

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE

# DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

Número 22  
1/2014



**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](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



**Newton**

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

Jacqueline Guimarães Ribeiro

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO

Emerson Luiz de Castro

EDITOR DA REVISTA

Gustavo Costa Nassif

CONSELHO EDITORIAL

Professor Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (Newton Paiva)

Professor Mestre Emerson Luiz de Castro (Newton Paiva)

Professor Doutor Gustavo Costa Nassif (Newton Paiva)

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)

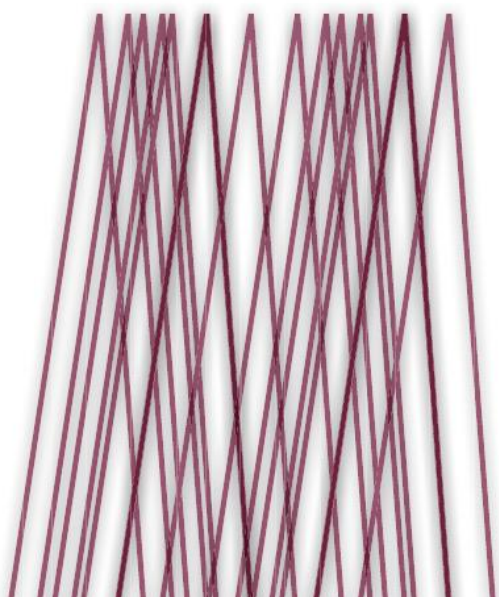
Professora Doutora Tatiana Ribeiro de Souza (UFOP)

## 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 DO CURSO DE JORNALISMO:  
Márcio Júnio



The background features a complex pattern of thin, dark red lines that intersect to form a grid of diamond shapes. The lines are oriented at various angles, creating a sense of depth and movement. The overall effect is a modern, geometric aesthetic.

# **EDITORIAL**

# AFINAL QUEM É A PEÇA E QUEM É O JOGADOR

Caro leitor,

Apresentamos a 22ª edição da Revista Eletrônica de Direito do Curso de Direito da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. O ato de escrever de alguma maneira é também um ato de hospitalidade. Ora, quando o escritor debruça suas letras sobre o papel, lança suas ideias e seus ideais para um imaginário ainda não sabido. O leitor, aquele que recebe as palavras, antes mesmo do seu encontro com o papel está já contemplado no imaginário de quem escreve. Aliás, além da responsabilidade infinita com a cientificidade de seus dizeres, aquele que escreve, guarda em suas palavras a responsabilidade por todos os rostos que irão interpelar seu texto.

Escreve-se para uma folha em branco. Ela anuncia com sua indefinição toda a dimensão de horizontes que agora passam a dialogar. Desde um leitor distraído, até aquele cientista mais rigoroso, por todos eles, incluso o analfabeto, também estará o escritor responsável desde sempre, pelo simples fato de que quando se lança à escrita, está-se sujeito às mais severas críticas, como também, está-se sujeito a sequer ser lido. Resta ai colocada a tragédia a que o escritor está lançado.

Nessa senda de pensamento, aquele que escrever, por força da imensidão da página em branco, simbolizada nela, esta já lançado à busca pelo rosto de todos aqueles que a partir de então poderão se construir através dali. A primeira fusão de horizontes é já infinita e coloca-se na relação escritor x página em branco. Nela o autor se perde embevecido de suas ideias e enquanto constrói o texto se constrói a si mesmo e além, traça, por vezes sem perceber, os passos daqueles que porventura venham a ler aquelas palavras. Responsabilidade infinita uma vez que o papel, hoje digital, rompida já as barreiras do tempo, não perecerá, como não perecem as ideias, como não perece a responsabilidade.

O segundo momento de fusão de horizontes é operado na relação leitor x texto. Hermeneuticamente haverá aí uma construção de sentido a partir do círculo hermenêutico dito por Gadamer, contudo, a responsabilidade do escritor, mesmo assim, não se encerra. O escritor, como um pai, esta desde sempre responsável pelos olhares que seu filho irá lançar, também pelos que ele irá suscitar. Incluso por aqueles que não virem a criar. É assim, um ato de fé a escrevescência de um texto. A ciência estabelece suas regras, o direito possui determinações legais para seu cumprimento. A ética nos permite habitar o mundo com, através e a partir do outro.

Assim, se seguirmos o caminho estabelecido, podemos perceber que escrever um artigo é ato de responsabilidade infinita. O mundo digital talvez torne esse ato mais responsável ainda. Há um real mais que real encenado pela rede e armazenado nas nuvens, que diferentemente do nosso real material, não perece com o mau tempo. Nesse sentido, cada autor esta desde sempre interpelado pelo outro que o lê, desconhecido, portanto, infinito. É um ato, misto de coragem e sinceridade intelectual. Escrever é realizar o outro em palavras, que não possuem propriedade, apenas responsabilidade e doação. O conhecimento faz-se de maneira plural, entre os conhecimentos diferentes não hierarquizados.

Nesse caminho, oferecemos ao leitor nossa 22ª edição. Ornados de toda a responsabilidade com os olhares que vem, e com os que não. Imbuídos de ideias que procuram levar a linguagem jurídica como formadora de cidadãos plurais e aptos à diferença. Aliás, essa é a verve que move essa Revista, ora, temos artigos que dialogam desde o estado plurinacional até o direito do trabalho, ramos que em princípio seriam distantes, mas que com esse novo paradigma de pensar plural, encontram-se na raiz: a ética que nos coloca iguais enquanto construtores e construídos do saber.

Boas leituras, reflexões e construções. Que tenhamos na alteridade máxima o compromisso de uma ciência que edifica e navega por horizontes nos quais o olhar que vem seja bem recebido e nos faça enxergar que, como diria a canção, "a estrada vai além do que se vê."

