do Estado, através de seus órgãos, entes ou governo, para informar os interessados e garantir que a Consulta Prévia seja realizada adequadamente:

a obrigação de assegurar os direitos dos Povos Indígenas à participação nas decisões dos assuntos que concernem seus interesses implica o dever de organizar adequadamente todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, em particular suas normas e instituições, de tal forma que a consulta a comunidades indígenas, autóctones, nativas ou tribais possa levar-se a cabo efetivamente, conforme os padrões internacionais na matéria.

Ressalta a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que mesmo quando as Terras Indígenas estiverem sob domínio (propriedade) do Estado, como é o caso do Brasil, onde as Terras Indígenas são da União (art. 20, inciso XI da Constituição), ainda sim, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos pelos quais os Povos Indígenas possam ser consultados antes de planejar, executar ou autorizar qualquer programa de exploração de minérios ou recursos do subsolo, e de outros recursos naturais existentes em suas terras (CIDH, 2007).

As orientações da OIT quanto à aplicação desse direito são no sentido de que o direito à Consulta Prévia deve ser entendido como um processo, no qual seja possível que o Estado e os indígenas diretamente afetados, busquem consensos que respeitem as especificidades culturais de cada povo, permitindo o entendimento real de todos os efeitos sociais, econômicos, culturais que a comunidade poderá sofrer. Isto posto, as medidas não devem ser apresentadas como algo imutável, devem conter alternativas para favorecer o diálogo e entendimento das partes.

Além disso, a consulta prévia deve ser conduzida de boa-fé, instruída com todas as informações necessárias à análise de sua viabilidade, e de uma maneira adequada às circunstâncias, preferencialmente na língua dos povos interessados, no sentido de que um acordo ou consentimento seja alcançado, com base nas definições das próprias prioridades de desenvolvimento econômico, social e cultural dos Povos Indígenas interessados.

A OIT orienta ainda que o direito à Consulta Prévia não pressupõe poder de veto das comunidades indígenas. Contudo o ordenamento jurídico venezuelano admite essa possibilidade, devendo a parte contrária apresentar alternativas até que se chegue a um consenso. Na mesma linha, o direito boliviano, prevê instâncias específicas de conciliação para nos caso em que haja negativa do povo indígena frente às propostas do Estado. Em ambos os casos não se admite qualquer decisão unilateral do Estado. Marés (2002) nos chama atenção quanto à finalidade da consulta prévia que “não pode ser ato meramente formal, não pode ser apenas manipulação que pretende legitimar decisões arbitrárias adotadas unilateralmente pelo Estado”.

A Convenção 169, mesmo contendo claras orientações quanto aos critérios indispensáveis à eficácia da aplicação da consulta como vimos à cima (ser prévia, livre, bem informada, de boa-fé...), não estabelece um determinado procedimento para essa realização. Por esse motivo, desde sua vigência em 2004, muitos empreendimentos, normas e outras medidas foram executadas, sem que antes os indígenas fossem consultados adequadamente. A construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, amplamente noticiada por suas irregularidades, é um dos diversos exemplos da não observância do direito dos Povos Indígenas à Consulta Prévia.

Para justificar sua omissão, quando inquirido pela OIT e ou pelos tribunais internos, o governo brasileiro alega não realizar a Consulta Prévia por falta de regulamentação da matéria, contudo Carlos Marés contrapõe tal argumento, defendendo não bastar a alegação da falta de previsão legal quanto ao procedimento, sendo plenamente possível realizá-la observados os demais dispositivos da Convenção 169. No mais recente caso julgado pela Corte Interamericana de Direito Humanos, no qual o Povo Indígena Kichwa de Sarayaku alega não ter sido consultado pelo Estado do Equador, a Corte determinou que Estado incorpore os padrões internacionais (definidos na Convenção 169 da OIT e na Declaração da ONU) aos processos de Consulta Prévia, a fim de propiciar de fato o diálogo com os Povos Indígenas nos procedimentos de participação dos mesmos nas decisões estatais.

No Brasil, ainda não há consenso entre juristas e estudiosos indigenistas quanto à necessidade de regulamentar um procedimento único para a realização da Consulta Prévia. Mas, no entendimento da Procuradoria Geral da República, por se tratar a convenção de norma infraconstitucional, deve ser aplicada de imediato, não dependendo esta de regulamentação. Por outro lado, há necessidade de criar mecanismos para garantir que durante a consulta se respeite, sistematicamente, as orientações da convenção e da declaração. De toda forma, como orienta o Relator Especial da ONU Anaya: o “procedimento previsto em lei ou regulamento ou mecanismo especial de consulta deve, por sua vez, ser elaborados em consulta aos Povos Indígenas” (2009, p. 67, tradução livre).

A cautela buscada, na definição desse entendimento, decorre do posicionamento intransigente do Estado brasileiro ao impor suas prioridades de desenvolvimento econômico, em desatenção as prioridades de desenvolvimento sociocultural dos Povos Indígenas, como poderá se perceber no próximo capítulo.

Neste impasse, o que tem que estar claro é que a natureza jurídica da Consulta Prévia é contratual, pois trata-se de um acordo (bilateral) que estabelece obrigações entre as partes, e as submete à legislação pertinente, sem prejuízo dos direitos específicos reconhecidos aos indígenas, de acordo com a variedade de povos e diversidade de culturas. O não cumprimento das obrigações contratuais assumidas, como em qualquer outro caso, estará sujeito às medidas judiciais cabíveis previstas no ordenamento jurídico nacional, para exigir fazer, não fazer, indenizar etc.

Do diálogo e possibilidade de acordo entre indígenas e o Estado, igualmente, o direito internacional não determina uma forma ideal ou procedimento para a realização de convenções e tratados entre os Estados Soberanos, mesmo assim os acordos são firmados. Portanto, mesmo com todas as diferenças culturais, acepções jurídicas distintas e interesses econômicos por vezes conflitantes dos Estados

Soberanos, um consenso é possível, sem qualquer previsão anterior de procedimento para tanto. Dessa forma, por que então, um acordo entre o Estado brasileiro e um Povo Indígena depende de procedimento regulamentado em lei, ao invés de ser criado pelas partes, a depender das circunstâncias encontradas?

Ao garantir aos indígenas uma participação (coletiva) nas decisões políticas externas a sua organização interna, permite-se a manutenção do regime de autonomia de suas instituições em relação ao Estado, e independência ao sistema econômico vigente. Autonomia que permite a preservação de suas tradições e costumes, o que contribui inclusive à proteção do meio ambiente, uma vez que depende dele a subsistência das comunidades indígenas.

Esclarecendo que “preservar suas tradições e costumes” significa garantir os elementos que constituem a identidade étnica, portanto, não se trata de engessar a cultura indígena, pois a antropologia nos ensina que a cultura tem caráter dinâmico, se altera ao longo do tempo-espaço conforme as relações estabelecidas entre os diferentes grupos. O que nos interessa nesses processos interativos, é que seja garantido um equilíbrio de forças entre o Estado e Povos Indígenas em suas diversas especificidades, o que pode ser conseguido através da realização adequada da Consulta Prévia.

4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS REFORMAS ANTINDÍGENAS

A história do Brasil evidencia a necessidade de compensar os indígenas por todas as violações por eles sofridas, e assegurar o resgate de sua dignidade humana. O genocídio e as expropriações comandados pela Coroa Portuguesa durante a fase colonial, e as torturas e mortes ocorridas no período da Ditadura Militar, recentemente denunciadas pelo chamado Relatório Figueiredo⁴ estão até o momento impunes, sem haver sequer, qualquer proposta de política afirmativa, que efetivamente promova a devida reparação.