**Bernardo G. B. Nogueira**

**PROFESSOR MESTRE DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA**





# SUMÁRIO

A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo, Daniela Lage Mejia Zapata	8
UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR NA PARCERIA PÚBLICO PRIVADA Taynara Alves, Núbia Elizabette de Paula	17
A PRÁTICA DO DUMPING SOCIAL NO ÂMBITO TRABALHISTA E SEUS EFEITOS A PARTIR DE UMA ANÁLISE HISTÓRICA E PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO DO TRABALHO NA SOCIEDADE Amanda Helena Azeredo Bonaccorsi, Tamiris Carolina Vareto	29
ESTADO PLURINACIONAL: UM RECORTE TEMÁTICO BOLIVARIANO Arthur Dias Duarte	68
O TRÁFICO DE ENTORPECENTES COMO POSTULADO FENOMÊNICO SUBSISTENCIAL: ASPECTOS JURÍDICOS, SOCIAIS E MÉDICO-LEGAIS Cristian Kiefer da Silva, Emmanuel Fernandes Versiani	75
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA INSERÇÃO E MANUTENÇÃO DO IDOSO NO MERCADO DE TRABALHO – A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA Guilherme Carvalho Monteiro de Andrade, Brenda Lima Costa, Thaís Bentes Leonel, Thássyla Martins Athayde Lobato	87
AS DIFICULDADES DAS EMPRESAS DO SETOR PRIVADO PARA O CUMPRIMENTO DA LEI DE COTAS FACE À CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO Leandro Henrique Simões Goulart, Patrícia Maria Vila Nova de Paula	96
BIODIREITO E O PENSAMENTO TÓPICO DE THEODOR VIEHWEG Janice Silveira Borges, Michael César Silva, Sergio de Abreu Ferreira	106
CASSAÇÃO DE MANDATO DE PREFEITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A DEFESA DOS AGENTES POLÍTICOS Júlia Reghin Gomes da Costa, Arthur Magno e Silva Guerra	113
A EFETIVA APLICABILIDADE DA LEI E O DIREITO DE VISITAS AVOENGO Ana Luíza Ribeiro Diniz, Nathália Jéssica França Ferreira, Leandro Henrique Simões Goulart	129
AS MUDANÇAS DO MUNDO PÓS-MODERNO E A FIGURA DO TELETRABALHO Cláudio Jannotti da Rocha, Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz	140
O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO E A UNIÃO HOMOAFETIVA: A FUNDAMENTAL IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SOLUÇÃO DE UM DEBATE HODIERNO Renat Nureyev Mendes	150
A ÉTICA DE ARISTÓTELES E A ÉTICA DE KANT: A PROPÓSITO DE UM BREVE COTEJO Maurílio Santiago	157
A REPÚBLICA E O SISTEMA (PLURI) PARTIDÁRIO DE COALIZÃO Igor de Matos Monteiro	164

# A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO

Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo<sup>1</sup>

Daniela Lage Mejia Zapata<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo objetiva discutir a incidência da responsabilidade civil pré-contratual no âmbito dos contratos trabalhistas. Para tanto, irá analisar inicialmente a fase pré-contratual no Direito do Trabalho, a responsabilidade civil no pré-contrato e a sua aplicação aos contratos trabalhistas, que são tão peculiares, devido ao fato de ser uma ramo que possui regras imperativas garantindo direitos mínimos e que não podem ser negociados.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade civil; responsabilidade pré-contratual; pré-contrato; contrato de trabalho; dever de indenizar; dano; nexos causal; culpa.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A fase pré-contratual no âmbito trabalhista; 3. Responsabilidade Civil: requisitos; 4. A incidência da responsabilidade civil no pré-contrato trabalhista e o dever de reparar; 5. Considerações finais.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito do Trabalho.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a incidência da responsabilidade civil no pré-contrato trabalhista. Para tanto, inicialmente foi abordada a normatização do contrato de trabalho e posteriormente sua fase pré-contratual. Foram destacadas as suas características principais, de forma a explicitar a fase de formação dos contratos trabalhistas.

Feito isso, foram analisadas as questões atinentes à responsabilidade civil, principalmente no que diz respeito a sua adequação e aplicação ao ramo trabalhista.

Por fim, foram combinadas as normas estudadas, de forma a analisar a incidência da responsabilidade civil e, consequentemente, do dever de indenizar, na fase do pré-contrato de trabalho.

## 2. A FASE PRÉ-CONTRATUAL NO ÂMBITO TRABALHISTA

Inicialmente impõe-se esclarecer que será analisado o pré-contrato e contrato de trabalho celebrado quando há uma relação de emprego entre as partes. Assim, ater-se-á ao chamado "contrato individual de trabalho" que existe quando há a prestação de serviços por uma pessoa física, de forma pessoal, onerosa, subordinada e não eventual a um tomador de serviços, e que se submete às regras trabalhistas previstas na Constituição da República de 1988 e na Consolidação das Leis Trabalhistas, além de outras normas esparsas.

Referido esclarecimento é necessário tendo em vista que a palavra "trabalho" abrange várias formas de oferta de mão de obra e a prestação de serviços na forma de "emprego" é apenas uma

de suas espécies. Há vários tipos de trabalhadores, mas apenas o empregado presta serviços com os requisitos próprios da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da CLT (BRASIL, 1943).

Então, é possível afirmar que a denominação correta para o contrato em análise seria "contrato individual de emprego", tendo em vista que a expressão "trabalho" é ampla e por isso pode ser objeto de crítica. Amauri Mascaro Nascimento (2011) afirma que a expressão "contrato de trabalho" é muito ampla, tendo em vista que designa um gênero, e por isso a expressão ideal seria "contrato de emprego". Aduz, ainda, que o ideal seria que a CLT disciplinasse todos os tipos de contrato de trabalho, o que não acontece.

O contrato individual do trabalho está disciplinado pelo artigo 442 da CLT que diz que referido contrato é "o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego" (BRASIL, 1943).

A natureza da relação jurídica do vínculo de emprego existente entre empregado e empregador é contratual, conforme é possível inferir da redação da própria lei trabalhista acima mencionada.

Afirma José Affonso que existem quatro elementos da relação jurídica:

Não se perca de vista que a obrigação, à semelhança de outros vínculos jurídicos, estabelece-se entre duas ou mais pessoas (sujeitos); traduz-se em poderes e deveres (objeto); nasce depende na sua vida de determinados eventos (fatos jurídicos); é protegida pela lei (garantia). Do supracitado conceito, extraem-se quatro elementos da relação jurídica obri-



gacional: a) os sujeitos; b) o objeto; c) a garantia; e d) o fato jurídico. (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 26)

A formação dos contratos de trabalho pode ser expressa ou tácita, sendo os tácitos subdivididos em verbais ou escritos. É importante destacar que o contrato trabalhista, em regra, é informal, não há necessidade de que haja um acordo escrito. Assim, os contratos podem ser expressos escritos, expressos verbais ou tácitos (NASCIMENTO, 2011). Maurício Godinho Delgado afirma que “contrato é o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas” (DELGADO, 2013, p. 503).

Também é possível classificar os contratos de trabalho quanto à sua duração em contrato por prazo indeterminado e contrato por prazo determinado. O contrato por prazo indeterminado é a regra considerando o princípio da continuidade da relação de emprego, que privilegia uma relação de emprego duradoura, na qual as condições de trabalho vão melhorando ao longo do tempo, o que beneficia os empregados.