Ao revés, o próprio Estado Democrático de Direito, que consagrou os direitos dos indígenas, não deixou de incorrer em graves violações, muitas vezes e não somente, de caráter omissivo ou repressivo. Ocorre que, quando o governo, através de seus representantes eleitos, opta pelo modelo neoliberal e desenvolvimentista, mesmo proclamando a garantia de uma série de direitos e garantias, na prática mantém uma relação ofensiva perante os Povos Indígenas.

O cerne da controvérsia atual é de ordem econômica, mais especificamente sobre questões fundiárias, cuja disputa pelo uso da terra vem desrespeitando assustadoramente as determinações legais quanto ao usufruto exclusivo, à autodeterminação e ao direito à Consulta Prévia dos Povos Indígenas. Ao que tudo indica, a abrangência das políticas indígenas no Brasil se limitam aos interesses governamentais e de políticas econômicas que em

muitos casos afetam negativamente as comunidades indígenas e em nada contribuem para o seu desenvolvimento.

Manuela Carneiro da Cunha explica que o índio é visto ora como “atrasado” ora como entrave à expansão econômica, mas o que não se considera é que “os Povos Indígenas apontam, com seus saberes e seu modo de se relacionar com o meio ambiente, um caminho alternativo para o Brasil” (CUNHA, 2009).

Apesar da sua importância histórica e cultural, os Povos Indígenas nunca figuraram realmente como atores na construção do Estado brasileiro. Pelo contrário, na maioria das vezes foram e, ainda, são vistos como um empecilho ao “progresso”. Cabe descobrir “a quem serve este progresso”, quais são os avanços sociais obtidos com programas que prometem, por exemplo, “aceleração do crescimento” econômico. Quem, de fato, está se beneficiando desses programas? Seria o conjunto geral da sociedade brasileira, ou apenas um setor, ou grupo específico? O que Marés (2002, p. 28) alerta de forma contundente:

os direitos econômicos não são mais que o direito a gozar o desenvolvimento segundo padrões capitalistas, isto é, sob a concepção da cultura dominante, o que é uma forma de colonialismo. Os direitos universais econômicos acabam por ser o direito de ser consumidor, mesmo para as sociedades que não se estruturam para consumir.

A superação da visão integracionista possibilitou o reconhecimento da alteridade, da autonomia política e da capacidade dos indígenas definirem suas próprias prioridades de desenvolvimento. Logo, deveria favorecer o processo de emancipação desses, agora, sujeitos de direito, com a progressiva superação das políticas de dominação.

Nesse sentido, Duprat ao comentar sobre os instrumentos jurídicos que versam sobre Povos Indígenas, ensina que “o princípio da dignidade da pessoa humana inclui a proteção à sua liberdade expressiva, em especial a de dizer, autarquicamente, quem é e quais são as suas convicções de vida” (2010, p. 54).

Entretanto, setores importantes da economia, como os da mineração, da construção civil e do agronegócio, por meio do alto investimento em campanhas eleitorais, têm vinculado os interesses dos parlamentares eleitos, aos interesses privados desses empreendimentos em potencial. Assim, o que a Presidência da República e a bancada antindígena do Congresso Nacional argumentam ser de “relevante interesse público” nada mais é do que o interesse de poucos e grandes grupos econômicos privados, o que representa uma grande ameaça aos direitos dos indígenas, e ao próprio processo democrático.

Ocorre que essa “aliança” tem gerando sérios retrocessos às políticas de proteção ao meio ambiente e distribuição de terras, duas questões que por si, já afetam diretamente os Povos Indígenas. Todavia, muitas medidas administrativas e principalmente legislativas estão em processo de aprovação em total descumprimento às determinações da Convenção 169 e da Declaração da ONU, vez que não foi realizada qualquer comunicação ou consulta aos Povos Indígenas. Vamos aos exemplos: medidas legislativas, atualmente em trâmite, sem que os indígenas fossem sequer comunicados: projetos de emenda constitucional- PEC’s: 38/1999 e 215/2000, ambas tornam inviáveis as demarcações de Terras Indígenas, e PEC 237/2013 revoga o direito de usufruto exclusivo dos índios em suas terras. Projeto de lei- PL 1610/1996, sobre atividades de mineração, viola diversos dispositivos, em especial os da Convenção 169 sobre salvaguardas, participação dos indígenas na administração e resultados da lavra (artigo 15).

Em instância administrativa, e também sem qualquer consulta aos índios, elencamos as medidas arbitrárias: Portaria 2498/2011 do Ministério da Justiça, altera a competência exclusiva da FUNAI na identificação e delimitação das terras indígenas; a Portaria Interministerial 419/2011 torna menos rígido o processo de concessão de licenças ambientais, flexibilizando à proteção ambiental, e a Portaria 303/2012, da Advocacia geral da União, determina revisão de todos os processos de demarcação inclusive os já encerrados, limitando ainda, o usufruto e o direito à consulta prévia.

E ainda, quanto à questão ambiental, no relatório de autoria da Associação Juízes para a Democracia, em conjunto como Conselho Indigenista Missionário enviado à ONU, encontramos mais algumas medidas prejudiciais às comunidades indígenas: Projetos de Lei Complementar: o PLC 30/2008 altera o Código Florestal, prevê anistia, reduz porcentagem de proteção mínima às margens dos rios, favorecendo o desmatamento e comprometendo a qualidade dos recursos hídricos; e o PLCC 01/2010 altera as competências de licenciamento e fiscalização ambiental, flexibilizando os critérios de aprovação de obras de grande impacto, como as de hidrelétricas e de exploração de minérios.

Outra questão de interferência direta na condição de vida dos Povos Indígenas se refere aos fomentos do governo à agricultura e à pecuária intensivas para exportação. Sem regulamentação e fiscalização adequadas quanto à produção de alimentos transgênicos, uso excessivo de agrotóxicos, latifúndios de monocultura de eucalipto (celulose) e cana-de-açúcar (bio-diesel), esses investimentos seduzem os grandes produtores, mas não levam em conta o alto risco ambiental e os impactos sociais gerados, comprometendo não só a segurança alimentar dos indígenas como também de toda a sociedade.

O Ministério Público Federal, por sua vez, visando garantir a preservação do meio ambiente, defende que “o uso da terra pelas comunidades tradicionais ocorra dentro dos princípios de desenvolvimento sustentável, baseado na geração de renda a partir da manutenção dos recursos naturais” (COUTO, p. 57), e se assim entende o uso da terra por parte dos indígenas e demais comunidades tradicionais, não deve entender diferente quanto ao uso da terra pelo próprio Estado e por parte das empresas privadas. Afinal, a preservação da natureza não está adstrita às comunidades indígenas e tradicionais, sendo inclusive responsabilidade direta do Estado. Apontando haver necessidade de cooperação entre todos os setores para as definições de desenvolvimento nacional.

Essas medidas e atividades que geram grandes impactos ora realizadas pelo Estado, ora fomentadas por ele, fazem parte da política econômica neoliberal brasileira, e afetam diretamente tanto o meio ambiente quanto a vida das comunidades indígenas. Porém mesmo as comunidades diretamente afetadas se pronunciando publicamente contra tais políticas e exigindo o direito de serem consultadas, não há ainda no Brasil qualquer experiência de realização da Consulta Prévia, ao menos que não tenha sido impugnada pelas comunidades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desses mais de 512 anos, percebemos a dimensão imensurável das violações sofridas pelos Povos Indígenas, e nesse sentido, podemos afirmar que a conjuntura política nacional continua voltada aos interesses econômicos de alguns setores, como a época do colonialismo, em detrimento dos direitos dos indígenas, o que se apresenta destoante às expectativas de avanço democrático pós Constituição de 1988, e como claro descumprimento a legislação nacional e internacional.

Ademais, mesmo as iniciativas solidárias em prol dos indígenas, ou as políticas públicas mitigatórias quase sempre possuem em um caráter paternalista e assistencialista, mantendo as relações do poder hegemônico do Estado sobre os Povos Indígenas. Já as alternativas apresentadas pela Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os Povos Indígenas, prevendo o direito à participação efetiva das comunidades afetadas, vislumbram a garantia de direitos na perspectiva de uma nova ordem social, que não admite posições políticas verticalizadas por meio de medidas governamentais em face daqueles cuja autodeterminação foi reconhecida.

Como visto, os Povos Indígenas tem direito de serem consultados previamente, de forma livre e bem informada, não somente nos casos em que haja interferência em suas terras, mas amplamente em todas as fases de qualquer medida ad-

ministrativa ou legislativa que interfira na condição material, cultural, intelectual e espiritual dessas 305 diferentes etnias brasileiras, seja na floresta, no sertão, ou na cidade.

Quanto a opção do governo brasileiro em implementar a política desenvolvimentista a qualquer custo, sem consultar previamente os Povos Indígenas, concluímos ser esta a principal causa dos impactos ambientais e socioculturais das comunidades indígenas. Estas medidas impositivas têm afetado diretamente a capacidade dos indígenas de satisfazer suas necessidades materiais, inclusive de produção econômica, e ainda, têm colaborado para a perda da identidade étnica cultural, vez que submete os Povos Indígenas a um modelo predefinido de "viver" em sociedade, em num meio ambiente estranho àquele do qual se originou. Razões pelas quais, mesmo com a positivação de tantas garantias de direitos os conflitos entre os Povos Indígenas e o Estado se intensificaram nos últimos anos.

Essa participação direta nas decisões do Estado, como parte do exercício da autodeterminação indígena, deve ser realizada conforme as determinações da Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os Povos Indígenas, independentemente de regulamentação do procedimento da Consulta Prévia, por tratar-se de norma de aplicação imediata.

Por fim, a cooperação entre indígenas e os representantes do Estado através da busca de consensos quanto às prioridades de desenvolvimento socioeconômico do país, demonstra-se fundamental tanto para o avanço da democracia quanto para a preservação da diversidade cultural e dos recursos naturais para além das Terras Indígenas.

REFERÊNCIAS

ANAYA, James. Informe Del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales dos indígenas. Consejo de Derechos Humanos Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de Julio de 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado 1988.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm> Acesso em: 20 jan. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 20 jan. 2013.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 20 jan. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 5051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em: 20 jan. 2013.

CASTRO, Eduardo Viveiro de. No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é. In: _____. Povos Indígenas no Brasil: 2006-2010. Editores gerais: Beto Ricardo e Fany Ricardo.—São Paulo, Instituto Socioambiental, 2011.

CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusão Social: el camino hacia el fortalecimiento de la Democracia em Bolívia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, de 28 de junio de 2007, párr. 249.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Relatório Anual, 2012. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Cultura com aspas e outros ensaios. Cosac Naify-- São Paulo, 2009).

CUPSINSK, Adelar. Apostila Curso de Formação Básica- Direitos Indígenas e o Estado Brasileiro I. 7ª edição, Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2013.

DUPRAT, Débora. Povos Indígenas e comunidades tradicionais em face do Direito Internacional. In: _____. COUTO, Emerson José do. Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Brasília.

IBGE. Censo Demográfico 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2013.

MARÉS, Carlos. As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios. In: _____. SOUZA LIMA, Antonio Carlos de & BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). Além da Tutela: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

MARÉS, Carlos. Os direitos humanos e os Povos Indígenas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/indios/mares.html>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

MARÉS, Carlos. Palestra ministrada na Universidade de Brasília: Seminário Subsídios Jurídicos e Antropológicos para a regulamentação da Consulta Prévia junto aos Povos Indígenas no Brasil, 10 out. 2011. Palestra. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=xutOF-UGK8k>>. Acesso em 10 abr. 2013.

MEIRA, Márcio. In: _____. Convenção 169 da OIT, sobre Povos Indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil / [organizadora Bivia consulta aos Povos Indígenas. ny Rojas Garzón]. - São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. (Série documentos Isa, 12).

NIMUENDAJÚ, Curt, 1883-1945. Textos Indigenistas: relatórios, monografias, cartas/ Curt Nimuendajú; introdução Carlos de Araújo Moreira Neto; prefácio e coordenação Paulo Suess. __ São Paulo: Ed. Loyola, 1982.

OLIVEIRA, Antônio Eduardo Cerqueira de. A Judicialização das Terras Indígenas. Palestra ministrada na Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG: Seminário Direito dos Povos Indígenas na atualidade, 15 abr. 2013. Palestra.

ONU. Carta das Nações Unidas. 1945. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2013.

PENNA, Maria Helena Pinheiro. Autodeterminação dos Povos Indígenas: um conceito em evolução à luz dos direitos humanos. Monografia. Brasília: Instituto Rio Branco, 2005, p. 76 / In: CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Direitos Humanos das Populações Indígenas. Revista direitos humanos.

UNESCO. Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas. 2.ed. - Rio de Janeiro : UNIC; Brasília : UNESCO, 2009. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001850/185079por.pdf>>. Acesso em 18 jan. 2013.

UNESCO. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 6 maio. 2013.

VELOZ, Christian Ramos. In:_____. Convenção 169 da OIT, sobre Povos Indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil / [organizadora Biviany Rojas Garzón]. - São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 (Série documentos Isa, 12).

NOTAS DE FIM

1 Aluna do 9º período do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 A Convenção 169 se aplica ainda aos Povos Tribais, no Brasil conhecidos como Povos e Comunidades Tradicionais (Decreto n. 6.040/07), quais sejam: quilombolas; ribeirinhos, quebradeiras de coco babaçu, seringueiros, faxinalenses, comunidades de fundos de pasto, pomeranos, ciganos, geraizeiros, vazanteiros, piaçabeiros, pescadores artesanais, pantaneiros, afro-religioso.

3 Ver artigos 6, 7 e 15 da Convenção 169 da OIT, e artigos 11, 13, 18 e 19 da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU.

4 Este relatório, produzido por Jäder Figueiredo entre 1967 e 1968 a pedido do extinto Ministério do Interior do Governo Militar, foi encontrado em 2013, depois de 45 anos desaparecido e possui mais de 7 mil páginas, que hoje estão sob a guarda e análise da Comissão Nacional da Verdade.

DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE AOS PAIS SOLTEIROS E CASAIS HOMOAFETIVOS MASCULINOS

Raissa Izabella Antunes¹

Prof. Fernando Gonçalves Coelho Júnior²

RESUMO: O trabalho ora apresentado tem como objetivo dissertar acerca da licença maternidade, o salário-maternidade e a patente desigualdade de tratamento que vem sendo gerada pelos citados institutos no sistema jurídico brasileiro. Face ao Princípio da Igualdade, cuja previsão constitucional visa tratamento igual a todos cidadãos que se encontrem na mesma situação, tem-se que a concessão de afastamento do labor por período diferente para homens e mulheres, e a ausência de previsão legal para a concessão de um período concernente com a necessidade da criança quando os trabalhadores homens não possuem a figura materna desta criança no âmbito familiar, sendo que a licença maternidade, de acordo com o que hoje é estabelecido pela lei, tem causado efeitos na esfera trabalhista que ofendem o Princípio da Igualdade, o que vem causando danos aos pais trabalhadores e seus filhos. Destarte, o presente estudo visa defender a possibilidade de extensão de tais benefícios ao trabalhador do sexo masculino, precipuamente na condição de indisponibilidade da figura materna no âmbito familiar, haja vista a imprescindibilidade destes aos deveres de proteção, cuidado e adaptação da criança sob sua tutela

PALAVRAS-CHAVE: Licença Maternidade; Princípio da Igualdade; Isonomia; Dignidade da Pessoa Humana; Direito do Trabalho.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

Face aos novos modelos de constituição das famílias hodiernas, faz-se imperioso adequar os direitos trabalhistas referentes à licença maternidade a esta atual realidade do âmbito familiar brasileiro.

A legislação trabalhista brasileira, no que tange à licença maternidade, vem contrariando o dever de amparo constitucional, previsão esta que é dever do Estado, da sociedade, dos pais às crianças e adolescentes que necessitam receber toda estrutura necessária ao seu desenvolvimento e crescimento, de forma que a atual legislação pátria vem ignorando os novos modelos de família atualmente presentes na nossa sociedade, negligenciando trabalhadores e seus filhos que não possuem a figura materna, como se tais famílias não fossem merecedoras do manto da tutela constitucional.

Com o objetivo de erradicar tal discriminação, a proposta aqui é empregar uma analogia à situação narrada, para aplicação da legislação que se refere o citado instituto, de modo a efetivar a proteção que a lei oferece às crianças e às famílias brasileiras.

Assim, o trabalho propõe-se a apresentar formas de efetivar a igualdade constitucionalmente prevista, em prol das crianças e das suas famílias, garantindo a todos os pais o direito de passar um tempo razoável com seus filhos, almejando o condão protetivo que tem o Direito do Trabalho.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM FACE DOS INSTITUTOS DA LICENÇA-MATERNIDADE E PATERNIDADE

Primeiramente, com o fito de diferenciar a concepção do Princípio da Igualdade no atual Estado Democrático de Direito, cabe aqui uma breve narrativa acerca do conceito de igualdade nos três modelos do capitalismo contemporâneo.

O modelo de Estado Liberal tinha como uma de suas características mais marcantes a noção de igualdade perante a lei, a chamada igualdade formal. A ideia central era afirmar a abstenção do estado, a abstração da lei e o condão de generalidade, visto que a lei deveria ser interpretada uniformemente para todos. Não havia intervenção estatal e a ideia era que o estado era inimigo, e entendia-se que as leis de mercado apenas eram o necessário para que fosse garantido o mínimo existencial de forma uniforme a todos.

Por ser interpretada de forma generalizada e não se adaptar conforme as necessidades de todos os cidadãos, a igualdade formal era privilégio de poucas classes, ignorando as demais classes sociais, vedando-as de seus direitos básicos e fundamentais.

Posteriormente, em outro paradigma estatal, o Estado de Bem Estar Social que se instala por volta dos anos 40 a 60, trás a noção de igualdade na lei, a chamada igualdade material, o que primeira-

mente implicou em realização da liberdade positiva e a vedação de tratamentos desiguais a pessoas que encontravam-se em patamares de igualdade, afastando assim a nefasta discriminação.

Entretanto, no Brasil, insta frisar que não houve a completa e satisfatória concretização de um Estado de Bem Estar Social, pois a igualdade material não se assentou por completo na realidade pátria.

Hodiernamente, no atual paradigma de Estado Democrático de Direito, a igualdade deve ser interpretada como igualdade por meio da lei, devendo esta última ser o instrumento viabilizador para tanto.

Ensina Cármem Lúcia Antunes Rocha, (1990, p.39):

O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e reballiza conceitos, reelabora-se ativamente, para igualar iguais desiguados por ato ou com permissão da lei. O que se pretende, então, é que a "igualdade perante a lei" signifique "igualdade por meio da lei", vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas na sociedade por desvirtuamento socioeconômico, o que impõe, por vezes, a desigualação de iguais sob o enfoque tradicional.

Descabe ser lida de forma restritiva e limitada como a ideia de igualdade perante a lei, a chamada isonomia formal, todavia também não pode ser lida no simples sentido de igualdade na lei, o que corrompe seu verdadeiro ideal. Deve ser compreendida como igualdade através da lei, o que vai além das interpretações citadas, assim como deve ser construída através dos destinatários desta norma, os cidadãos, bem como por meio de seus representantes eleitos, face ao atual Estado Democrático de Direito.

Cabe-nos frisar que, a desigualdade na lei acontece quando a norma diferencia de forma desarrazoada ou até mesmo arbitrária um tratamento específico a pessoas diferentes. Para que o tratamento normativo diferenciado não seja considerado discriminatório, torna-se indispensável à existência de razão objetiva e razoável, conforme critérios e juízos de valor previamente aceitos, cuja exigência destes deve ser aplicada em relação ao fim e efeitos da medida utilizada, devendo então estar presente uma razoável relação de proporção entre as ferramentas utilizadas para chegar a igualdade através da lei e ao fim atingido, sempre de acordo com os direitos constitucionais tutelados.

Assim, cabem tratamentos normativos digressionados, sendo estes compatíveis Constituição Federal, haja vista finalidade razoavelmente proporcional ao objetivo visado.

Disserta Alexandre de Moraes, (2009, p.36):

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária as normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (uniformização na interpretação da legislação federal). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais. Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil ou penal, nos termos da legislação em vigor.

Conforme já asseverado, o Princípio da Igualdade deve ser pautado na lei, pois só a lei pode estabelecer o quanto desigual um tratamento deve ser a determinados grupos sociais, haja vista a necessidade ou peculiaridade daqueles em relação aos demais. Não obstante, tal tratamento deve possuir critérios razoáveis, sob pena de se configurar discriminação.

Assim ensina o doutrinador José Gomes Canotilho, (1998, p. 429):

O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas (...).

A não discriminação é instrumento essencial precipuamente à esfera do Direito do Trabalho, pois veda a prática de condutas agressoras tanto na seara moral quanto patrimonial e de fato é o princípio que melhor se encaixa com a vida real e com as de-

mandas do Direito do Trabalho, que visa estabelecer um mínimo civilizatório a todos.

Assim, conclui-se que, não obstante o artigo 5º da CR/88 dissertar uma igualdade que aparente ser meramente formal, a interpretação do dispositivo citado deve ser feita levando-se em consideração, com a peculiaridade de cada pessoa e valendo-se de critérios proporcionais e razoáveis para distinguir grupos que necessitem de tal distinção de forma cautelosa, para que não seja perpetrada a discriminação.

Neste tocante, ao analisarmos a licença-maternidade e paternidade, notamos uma patente desigualdade entre homens e mulheres sem que esta consiga estabelecer uma efetiva igualdade no plano concreto.