Sendo exceção, as hipóteses de contratação por prazo determinado são aquelas previamente definidas pela lei (exemplo: artigos 443, 450 e 451 da CLT), que impõe diversas limitações a esse tipo de contratação.

Convém analisar as características do contrato de trabalho que influenciam e evidenciam a aplicação da responsabilidade civil ao contrato de trabalho e, em consequência, ao pré-contrato de trabalho.

Maurício Godinho aponta algumas características do referido fenômeno que merecem ser elucidadas para a compreensão do tema em debate. Afirma que o contrato de trabalho é de direito privado, tendo em vista que os sujeitos pactuantes e os interesses envolvidos são particulares (DELGADO, 2013). Registra-se que a imperatividade das normas trabalhistas não é capaz de desvirtuar tal característica.

Outro caráter que merece destaque é o “sinalagmático”, ou seja, tal contrato acarreta obrigações contrárias contrapostas: em regra há reciprocidade de obrigações entre empregado e empregador – contratado e contratante (DELGADO, 2013).

No que se refere à morfologia dos contratos de trabalho, as regras utilizadas são as da teoria civilista clássica: elementos essenciais, naturais e acidentais. Maurício Godinho esclarece que os primeiros são, como o nome diz, aqueles essenciais à formação do contrato; os segundos não são imprescindíveis, mas são recorrentes/comuns e os últimos são episódicos e circunstanciais (DELGADO, 2013). Vamos nos ater aos primeiros.

Inicialmente, antes de analisar os elementos, é necessário que exista a relação de emprego, assim, sendo o trabalho prestado por pessoa física, com personalidade, subordinação,

onerosidade e não-eventualidade, convém analisar a validade de tal contrato.

Os elementos essenciais do contrato de trabalho são: capacidade das partes, licitude do objeto, forma prescrita ou não vedada por lei e higidez da manifestação da vontade.

A capacidade da parte, adequada às regras do Direito do Trabalho, revela-se como a capacidade que a parte possui para ser empregado e/ou empregador. A capacidade para ser empregador é simples, conserva a regra do direito civil, é “a aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício de atos da vida laborativa” (DELGADO, 2013, p. 513). A capacidade para ser empregado, além da regra civilista, possui especificidades na lei trabalhista, às quais não nos atentaremos. Destacamos, no entanto, as regras básicas insertas nos artigos 402 a 405 da CLT (BRASIL, 1943): a capacidade plena inicia-se aos 18 anos; entre 16 e 18 anos a capacidade é relativa, sendo a idade reduzida para 14 anos quando se tratar de contrato de aprendiz.

O contrato de trabalho somente será considerado válido se o seu objeto for lícito, se a prestação de serviços envolver atividade lícita. Ilícito é o labor que “compõe um tipo penal ou concorre diretamente para ele”, como esclarece Maurício Godinho (2013, p. 516).

A forma prescrita ou não vedada em lei, oriunda da teoria civilista, é aplicada com as peculiaridades do Direito do Trabalho. O contrato de trabalho, em regra, é um pacto que não se reveste de solenidade, tanto é que ele pode ser celebrado de forma tácita. Registra-se, que mesmo sendo tácito, as normas básicas e indisponíveis trabalhistas são imperativas e devem ser respeitadas.

Em algumas situações, que são exceptivas e estão previstas em lei, o contrato será revestido de formalidade, como é o caso do contrato do artista e do atleta profissional, contrato temporário da lei 6.019/74, entre outros.

Pois bem, sendo o contrato de trabalho, via de regra, consensual, para a prova de sua existência não há a necessidade de apresentação de um documento assinado pelas partes. A prova privilegia a realidade, o contrato de trabalho pode ser chamado de “contrato realidade”, tendo em vista que prevalece o que de fato ocorreu. Nesse sentido manifesta-se Maurício Godinho Delgado (2013, p. 517): “o caráter meramente consensual do contrato de trabalho faz com que sua existência comprove-se através de qualquer meio probatório juridicamente válido, inclusive indícios e presunções”.

A higidez da manifestação da vontade se traduz pela exigência de que as partes tenham manifestado a vontade de contratação de forma livre e regular. Maurício Godinho Delgado destaca que a presença desse elemento nos contratos trabalhistas é menos relevante do que nos civilistas e destaca que três fatores contribuem para isso:

[...] em primeiro lugar, a circunstância de o contrato empregatício ser um enfático contrato de adesão, para cujo conteúdo a vontade obreira, em rigor, pouco contribui. [...] Em segundo lugar, a circunstância de o Direito do Trabalho já se construir tendo em consideração esse suposto de contingenciamento da vontade obreira no estabelecimento do contrato, prevendo, em contrapartida, regras imperativas voltadas a reequilibrar a relação entre as partes. [...] Em terceiro lugar, a circunstância de ter o Direito do Trabalho solução mais prática e ágil do que a busca da anulação do contrato em situações de alegado vício de consentimento. É a solução da rescisão contratual por ato de qualquer das partes, independentemente da prova de irregularidade em sua formação. (DELGADO, 2013, p. 519).

No que concerne à boa fé contratual, o princípio constitui elemento de integração das lacunas dos negócios jurídicos devendo ser estendido aos contratos de trabalho (DALLEGRAVE NETO, 2008).

Além das peculiaridades acima destacadas, convém mencionar o fato de que a teoria das nulidades no Direito do Trabalho acarreta consequências diferentes da teoria civilista, na medida em que, mesmo quando reconhecida a nulidade, são preservados os efeitos justralhistas.

Um exemplo que merece atenção é o trabalho prestado pelo menor que não detém capacidade para celebrar contrato de trabalho. Ainda que a nulidade seja decretada, inviabilizando a continuidade da relação de emprego, deve o magistrado condenar a ré no pagamento das verbas devidas em contrapartida à prestação dos serviços.

Sendo celebrado o contrato de trabalho surgem dois efeitos: os chamados efeitos próprios e conexos. Os efeitos próprios são aqueles decorrentes e inerentes à própria relação de emprego e normalmente originam obrigações de dar e fazer: a obrigação do empregador normalmente é de pagar o salário, de fazer as anotações na carteira de trabalho dos empregados, etc; já as obrigações do empregado são normalmente de efetuar a prestação de serviços, agir de forma diligente e assídua, dentre outras. A obrigação de agir com respeito e boa-fé aparece para os dois envolvidos na relação de emprego: empregado e empregador.

Os efeitos conexos, por sua vez, são aqueles que, como o nome diz, são conexos ao contrato, não possuem natureza trabalhista, mas surgem no âmbito da relação de emprego e

estão vinculados ao contrato de trabalho, como, por exemplo, os direitos intelectuais e as indenizações por danos morais e materiais.