Tanto a CR/88³ quando a Consolidação das Leis do Trabalho, com o objetivo de proteger as crianças e suas famílias, preveem a licença-maternidade⁴ e a não interrupção de salário às empregadas gestantes ou também na hipótese de adoção ou concessão de guarda legal para fins de adoção⁵, sendo aplicáveis aos homens apenas a licença paternidade de 05 dias.

Tais disposições legais denotam fragilidade e incompatibilidade com os atuais e novos modelos familiares existentes hodiernamente, por não comportarem outros modelos de estrutura familiar, vinculando-se sempre ao texto frio e retrogrado da lei que impõe a união entre homens e mulheres. Desprezam as famílias formadas apenas por homens, solteiros ou não, acompanhados por outro homem ou não, que possuem a mesma necessidade de estarem com sua prole, seja biológica ou por adoção, que uma mulher teria.

Os direitos e garantias fundamentais, preconizados no artigo 5º da CR/88 preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Assim, ao haver garantia dos já citados benefícios apenas para empregadas do sexo feminino, face aos atuais modelos de famílias que tem homens vivenciando situações como as das mulheres, seja através de filhos adotados ou biológicos, está a legislação pátria colocando em “xeque” os princípios mais básicos do Estado Democrático de Direito, visto que coloca o sexo do trabalhador como fator determinante à extensão do manto da proteção às crianças e suas famílias. Há neste caso tratamento diferenciado em razão de sexo, sem fundamento para tanto, uma vez que tal discriminação não consegue efetivar a igualdade entre os obreiros.

Ademais, perpetrar tratamento discriminatório e preconceituoso aos trabalhadores que sejam pais, desprovidos da figura materna no lar, é aplicar por consequência o mesmo tratamento para as crianças que se encontrem sob a tutela unicamente masculina, contrariando a intenção da lei, que visa resguardar o melhor interesse da criança de alcançar pleno desenvolvimento físico e psicológico.

Enquanto há a lacuna legislativa prevista no ADCT, desde a promulgação da Constituição da República, o judiciário vem aplicando a regra geral, preconizada no artigo 10º, § 1º, do ADCT, concedendo apenas os cinco dias de licença-paternidade ao pai solteiro, seja ele adotante ou não, assim como ao pai componente de casal homoafetivo masculino.

Nessa conjuntura, podemos afirmar que há tratamento diverso para pessoas que se encontram na mesma situação, cujo objetivo é idêntico, que é a busca sempre do melhor interesse da criança, visando melhor adaptação ao convívio familiar.

Na seara do direito trabalhista, é fato que em algumas situações peculiares a desigualdade de tratamento entre homens e mulheres é necessária para que efetive-se a igualdade de condições no plano fático. Entretanto, não ha nenhum fundamento com embasamento constitucional capaz de justificar a absurda diferença entre o período de tempo concedido na licença-maternidade e na licença-paternidade, quando há a ausência da figura materna naquela família.

Destarte, é necessário que a aplicação da atual licença-paternidade seja ultrapassada, em se tratando de casos onde a família encontra-se desprovida da figura materna no lar, ainda que através de jurisprudências e leis que venham a assegurar a proteção dos trabalhadores e suas famílias, de forma que seja garantida a igualdade no caso concreto.

3 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Hodiernamente, o conceito de família vem evoluindo e ainda assim o estigma arraigado em grande parte da sociedade enxerga a família apenas como relação interpessoal entre homem e mulher, oficializada pelo matrimônio.

Ainda que atualmente as famílias contemporâneas sejam constituídas não apenas por laços biológicos, cabendo também a afinidade ou afetividade, é notório através da própria legislação a tentativa falha de atribuir invisibilidade a estes novos modelos familiares, pois em se tratando do casamento, sequer há referência a diversidade de sexo do par.

Os novos modelos de família trouxeram consigo diversas inovações no tocante à sua organização e constituição, contrariando o já citado arraigado estigma que considera como família as entidades possuidoras de uma figura paterna e outra materna, do sexo feminino.

Hoje é comum a existência de famílias diferentes do padrão consignado pela união de um homem e mulher. Há famílias monoparentais, compostas somente por uma figura materna ou paterna e sua respectiva prole e também as famílias homoafetivas, onde há a união de pessoas homossexuais, composta por homens ou mulheres e que exercem sim a função de pais e mães.

Neste tocante, doutrinadora Maria Berenice Dias, (2005, p. 191), leciona:

Quase intuitivamente se conceitua a família como relação interpessoal entre homem e mulher, constituída pelos sagrados laços do matrimônio. É tão arraigada essa ideia que o legislador, quando trata do casamento, sequer refere a diversidade de sexo do par. Assim, apesar do repúdio social e da rejeição de origem religiosa, por falta de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homossexual. As uniões de pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo da história, um sem-número de rotulações pejorativas e discriminatórias. No entanto, é uma realidade que não mais se pode fazer de conta que não existe.

Acerca dos novos modelos familiares, há também os que se encontram ausentes da figura materna e ainda assim são considerados pela doutrina e jurisprudência como entidades que detém status de família, haja vista existência do poder paternal, sendo devida então a tutela jurídica dispensada as famílias, consoante previsão constitucional consignada no artigo 226 que prevê que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."

Sobre o tema, Maria Berenice Dias, (2005, p. 192), preceitua que:

A norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Tem origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal. A regra maior da Constituição, que serve de norte ao sistema jurídico, é o respeito dignidade humana. O compromisso do Estado para com o cidadão se sustenta no primado da igualdade e da liberdade, consagrados já no seu preâmbulo. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura: o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No tocante ao caráter familiar dos casais homoafetivos, a tutela jurídica retro citada foi objeto da ADPF n° 132-RJ e ADI 4277, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, consoante voto do, à época, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto. Vejamos:

II.3. que a terminologia "entidade familiar" não significa algo diferente de "família", pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão "entidade familiar" não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da sub-família, família de segunda classe ou família "mais ou menos" (relembrando o poema de Chico Xavier). (...) Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova "entidade familiar", seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos. (...) Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)? II.4. que as diferenças nodulares entre "união estável" e "casamento civil" já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que

a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.⁷ (grifo original)

Ainda neste diapasão, o voto preferido pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão julgou procedente o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, situação que fora levada ao Poder Judiciário por ter sido criado óbice no momento da habilitação das pretensas cônjuges.

Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.(...) Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica. Atentando-se a isso, o pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes, tanto desta Corte, quanto do STF -, impede se pretenda

afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. (...) Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio. ⁸(grifo nosso)

Para coadunar com os posicionamentos acima registrados, a doutrinadora Maria Berenice Dias discorreu no mesmo sentido das decisões retro transcritas em seu artigo "As uniões homoafetivas frente a Constituição Federal", Revista Jurídica Consulex, Ano XII - n° 281 - 30 set. (2008, p. 52).

Vejamos:

Pluralizou-se o conceito de família, que, não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente esta convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação para transformá-la em casamento. Em nenhum momento foi dito não existirem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos no casal para haver a proteção do Estado é fazer distinção odiosa, postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.

Para focar no presente trabalho, cabe nos aqui o estudo preciso das famílias homoafetivas masculinas e famílias monoparentais compostas somente por pais solteiros, onde estes assumem o dever de educar seus filhos sozinhos.

A falta da figura materna nas famílias monoparentais pode ter vários motivos, como o divórcio, o abandono do lar, a geração de filhos de forma independente e até mesmo o óbito do cônjuge.

Entretanto, a família monoparental encontra-se constitucionalmente protegida, consoante disposição do artigo 226, §4º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: "entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

Insta frisar que às famílias incumbe o dever de proteção da criança e do adolescente e a promoção do seu bem-estar, bem como a plena convivência familiar, sejam aquelas formadas pelo casamento, pais solteiros, união estável ou entidades em que haja laços de afinidade, consoante inteligência do artigo 227 da Constituição Federal, assim como prevê o Estatuto da Criança e Adolescente em seus dispositivos 4º e 19. Vejamos, respectivamente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes." (grifo nosso)

Destarte, em face de tais dispositivos, é evidente o dever da família de promover o melhor ambiente possível ao crescimento e cuidado das crianças. O que nos interessa aqui é demonstrar que, ao não se conceder aos pais obreiros ausentes da figura materna da mãe em sua entidade familiar um período de licença digno como o concedido às obreiras do sexo feminino, estão sendo cabalmente ceifados os direitos destes trabalhadores e de seus filhos que, por não

disporem de mãe, são tratados de forma desigual e preconceituosa, haja vista a privação da convivência com os seus pais no momento em que esta é tão necessária, principalmente pelo fato de não existir a figura materna no seio desta entidade familiar.

A ideia protecionista que a legislação retro colacionada trás é oriunda do princípio do melhor interesse da criança, sendo este último plenamente incorporado e aceito pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo sido originado na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959. A ideia central do princípio preceitua que quando existir possíveis conflitos envolvendo uma criança, a solução deste deverá visar o melhor resultado para a criança, haja vista que devem seus interesses serem sobrepostos aos demais, em homenagem a ideia central que é o resguardo de seu melhor interesse.

Acerca dos objetivos de tal princípio, Dias, (2005, p. 64), *apud*, Teixeira, Ana Carolina B. e Sá, Maria de Fátima F.:

O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor ao alcance da maioridade de forma responsável, constituindo como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, que um dos objetivos e responsabilidades maiores do instituto familiar, desde já incluídas as famílias monoparentais e as compostas por casais homoafetivos, conforme já explanado, também do Estado e de toda sociedade, a proteção integral da criança e do adolescente e o resguardo de seu melhor interesse, visando à construção de um sujeito de direitos responsável e pleno.

Assim, conforme demonstrado é necessário a adaptação dos direitos trabalhistas de licença maternidade e salário maternidade aos atuais modelos de família brasileira, ultrapassando a ideia arcaica de que família constitui-se apenas pelo casamento entre homem e mulher, estendendo-se os direitos ao obreiro do sexo masculino, quando estes forem indispensáveis para cuidado, proteção, adaptação e educação da criança e adolescente sob tutela.

4 DA LICENÇA-MATERNIDADE E LICENÇA-PATERNIDADE

A licença-maternidade constitui garantia constitucional, consoante artigo 7º, XVIII da Constituição da República, que ampliou a antiga licença de 90 dias para os atuais 120 dias.

A referida garantia é extensível às empregadas, contribuinte individual, trabalhadora avulsa, domésticas, segura especial e segura facultativa.

A Consolidação das Leis do Trabalho também destina um de seus capítulos exclusivamente à Proteção do Trabalho da Mulher,

do seu artigo 372 ao 401, fixando a licença-maternidade em 120 dias, conforme inteligência constitucional, situação em que o afastamento da empregada gestante poderá ocorrer até 28 dias antes do parto e a efetiva ocorrência deste, mediante atestado médico a ser apresentado ao seu empregador.

A licença maternidade possui condão social e fundamenta-se no amparo e proteção família, como o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal prevê, a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

Assim entendem também Elisabeth Mônica Hasse Becker Neiverth e Silvana Souza Netto Mandalozzo, (2009, p. 175):

Proteger a gravidez e a maternidade é preocupação de caráter social com vistas a uma população mais saudável e preservação da dignidade da trabalhadora. Contar com a proteção à maternidade é um privilégio recente na história do trabalho da mulher no Brasil.

Importante frisar que a licença-maternidade independe do estado civil da trabalhadora, tendo seu fundamento precípua na busca do bem-estar da criança, seu bom e saudável desenvolvimento e seu melhor interesse, eis que a criança, em seus primeiros meses de vida, necessita da assistência da mãe em período integral.

A licença-maternidade é vinculada ao salário-maternidade, possuindo este natureza previdenciária, sendo devido pelo período de licença que perdura 120 dias, seja pela ocasião do parto, adoção ou de guarda judicial para fins de adoção. Frise-se que tal benefício é custeado diretamente pela Previdência Social em casos de trabalhadoras avulsas, autônomas, domésticas e pelo empregador às empregadas (salvo adoção, situação em que a Previdência Social custeará), devendo ser compensado o pagamento no momento de recolhimento das contribuições relativas sobre a folha de salários e rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, consoante inteligência da Lei 8.213/91⁹

Cabe ressaltar que a concessão do salário-maternidade independe do número de contribuições pagas pela segurada empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica, conforme o entendimento dos doutrinadores de Direito Previdenciário, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari.

Entretanto, para as seguradas contribuintes individuais, segurada especial e segurada facultativa, há prazo de carência de dez contribuições mensais¹⁰

Nota-se que ao conceder à licença-maternidade o caráter previdenciário, a intenção do legislador foi vedar a discriminação do trabalho da mulher, pois ao retirar do empregador o encargo do pa-

gamento de tal prestação, a intenção foi desonerá-lo para que não houvesse limitação à contratação de mulheres em idade fértil. Para coadunar com tal proteção, o legislador previu, conforme artigo 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a vedação da dispensa imotivada da empregada gestante, garantia esta desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Entende-se que tais garantias concedidas à trabalhadora foram previstas como meio de resguardar a empregada e manter sua inserção no mercado de trabalho, evitando que haja discriminação por parte do empregador, quando da seleção de seu pessoal face ao sexo, estado gravídico ou mesmo fase fértil da candidata. Assim, tenta-se ao menos nivelar o oferecimento de oportunidades percebidas pelos homens dentro do mercado de trabalho.

Não obstante, a licença-paternidade não desfruta de grande amparo no direito brasileiro, cuja previsão encontra-se no artigo 7º, XIX e § único da Constituição da República de 1988, possuindo, conforme previsão do artigo 10, §1º, do ADCT, até que seja promulgada lei que trate acerca do benefício, que por enquanto possui duração de cinco dias.

A mesma é devida ao empregado urbano, rural, doméstico e ao trabalhador avulso, aos militares e aos servidores públicos. Em contrapartida, a licença-paternidade não possui natureza previdenciária e é ônus do empregador, salvo no caso dos servidores públicos, conforme artigo 208 da Lei 8.112/90 que trata acerca do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações públicas federais. Não há também garantia de emprego.

Nota-se então flagrante discrepância com a atual realidade dos novos modelos de famílias brasileiras, eis que tais normas levam em consideração uma sociedade patriarcal, onde apenas as mulheres cuidam dos filhos e deixando ao pai trabalhador um mero papel secundário e financeiro nos cuidados de sua família.

Assim, tem-se que o tratamento dado aos trabalhadores do sexo masculino não se compatibiliza com as atuais mudanças do conceito de família sofridas pela sociedade brasileira, fato este que precisa ser urgentemente superado.