A fase que antecede a celebração do contrato de trabalho, fase pré-contratual ou fase de formação do contrato de trabalho é marcada, normalmente, pela apresentação de uma proposta contratual por uma das partes interessadas em celebrar o contrato. Como o contrato de trabalho pode ser considerado verdadeiro contrato de adesão, neste ramo especializado é mais corriqueiro que tal proposta se origine do tomador de serviços, futuro empregador.

Maurício Godinho destaca que referida proposta, que marca o início da fase pré-contratual, é "o ato através do qual uma parte (policitante) apresenta os parâmetros básicos para a formação de um contrato de seu interesse, pedindo a manifestação da vontade de alguém no sentido desse pacto (oblato)" (DELGADO, 2013, p. 1031).

Quando referida proposta é feita e aceita entre partes presentes, ela fixa o local de celebração do contrato e o momento em que este se inicia, caso não exista cláusula específica adiando o início, segundo as regras dos artigos 131 e 435 do Código Civil (BRASIL, 2002). Destaca-se que, no âmbito trabalhista, a existência de uma cláusula determinando a data de início do contrato impede a caracterização do tempo à disposição (DELGADO, 2013).

A proposta, uma vez formulada, obriga o proponente, conforme determina o artigo 427 do CC (BRASIL, 2013). Referida regra comporta exceções, obviamente, que estão previstas no artigo seguinte do Código Civil, 428, in verbis:

*Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:*

*I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;*

*II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;*

*III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;*

*IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente. (BRASIL, 2002)*

Quando a proposta é frustrada de forma concreta e culposa, pode surgir o dever de indenizar previsto no artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002), aplicado subsidiariamente ao ramo trabalhista, conforme será analisado oportunamente.

### 3. RESPONSABILIDADE CIVIL

O conceito de responsabilidade civil está atrelado à conduta que provoca o dano e que gera o dever de reparação.

No entendimento de Rui Stoco:

*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 (STOCO, 2007, p.114).*

A responsabilidade civil estaria, assim, vinculada à ideia de obrigação, fazendo-se necessário, contudo, estabelecer distinção entre os institutos: a obrigação é sempre um dever jurídico originário enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro (CAVALIERI FILHO, 2008).

Afirma José Affonso DALLEGRAVE NETO (2008, p.45) que:

*[...] o fato jurídico é elemento da relação obrigacional que se confunde com a própria fonte das obrigações, sendo esta todo ato ou fato capaz de ensejar o vínculo jurídico entre duas pessoas, tornando-se sujeitos de direito. Não se trata de qualquer fato, mas daquele que seja provido de valor jurídico e formativo de uma relação jurídica obrigacional.*

A responsabilidade civil pode ser classificada em responsabilidade objetiva ou subjetiva, contratual ou extracontratual.

Responsabilidade subjetiva é aquela em que a comprovação de culpa ou dolo são imprescindíveis para configurar o dever de reparar por parte do causador do dano, sendo ônus da vítima comprovar os elementos da responsabilidade. Em outras palavras, não basta apenas a conduta causadora do dano ou prejuízo.

Silvio Rodrigues (2002, p. 11) ensina que:

*[...] se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que de acordo com o entendimento clássico a concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configure se agiu culposa 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.

Lado outro, a responsabilidade objetiva abstrai a ideia de culpa para a configuração da responsabilidade. Esta decorre apenas da relação de causalidade entre o ato do agente e o dano causado à vítima, surgindo assim o dever de indenizar.

Na lição de Silvio Rodrigues:

*A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo esta teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele. (RODRIGUES, 2002)*

Nesse contexto, o elemento central para o surgimento da obrigação de reparar é a ocorrência do fato e não a culpa.

No âmbito trabalhista, a responsabilidade pelas indenizações por dano moral resultantes de conduta ilícita praticada pelo empregador contra o empregado decorre da existência de requisitos essenciais.

Mauricio Godinho enfatiza que tais requisitos são em princípio a ocorrência do dano, a culpa empresarial e o nexo de causalidade. Complementa, ainda, que:

*No tocante ao dano alegado é necessária a evidência de sua existência ou, pelo menos, a ocorrência do fato deflagrador do próprio dano. Tratando-se de dano moral, naturalmente que não cabe exigir-se a prova específica do dano (prova que pode ser até mesmo impossível), porém a demonstração do fato que o provocou (caso este fato não seja incontroverso). Nessa linha é que se afirma que o dano moral pode ser inclusive autoevidente, insuscetível de prova, embora seu fato deflagrador tenha de estar evidenciado (por exemplo, a doença; as condições materiais degradantes de trabalho; as ofensas morais; o assalto sofrido em face do exercício de função contratual perigosa, etc) (GODINHO, 2013, p. 627).*

Para Mauricio Godinho, a aplicação da responsabilidade objetiva nas relações trabalhistas é possível em atendimento ao disposto no artigo 927 do Código Civil e parágrafo único que fixa tal responsabilidade "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direi-



tos de outrem” (GODINHO, 2013).

Nesse contexto, tratando de atividade empresarial que implemente riscos para os trabalhadores, há a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva em decorrência do diploma civil.

Para uma melhor análise do próximo capítulo, necessário estabelecer a diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual.

A primeira resulta de um contrato estabelecido entre as partes, na qual aquele que não cumprir o estipulado incorrerá na obrigação de indenizar a vítima pelo dano causado, conforme estipula o artigo 389 do Código Civil.

Silvio Rodrigues esclarece que a responsabilidade contratual cria obrigação de indenizar para aquele que não cumpriu o objeto do contrato, ocasionando o prejuízo à outra parte, pois na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado de convenção (RODRIGUES, 2002).

A segunda não deriva de contrato e sim da prática de um ato ilícito praticado por agente capaz ou incapaz, sem vínculo anterior entre as partes, uma vez que a causa para a reparação é a inobservância da lei e a lesão a um direito.

Também denominada de responsabilidade aquiliana, eis que decorrente da Lex Aquilia, Sílvio de Salvo Venosa explica que:

*Lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação do Lex Aquilia o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade. (VENOSA, 2003, p.18).*

Na lição de Pablo Stolze:

*[...] para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém. (STOLZE, 2006, p. 18).*

No que concerne à responsabilidade civil no pré-contrato, resta evidente que esta se enquadra na responsabilidade contratual, uma vez que decorre do inadimplemento injustificado praticado por uma das partes envolvida nas negociações antes da celebração do contrato.

Todavia, conforme alerta DALLEGRAVE NETO, o tema é tratado de forma controversa entre a doutrina pátria e a estrangeira:

*Em que pese a existência de acirrada controvérsia perante a doutrina pátria e estrangeira, a matéria requer exame proficiente, descartando, desde logo, a visão simplista de que ambas (pré e pós) enquadram-se na responsabilidade civil do tipo extrancontratual porque na primeira (pré) o vínculo jurídico ainda não se formou, enquanto que na segunda (pós) o contrato já se extinguiu. (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 106)*

Mas se o pré-contrato consiste na vontade das partes em celebrar um negócio jurídico, buscando o melhor acordo que atenda suas necessidades e que não acarrete nenhum prejuízo e se a vontade é fonte do contrato e acarreta responsabilidade e obrigações, por óbvio que a responsabilidade civil pré contratual deve ser enquadrada como responsabilidade contratual.

#### **4. A INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO PRÉ-CONTRATO DE TRABALHO E O DEVER DE REPARAR**

Como analisado, a obrigação de indenização de danos morais, materiais e estéticos é considerada um efeito conexo ao contrato de trabalho. O direito à indenização por tais danos surge quando o empregado os sofre em decorrência da existência da relação de emprego e da sua execução (DELGADO, 2013).

Maurício Godinho (DELGADO, 2013) afirma que as indenizações por danos morais ou à imagem são aqueles que não tenham vinculação com a saúde e segurança do trabalho, por exemplo, uma discriminação racial. Já as indenizações relativas à saúde e segurança são as lesões acidentárias.

A incidência da responsabilidade indenizatória do empregador nos casos descritos depende da existência dos requisitos clássicos: dano, nexos causal e culpa empresarial. No que se refere ao dano, é necessário que se evidencie a sua existência. No caso do dano material, além da existência do fato que o ocasionou, é necessário que a parte comprove as despesas decorrentes do próprio dano, exemplo: consultas médicas, remédios, lucros cessantes (artigos 949 e seguintes do Código Civil).

O dano moral, por sua vez, não exige uma prova específica, mas apenas a demonstração do fato, uma vez que a demonstração é muitas vezes inviável.

O nexa causal é a necessidade de existência de nexa de causalidade entre o fato praticado pelo empregador no decorrer da relação de emprego e os danos gerados no empregado. Registra-se que no âmbito do direito do trabalho, verificada a concausalidade, há a presença do nexa causal. Maurício Godinho afirma que “essa peculiaridade não elimina a presença do nexa investigado, desde que haja ambiente laborativo que tenha atuado para a ocorrência do malefício” (DELGADO, 2013, p. 629). O fato de se tratar de uma “concausa” pode refletir no montante a ser fixado pelo magistrado a título de indenização.

Por fim, como último requisito, há a necessidade de comprovação da culpa empresarial, ou seja, a atuação com negligência, imprudência ou imperícia, conforme determina a regra inserta no artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002). Destaca-se que nos casos de acidente de trabalho ou doença ocupacional a culpa pode inclusive ser presumida, sendo possível incluir essa hipótese na regra do artigo 927 e seu parágrafo único do Código Civil (DELGADO, 2013). Seguindo essa linha, Maurício afirma que:

*Note-se que a sabedoria da ordem jurídica: a regra geral mantém-se com a noção de responsabilidade subjetiva, mediante aferição de culpa do autor do dano, mesmo que presumida (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). Entretanto, se a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano (no estudo em questão, a empresa) implicar, por sua natureza, risco para os trabalhadores envolvidos, ainda que em decorrência da dinâmica laborativa imposta por essa atividade, incide a responsabilidade objetiva fixada pelo Direito (art. 927, parágrafo único, CCB/2002) (DELGADO, 2013, p. 631).*

No que se refere à exclusão da incidência da responsabilidade, é possível citar a não comprovação do dano; a inexistência de nexa causal e a culpa exclusiva da vítima. Com relação à atenuação da responsabilidade, é possível elencar a culpa concorrente do empregado; a existência de força maior ou caso fortuito (art. 393 do CC); o ato ou fato de terceiro. Maurício Godinho destaca que as duas últimas não serão suficientes para atenuar a responsabilidade quando os fatos evidenciarem que naquele caso concreto incide a culpa presumida do empregador, como ocorre na exploração de atividades de risco, considerando que cabe a ele, empregador, preservar a higidez e segurança do ambiente de trabalho (DELGADO, 2013).

Os danos morais e materiais obviamente também podem surgir na fase pré-contratual, que antecede a celebração do contrato de trabalho. A regra civilista presente no artigo 427 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) no sentido de que a proposta de contratação, uma vez formulada pelo peticionante, estabelece sua vinculação, a despeito

de suas exceções, pode ser aplicada ao Direito do Trabalho.

Como destaca Maurício Godinho (DELGADO, 2013), há a possibilidade de existência de danos na fase pré-contratual caso se verifique a ocorrência de forte expectativa frustrada ou de despesas necessárias, que podem originar tanto danos materiais quanto morais, dependendo da situação fática.

No entanto, muitas vezes a frustração da proposta na fase pré-contratual é obscura, tendo em vista que se trata de negociações prévias realizadas pelas partes que desejam celebrar o contrato. Há necessidade que essas negociações prévias representem efetivamente a chamada proposta, porque simples tratativas não são capazes de gerar o dever de indenizar.

Sobre a fase de negociação que antecede a celebração do contrato, Maurício Godinho destaca que:

*De maneira geral, é inquestionável que descabe falar-se em indenização pela ocorrência de uma fase de entendimento pré-contratual, que veio a mostrar-se, em seguida, frustrada em seus aparentes objetivos iniciais. Não se formulando e apresentando, efetivamente, a policitação, não há que se inferir o surgimento de obrigações entre as partes. É que as negociações prévias são inerentes a qualquer contrato, não traduzindo, necessariamente, proposta efetiva, com o que, regra geral, não ensejam obrigação de indenizar. (DELGADO, 2013, p. 1034)*

Portanto, para que apareça o dever de indenizar, é necessário que a parte contratante tenha realizado a proposta de maneira concreta. Assim se manifesta Caio Mário da Silva:

*[...] negociações preliminares... são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro. Mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas. Não raro, nos negócios que envolvem interesses complexos, entabula uma pessoa conversações com diversas outras, e somente encaminha a contratação com aquela que melhores condições oferece. Enquanto se mantiverem tais, as conversações preliminares não obrigam. (SILVA, CAIO MÁRIO In DELGADO, 2013, p. 1034)*

Ora, não basta que a parte tenha uma expectativa na celebração do contrato, deve haver concretude da proposta.