5 DA POSSIBILIDADE DO EMPREGO ANALÓGICO DO INSTITUTO DA LICENÇA-MATERNIDADE AOS PAIS SOLTEIROS E CASAIS HOMOAFETIVOS MASCULINOS

Conforme exposto, os sujeitos para os quais ora se defende a aplicação do instituto da licença-maternidade, quais sejam, a família monoparental e a família homoafetiva masculina são reconhecidos e protegidos por nosso ordenamento jurídico. Àquela tem proteção constitucional, conforme o já citado artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Já a família homoafetiva masculina não encontra vedação no ordenamento jurídico e teve a possibilidade de união estável reconhecida nas já citadas ADPF n.º: 132-RJ e ADI 4277.

Assim, depreende-se que não há porque o direito desses pais e suas respectivas famílias continuarem sem a devida proteção efetiva, não havendo justificativa que a licença-paternidade continue sendo de 5 dias, nos casos onde não há figura materna, frise-se.

Conforme a legislação brasileira, o direito à licença-paternidade decorre da condição de o trabalhador se tornar pai, biológico ou adotivo, conforme previsão da Lei 12.010 de Agosto de 2009, que assim dispõe em seu artigo 42:

Art. 42: Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil

§2º - Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Nota-se então que não há qualquer vedação na legislação brasileira que constitua óbice à adoção masculina, não havendo exigência de que a pessoa adotante tenha que ser do sexo feminino, ou ainda expressa exigência de que o adotante masculino tenha uma mulher como companheira.

Atualmente, existem várias formas de se tornar pai de uma criança, sem obrigatoriamente existir a presença da figura materna na família, como por exemplo, o método de inseminações artificiais e o uso das "barrigas de aluguel" ou mesmo pelo meio natural, casos onde os pais perdem a companheira por diversos motivos, como falecimento no parto, abandono de lar após o parto, o que pode se dar por diversas circunstâncias, até mesmo em decorrência de depressão pós-parto, dentre outras tantas possibilidades que podem ocorrer em virtude de particularidades da família brasileira.

O problema é que a legislação ainda é omissa no tocante a alguns direitos necessários à efetiva proteção de tais famílias, precipuamente em relação à previsão de afastamento do emprego por período razoável, sem prejuízo do salário, no que tange aos homens solteiros e casais homoafetivos que se tornam pais, seja pela adoção ou método biológico.

A Lei 12.010 de 2009, que aborda a adoção, bem como a Consolidação das Leis do Trabalho foram omissas a respeito desta situação e ao preverem a licença-maternidade, respectivamente em caso de adoção ou meios biológicos, não consideraram a existência de famílias monoparentais e homoafetivas masculinas, onde o pai é o único responsável pela adaptação da criança ao meio familiar, fazendo vezes de mãe, uma vez que naquela família não há figura materna.

Ressalte-se que a citada Lei 12.010 de 2009 revogou os parágrafos 1º e 3º do antigo artigo 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho, que previam que quanto maior a idade da criança,

menor seria o tempo de licença-maternidade. Atualmente, não há mais tal escalonamento, sendo a licença-maternidade de 120 dias invariavelmente, o que visa promover a igualdade entre mães e filhos adotivos e biológicos.

Entretanto, o pai faz em certos casos o papel de mãe, responsabilizando-se integralmente pela vida dos filhos, o que foi esquecido pela legislação, que manteve a licença-paternidade de 5 dias, o que só é compreensível quando há a presença da figura materna. Nos casos aqui tratados, não há a figura materna, restando então patente o tratamento desigual entre pessoas que se encontram claramente na mesma situação.

O objetivo da licença-maternidade é promover a criação de laços afetivos entre a criança e sua mãe, pelo que tal raciocínio também se aplica ao pai que necessita criar tal laço e cuidar de seu filho. Frise-se que quanto às famílias monoparentais constituídas por mãe solteira, em caso de adoção ou filho biológico, esta terá licença-maternidade de 120 dias, assim como no caso de adoção ou filhos também biológicos de casais homoafetivos femininos.

Nota-se então a inequívoca omissão acerca das adoções por pais solteiros, também no que tange aos pais biológicos desprovidos da figura materna e também face à adoção por casais homoafetivos, vez que a Lei da Adoção, 12.010 de 2009 não disciplina a situação do pai que se encontra ausente de figura materna em nenhuma das hipóteses retro explicitadas, causando tratamento diferenciado a pessoas que claramente encontram-se na mesma situação.

Atualmente, apesar das poucas decisões concedendo a licença-maternidade ao homem, não se pode deixar de reconhecer as que o fizeram, nos moldes defendidos no presente trabalho, conforme nos apresenta Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, (2013, p.826):

Justiça dá "licença-maternidade" a servidor que perdeu a mulher no parto. Funcionário da PF recorreu à Justiça após ter pedido negado pelo órgão. Juíza considerou que pai deveria dar assistência à criança; cabe recurso. Notícia disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2012/02/justica-da-licenca-maternidade-servidor-que-perdeu-mulher-no-parto.html>>

Segue um dos principais trechos da decisão acima referida pelos doutrinadores:

Embora não exista previsão legal e constitucional de licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, essa não deve ser negada ao genitor, ora impetrante. Isso porque o fundamento desse

direito é proporcionar à mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais à sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento.

Na ausência da genitora, tais cuidados devem ser prestados pelo pai e isso deve ser assegurado pelo Estado, principalmente nos casos como o presente, em que, além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda, ainda há a dor decorrente da perda daquela.

Nestas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre o da legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença-maternidade.

Diante do exposto, defiro o pedido liminar para conferir ao Impetrado o direito de gozar da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade prevista no art. 207 da Lei nº 8.112/90 c/c art. 2º, §1º, do Decreto nº 6.690/08 (Justiça Federal do Distrito Federal - 06ª Vara - Decisão em Mandado de Segurança com Pedido de Liminar nº 6965-91.2012.4.01.3400 - Juíza Federal Ivani Silva da Luz - Data da decisão: 08.02.2012)¹¹ (grifo nosso)*

Ainda no tocante às decisões proferidas neste mesmo sentido, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, ao julgar decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região estendeu a licença-maternidade ao pai solteiro adotante, conforme trecho da referida decisão transcrita abaixo, referente ao processo de número 150/2008-895-15-00-0.