No que se refere à perda de uma chance com conseqüente indenização pelo que a pessoa perdeu ou deixou de lucrar, prevista

no artigo 402 do Código Civil (BRASIL, 2002), esta também é uma hipótese compatível com o ramo trabalhista, incidindo na fase pré-contratual trabalhista (DELGADO, 2013).

Ora, se o empregado comprova que ao se comprometer com a empresa na fase pré-contratual, diante das expectativas que foram geradas, perdeu uma chance de conseguir outro emprego ou até mesmo uma promoção no local em que trabalhava, desde que demonstre razoável plausibilidade de concretização da "chance", verifica-se a incidência da responsabilidade do possível empregador e o pagamento de danos.

No entanto, a incidência da responsabilidade civil na chamada fase pré-contratual deve ser analisada com cuidado, tendo em vista que a fase de negociações iniciais, por sua própria natureza, costuma criar expectativas nas partes, principalmente no empregado. Então, estando diante de uma situação como essa, que é obscura, há necessidade de que se verifique com atenção se houve o dano efetivamente e se o empregador agiu com culpa. Maurício Godinho Delgado assinala bem que:

*Contudo, não se pode exagerar a possibilidade de ocorrência dessas situações de possibilidade indenizatória envolvidas ao pré-contrato. É que, afinal, um mínimo de expectativa das partes naturalmente surge quando elas se aproximam para iniciar ou desenvolver concertações em direção a uma proposta contratual. Portanto, é da própria natureza desse tipo de fase a geração razoável - e regular - de certo nível de expectativa e frustrações entre as partes. (DELGADO, 2013, p. 1035) (grifo do autor)*

Portanto, a fase negocial deve ser vista com cuidado, meros dissabores não podem ser capazes de gerar o dever de indenizar, sob pena de criar uma insegurança jurídica.

Também há a possibilidade de incidência da responsabilidade civil em outras hipóteses, como nos casos em que a empresa abusa de suas prerrogativas no processo de seleção e contratação de empregados, ofendendo a moral dos candidatos.

Como exemplo da atuação da empresa fora dos limites do poder empregatício é possível citar a utilização de polígrafos, testes psicológicos desrespeitosos, dinâmicas abusivas ou quaisquer outros meios discriminatórios e ofensivos.

A discriminação na fase pré-contratual foi disciplinada pela Lei 9.799/99. A lei 9.799/99 (BRASIL, 1999) inseriu na CLT o artigo 373-A na CLT, que merece destaque:

*Art. 373 A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e cer-*

*tas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:*

*I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;*

*II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;*

*III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;*

*IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;*

*V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;*

*VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. [...]* (grifos nossos)

A Lei 9.029/95 (BRASIL, 1995) também disciplina a fase que antecede a celebração do contrato de trabalho, proibindo a exigência de atestados de gravidez e esterilização, além de determinar que é crime a exigência de apresentação de tais documentos na fase pré-contratual.

Outra norma que disciplina o pré-contrato de trabalho é o artigo 442-A da CLT, inserido pela Lei 11.644/2008, que determina que para fins de contratação o empregador não poderá exigir experiência funcional excedente a 6 meses. A lei pretende evitar discriminação com o jovem ou com aquele que possui menos experiência em determinada atividade.

Percebe-se, dessa forma, que as partes devem atuar com lealdade e boa-fé não apenas durante o contrato de trabalho, mas também na fase que o antecede, pré-contratual. Caso a atuação do empregador nessa fase gere algum dano, moral ou material, para o empregado, presentes os requisitos da responsabilidade civil: dano, nexo causal e culpa, existirá o dever de indenizar.

Segundo Dallegrave Neto,

*[...] é importante explicar que tanto nas obrigações principais, quanto nas secundárias se encontram pautadas na boa-fé objetiva. No entanto, no que*



diz respeito aos deveres anexos, a boa-fé vai além de um princípio informador, constituindo sua verdadeira fonte (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 40).

Assim, também na fase de negociação, os deveres de condutas das partes envolvidas devem ser respeitados.

Assevera Luciano Augusto de Toledo Coelho que na fase pré-contratual a informação é essencial para a percepção de cada contratante sobre as vantagens ou não do negócio, influenciando no momento psicológico que pode levar a erro na avaliação da realidade (COELHO, 2008).

Evidencia José Affonso Dallegrave Neto que “não só a frustração injustificada da contratação ocasiona o dano pré-contratual, mas também a violação de deveres colaterais de comportamento, em especial o de informação e sigilo” (DALLEGRAVE NETO, 2008).

Isto porque, sendo o empregado hipossuficiente e estando em desigualdade em relação ao empregador, o dever de informação assume caráter relevante, tornando-se um dos principais aspectos da boa-fé no contrato de trabalho. Ora, se na proposta é ofertado o salário inicial no valor de R\$ 1.000,00, tal oferta pré-ajustada deve ser mantida no momento em que a contratação for efetivada.

Lado outro, o dever de sigilo também ganha especial importância no contrato de trabalho. Ressalta Luciano Augusto de Toledo Coelho:

*A necessidade de sigilo e proteção aumenta, portanto em face do potencial dos sistemas de dados atuais. Dados do candidato a emprego, seja em fichas de admissão, sejam obtidos por meio de entrevistas ou testes, caso divulgados, podem gerar inúmeros transtornos, inclusive o impedimento a outras colocações por um teste aplicado em uma empresa específica, retirando do candidato a chance de trabalho. (COELHO, 2008, p. 95)*

Constata-se, assim, que é na fase pré-contratual que o empregado encontra-se em maior desvantagem em relação ao seu empregador, por estar na expectativa de uma contratação. Assim, a prática de atos que acarretem lesão ao empregado na fase pré-contratual caracterizará ato ilícito surgindo o dever de reparação.

Esclarece José Affonso Dallegrave Neto:

*Tanto o dano pré contratual quanto o pós contratual, geralmente decorrem da violação de um dever de conduta iminente à figura dos sujeitos do contrato, pautados no princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé objetiva excede o âmbito contratual, traduzindo-se no dever de agir com lealdade, lisura e consideração como outro sujeito da relação. Isso pode ocorrer já no momento das negociações pre-*

*liminares ou mesmo após a rescisão do contrato. (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 121).*

Assim, o dano pré-contratual não decorre do descumprimento de obrigação principal do contrato, mas sim do não atendimento das partes ao princípio da boa-fé.

Portanto, se há a ocorrência de dano, certo é que estas despesas e prejuízos decorrentes da prática do ato ilícito ocorrido na fase pré-contratual devem ser reparados.

Afirma José Affonso Dallegrave Neto (DALLEGRAVE NETO, 2008), que em relação ao ônus da prova relativo ao dano praticado no período anterior à celebração do contrato, incumbe à empresa demonstrar em juízo quais as razões que a levaram a agir daquela forma.

Assim, é do empregador o ônus da prova das razões que o levaram a não contratar o empregado e a frustrar a efetivação do contrato de trabalho, sendo indiscutível a aplicação da responsabilidade civil na fase do pré-contrato trabalhista.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho cuidou da responsabilidade civil no pré-contrato no âmbito trabalhista. Nesse sentido, pode-se concluir que os danos praticados na fase das tratativas devem ser reparados em respeito à vontade dos contratantes para a realização do contrato.

Para tanto, foi necessária uma abordagem sobre a fase pré-contratual no âmbito trabalhista, discorrendo sobre a formação dos contratos de trabalho, seus tipos e classificação.

A responsabilidade civil também foi tratada e, após a análise das características e distinções existentes entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, foi observado que a responsabilidade civil na fase pré-contratual se enquadra no primeiro tipo, contratual, haja vista que a vontade é fonte do contrato e acarreta responsabilidade e obrigações.

No que concerne à responsabilidade civil pré-contratual, concluiu-se que esta decorre de um prejuízo praticado por uma das partes que esta participando da negociação.

Verificou-se, ainda, que o ônus da prova relativo ao dano ocorrido na fase do pré-contrato é do empregador, tendo em vista é ele o responsável por demonstrar os motivos que acarretaram a não celebração do contrato, em decorrência da existência de presunção de culpa pela desistência da celebração do contrato de trabalho.

Ademais, constatou-se que o prejuízo pré-contratual decorre de violação ao princípio da boa fé objetiva, assegurado no artigo 422 do Código Civil, e indispensável na celebração dos contratos de qualquer espécie, em especial aos contratos trabalhistas por apresentarem caráter de relevância social.

Dessa maneira, é possível acertar que a reparação dos prejuízos causados aos empregados na fase que antecede a celebração do contrato é possível em decorrência da responsabilidade pré contratual e em atendimento aos princípios basilares da boa fé e da dignidade da pessoa humana, com escopo de assegurar uma relação jurídica mais justa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm)

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9799.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9799.htm)

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.644, de 10 de março de 2008. Acrescenta art. 442-A à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452,

de 1º de maio de 1943, impedindo a exigência de comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11644.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11644.htm)  
CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Responsabilidade Civil Pré Contratual em Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 3.ed. São Paulo: LTR, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 12 ed. São Paulo: LTR, 2013. 1504p.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, volume III: responsabilidade civil. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 36 ed. São Paulo: LTR, 2011, 588p.

RODRIGUES, Sílvio. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. RT, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Ed. Atlas, 4º volume, 2003.

## NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MINAS. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada. Sócia do Bhering e Zapata Advocacia e Consultoria Trabalhista.

2 Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MINAS. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada. Sócia do Bhering e Zapata Advocacia e Consultoria Trabalhista.



# UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR NA PARCERIA PÚBLICO PRIVADA

Taynara Alves<sup>1</sup>

Orientadora: Núbia Elizabette de Paula<sup>2</sup>

RESUMO: O presente artigo visa analisar os artigos 8º e 16º da Lei 11.079/04, com o objetivo de entender o que são as Parcerias Público Privadas, no que consiste seu Fundo Garantidor, e se este Fundo é constitucional ou não, através de uma análise dos artigos 100º e 165º, inciso 9º da CR/88.

PALAVRAS-CHAVE: Parceria Público-Privada; Fundo Garantidor; Constitucionalidade; Regime de Precatórios; Sistema de garantias.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Histórico da legislação sobre o tema; 3. Do fundo garantidor nas PPP's; 3.1. Conceito/Natureza Jurídica; 3.2. Do tratamento constitucional; 3.3 Do cabimento e processamento; 4. Das Parcerias Público-Privadas; 4.1 Conceito/natureza jurídica; 5. Da arguição sobre a constitucionalidade do fundo garantidor; 5.1. O fundo garantidor e os princípios constitucionais; 5.2. Do posicionamento doutrinário; 5.2.1. Pela inconstitucionalidade do fundo garantidor; 5.2.2. Pela constitucionalidade do fundo garantidor; 5.3. Do parecer; Referências.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Administrativo

---

## 1 INTRODUÇÃO

Uma parceria público privada nada mais é, que uma espécie de contrato de concessão de serviço ou obra pública criada através da Lei 11.079/2004, que pode ocorrer em duas espécies diferentes, sendo elas a concessão patrocinada e a concessão administrativa<sup>3</sup>, com o intuito de ser mais uma forma pela qual a Administração Pública pode realizar a delegação de serviços que visam o interesse público, os quais ela sozinha não conseguiria realizar.

No momento em que o legislativo brasileiro criou um marco regulatório voltado especificamente para a contratação de PPP, isso foi realizado com perspectiva de que o governo obtenha receitas de novas fontes, uma vez que esse objetivo não seria possível se fosse apenas adotado o método tradicional de oferta de serviços dentro dos estritos parâmetros da legislação que regula as licitações e concessões (Leis 8.666/1993 e 8.987/1995 entre outras).

O instituto da PPP permite utilizar modalidade inovadora de colaboração entre os setores público e privado, estabelecendo diferentes relações na divisão dos investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos, para viabilizar projetos de infra-estrutura e a prestação de serviços de interesse.

Interessante é frisar que, em relação as responsabilidades,

elas podem se dar de diferentes maneiras, vez que, a concessão patrocinada envolve uma tarifa cobrada aos usuários, e também uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado na prestação de serviços públicos ou obras públicas prestados diretamente ao público, o que acarreta na responsabilidade da Administração em remunerar parte do "serviço".

Já na modalidade administrativa ocorre a contratação de prestação de serviços onde a própria Administração Pública será usuária direta ou indireta deste serviços, o que possibilita que o particular se remunere por tarifas de um serviço do qual a própria Administração é a usuária direta ou indireta, logo, a responsabilidade de remunerar o parceiro privado aqui é exclusivamente da Administração.

E justamente no sentido garantir as diversas responsabilidades contraídas pela Administração nas duas espécies de PPP's é que foi feita a previsão de um Fundo Garantidor (FGP) que poderá ser criado com o objetivo de garantir as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública perante os particulares.

Aponta-se que o estabelecimento de garantidas prestadas por fundo garantidor para garantir obrigações das pessoas públicas em sede de contratos de PPP, significa evitar o procedimento especial de execução pelo regime de precatórios na eventualidade de inadimplemento do parceiro público.