Ultrapassado isso, tem-se como essencial uma interpretação sistemática do artigo 210 da Lei nº 8.112/90 com o artigo 5º, caput, da Constituição da República, que consagra o princípio da isonomia. Com efeito, se o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 42 da Lei nº 8.069/90) confere a qualquer pessoa com idade superior a 21 (vinte e um) anos, independente do sexo, o direito à adoção, afigura-se-me normal que um servidor, ainda que não casado, opte por adotar ou obter a guarda judicial de uma criança. Aliás, conduta desta natureza, além de se encontrar em perfeita harmonia com o artigo 227 da Constituição da República, que prevê ser dever do Estado, da família e da sociedade assegurar, com absoluta prioridade, prote-

ção à criança e ao adolescente, é digna de louvor, principalmente se levamos em consideração que vivemos num país que, embora em desenvolvimento, convive ainda com elevado número de crianças em total abandono e às margens da criminalidade. Não é menos verdade que o lapso temporal de 90 dias previsto no artigo 210 da Lei nº 8.112/90, para gozo de licença da servidora, deve-se ao fato de, em se tratando de criança com idade inferior a 1 (um) ano, serem imprescindíveis, tanto cuidados especiais e essenciais à adaptação ao novo ambiente familiar, como a aquisição de materiais a serem utilizados pela criança e, quiçá, a contratação de uma babá de confiança para zelar pelo menor. Esses cuidados, como se sabe, não deixam de ser primordiais à boa adaptação da criança, apenas por ser o adotante um servidor do sexo masculino que não tenha firmado sociedade conjugal. Aliás, eventual conclusão no sentido de se obstaculizar o direito do servidor implicaria, a meu ver, manifesta ofensa ao princípio constitucional da isonomia, além da consagração de tese que, certamente, não conseguiu acompanhar a evolução da nossa sociedade. Resulta, pois, intacta a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, que reconheceu o direito à licença de 90 (noventa) dias ao servidor que obteve a guarda, para fins de adoção, de uma criança com idade inferior a 1 (um) ano. Assim, dada a relevância da matéria ora examinada, entendo conveniente seja conferido efeito normativo ao presente acórdão, com a consequente edição de Resolução por este Conselho¹²(grifo nosso)

Infelizmente, tais decisões são extremamente raras em nosso ordenamento jurídico, o que deve ser mudado o mais rápido possível, para que o princípio da isonomia ultrapasse os contornos constitucionais e efetive-se na realidade das pessoas que se encontram na mesma situação e não obstante recebem tratamento diferenciado, frustrando a proteção constitucional à família, crianças e adolescentes e aos trabalhadores.

Assim, resta patente a necessidade de concessão aos pais trabalhadores, em caso de ausência das mães, um período de tempo mais apropriado para que possam prover assistência aos seus filhos, com continuação de recebimento de salário por este período, para que possam viabilizar a inserção e adaptação do infante ao seio familiar, através do método ofertado pelo instituto da analogia, uma vez

que não ha lei dispondo a pretensão aqui ora defendida.

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidira o caso de acordo com a analogia, os costumes e princípios gerais de direito”.

Já na Consolidação das Leis do Trabalho, é o artigo 8º que aborda a analogia como método aceito e positivado no nosso ordenamento jurídico, sempre que houver lacuna legislativa, vejamos:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente o direito do trabalho, e, sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Assim, ainda que não haja lacuna completa no tocante ao instituto da licença-paternidade, esta não supre as necessidades das atuais demandas sociais, como no caso da união homoafetiva masculina e no caso da ausência da figura materna em relação ao pai solteiro, seja em relação ao filho biológico ou adotivo. A previsão de licença-paternidade de cinco dias não supre as necessidades das pessoas que se encontram na situação ora abordada, sendo então perfeitamente cabível o uso da analogia.

Portanto, defende-se aqui a aplicação da licença com duração de 120 dias, sem prejuízo do salário, também aos trabalhadores do sexo masculino, dentro das hipóteses já abordadas.

Nota-se que não é de todo indispensável a mudança da legislação neste tocante, eis que é permitido no nosso ordenamento jurídico fazer uso do método analógico, de tal sorte que cabe a aplicação da licença-maternidade nos casos aqui relatados, o que permitiria maior facilidade ao acesso de tal benefício, não sendo necessário acessar o Poder Judiciário para obter o mesmo, movimentando assim toda a máquina do judiciário em uma questão que poderia ser resolvida pelo empregador.

Entretanto, enquanto não ha efetiva alteração do entendimento majoritário, cabe ao judiciário, por meio da analogia, promover a efetivação dos direitos trabalhistas referentes à paternidade, resguardando o interesse social de que a criança desenvolva-se plenamente, em todos os aspectos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo demonstrar a necessidade de uma mudança, no tocante à problemática da licença-maternidade face à paternidade, que coadune com a atual realidade social do Brasil, em se tratando de famílias de diferentes formações e ainda

assim, totalmente merecedoras da proteção constitucional.

Assim, nota-se a necessidade de previsão legal para que seja concedida uma licença com duração razoável e digna, tal qual a concedida às obreiras do sexo feminino, também aos trabalhadores do sexo masculino que se encontrem em determinadas situações, permitindo assim um tratamento mais justo e digno entre os trabalhadores e sua prole ausente de figura materna.

Ainda que seja possível a concessão da tal licença por meio da analogia, cumpre ressaltar que a pacificação da questão por meio de lei seria excelente, eis que acabaria definitivamente com toda e qualquer discussão sobre o tema, afastando por completo a discriminação ainda existente, sem contar que não haveria mais a necessidade de acesso ao poder judiciário, para que a parte visse seu direito materializado, bem como teria condão cogente, por se tratar de lei,

Nesse sentido, conclui-se que cabe aos legisladores a feitura de leis mais adequadas à nossa realidade social e que vedem quaisquer formas de discriminação, trazendo assim justiça ao plano da realidade fática.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Letícia; ANTUNES, Leandro; BELFORT, Simone e GRAVATÁ, Isabelli. *CLR Organizada*. 3ª ed. São Paulo. LTr, 2013.

ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito* 16ª ed. São Paulo: Rideel. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª edição. Portugal: Ed. Almedina. 1998.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Gen, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *As uniões homoafetivas frente a Constituição Federal*. Revista Jurídica Consulex. Brasília. p. 52-53, 30 de set. de 2008

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *O modelo de família para a nova sociedade do Século XXI*. Revista Jurídica Consulex. Brasília, p. 8-10, 29 de fev. de 2004.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira e REIS, Renata Olandim. *Da possibilidade de concessão de licença-maternidade aos pais solteiros e casais homossexuais masculinos*. Copendi. Uberlândia, 2012. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c215b446bcd956d>>

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NEIVERTH Elisabeth Mônica Hasse Becker e MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. *A licença-maternidade e sua ampliação facultativa*. Revista do TRT - 9ª Região. Curitiba, a. 34, n. 63, p. 175-188, Jul./Dez. 2009

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

11 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/jose-joaquim-santos-sentenca.pdf>> Acesso em 28 mai. 2013

12 Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e938572d-7979-4f8a-a9e9-415116ac0979&groupId=955023> . Acesso em 28 mai. 2013.

NOTAS DE FIM

1 Graduada do Curso Superior de Direito no Centro Universitário Newton Paiva.

2 Professor orientador do presente artigo e professor titular do Centro Universitário Newton Paiva.

3 CRFB/88, artigo 7, XIX: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: XIX - licença-paternidade nos termos fixados em lei e ADCT - Ato das disposições constitucionais transitórias, artigo 10: "Até que seja promulgada lei complementar a que se refere o artigo 7, I, da Constituição: §1º: Até que lei venha disciplinar o disposto no artigo 7º, XIX da Constituição, o prazo de licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias."

4 Artigo 392 da CLT: "A empregada gestante tem direito a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário".

5 Artigo 392-A da CLT: "À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do artigo 392(...) e artigo 393 da CLT: "Durante o período a que se refere o artigo 392, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com o que anteriormente ocupava."

6 Artigo 5º, CR/88: "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: I-homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição."

7 Disponível em: http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anejo/219_1.pdf > . Acesso em: 11 abr. 2013.

8 Disponível em: http://www.stj.jus.br/porta_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249> . Acesso em: 10 abr. 2013.

9 Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

10 Prazo de carência criado pela Lei n. 9.876/99 que deu nova redação ao artigo 25 da Lei n. 8.213/91.



Quem se prepara, não para.