Esse sistema de garantia busca atenuar um histórico déficit de credibilidade que pesa sobre a Administração Pública como ente contratante no Brasil, uma vez que problemas de reiterados inadimplementos do setor público, associados a um ineficiente regime de pagamento de dívidas públicas vencidas, conduziram a configuração de um panorama desfavorável a atração de investimentos as contratações públicas.

Nesse ponto, imperioso é ressaltar que apesar das benesses adquiridas por meio da realização de PPP's, isto não é bastante para que todos fechem os olhos perante possíveis irregularidades que a legislação acerca deste instituto, seu sistema de garantias, e principalmente, sobre o FGP, possam conter.

Veja que a Administração instituiu a previsão do FGP para as PPP's, inobservando o regime de precatórios e a necessidade de lei complementar anterior para instituição de fundos, seria constitucional a previsão legal da Lei 11.079/04 que possibilita a criação de um fundo garantidor para as Parcerias Público Privadas?

## 2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA

Atualmente, diante de uma diferenciada realidade social somada a uma gestão política cada dia mais complexa e ampliada, são cada vez maiores os registros de correspondência entre o direito público e privado.

A lógica da criação de um instituto como as Parcerias Público Privadas nasce do fato de que cada setor, tanto público como privado possuem características únicas, que consequentemente trazem vantagens específicas a determinados aspectos do serviço ou projeto a ser implementado.

O instituto das Parcerias Público Privadas, ou, "Public-Private Partnership" surgiu nos tempos de Margaret Thatcher na Inglaterra, e foi acolhido pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Nacional como sugestão aos países subdesenvolvidos<sup>4</sup>.

Existem diversos países que também possuem a incidência de Parcerias Público Privadas, como Portugal e Espanha. Nestes outros países, porém elas acontecem de forma diferente da do Brasil, que criou a partir do conceito pré-existente de concessão a modelagem jurídica das PPP's.

Aqui no Brasil ele surgiu em 2004 através da Lei 11.079, apesar de várias tentativas anteriores de implementação desse instituto. Em 1996 houve em Minas Gerais a primeira tentativa de instituir o sistema de parceria para execução de obras de infraestrutura pela Lei 12.276, que, no entanto, não se concretizou<sup>5</sup>.

Somente em 2003 o Estado de Minas Gerais de fato conseguiu implementar o Programa Estadual de PPP através da Lei 14.868, e pela Lei 14.869 desse mesmo ano criou o Fundo dessa parceria.

Importante ressaltar que a diferença que existe entre as PPP's e o regime de concessão comum é o fato de que o das parcerias é inquestionavelmente mais benéfico para o contratado, como por exemplo, ao prever a instituição de um Fundo Garantidor dessas parcerias, o qual irá ser analisado minuciosamente nesse artigo.

Em se tratando especificamente do Fundo Garantidor das PPP's, não se pode esquecer do Decreto Federal 5.411/05 que "autoriza a integralização de cotas no Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, mediante ações representativas de participações acionárias da União em sociedades de economia mista disponíveis para venda e dá outras providências<sup>6</sup>".

Ressalte-se também o Decreto nº. 5.385, de 04 de março de 2005 que instituiu o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP, nos termos do artigo 14 da Lei nº. 11.079/2004.<sup>7</sup>

As tarefas deste Comitê são, de, por exemplo: definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público privada; disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; autorizar a abertura de licitação e aprovar seu edital; e ainda, apreciar os relatórios de execução dos contratos.

## 3 DO FUNDO GARANTIDOR NAS PARCERIAS PUBLICO PRIVADAS

### 3.1 Conceito/ Natureza Jurídica

A própria Lei das PPP's<sup>8</sup>, através de seu artigo 16, autoriza a instituição de um fundo, que para a maioria dos doutrinadores, dentre eles, Kiyoshi Harada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, consiste em um fundo especial, chamado de Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, que tem como objetivo prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em razão de contratos de parcerias público privadas por eles celebrados.

Importante neste ponto, demonstrar que fundo especial, de acordo com o art. 71 da Lei 4.320/64, nada mais é que reserva de determinadas receitas públicas para a realização de determinados objetivos ou serviços de interesse público, sem o detalhamento das despesas, como acontece no orçamento anual.

Diante disso, fácil é identificar que fundos especiais, e logo, o FGP, são então uma exceção ao princípio da unidade de tesouraria, princípio este que determina que todas as despesas a serem cumpridas pela Administração Pública devem constar no orçamento anual, situação em que o FGP é excepcionado.

Também no artigo 16, § 1º, dessa mesma lei é feita a previsão de que este fundo possui natureza privada, separada do patrimônio dos cotistas e sujeita a direitos e obrigações próprios, contudo, isto não significa que estão afastadas as normas de direito público.

Mormente a lei diga que o FGP tem natureza privada, os bens que o compõem são de natureza pública, não perdendo tal característica pelo simples fato de ficarem vinculados ao referido Fundo, no entanto fundo especial não tem o condão de garantir obrigações pecuniárias que são contraídas pelo poder público em face de particulares escolhidos como parceiros do poder público, fato que levanta questionamentos a respeito deste fundo, questionamentos estes que serão apresentados e elucidados mais a frente.

### 3.2 Do tratamento Constitucional

A Constituição Federal também traz referência aos fundos em seu artigo 165, 9º, II, onde condiciona a criação de novos fundos a uma lei complementar que deveria ser criada para tratar sobre condições para sua instituição e funcionamento.

*Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*

*§ 9º - Cabe à lei complementar:*

*II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.*

Esse artigo demonstra que a Constituição encarou os fundos com certa prevenção, e entendeu necessária a adoção de cautelas especiais em relação a eles, uma vez que esse representa uma exceção ao princípio da unidade da tesouraria previsto no artigo 56 da Lei 4.320/64, que determina que os entes públicos recolham o produto de sua arrecadação em uma conta única, com a finalidade de facilitar a administração e permitir um melhor controle e fiscalização da aplicação desses recursos.

Há tratamento do tema também pelo artigo 36 da ADCT:

*Art. 36 - Os fundos existentes na data da promulgação da Constituição, excetuados os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional, extinguir-se-ão, se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos.*

O artigo em questão extingue todos os fundos até então existentes, pelo fato de que esses fundos comprometem de forma estrondosa o poder de fiscalizar e controlar a execução orçamentária.

### 3.3 Do Cabimento e Processamento

A Lei 11.079/2004 que dispõe sobre as PPP's, prevê em seu artigo 8º, no inciso II, a possibilidade de que a Administração Pública institua ou utilize de fundos especiais previstos em lei.

*Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: II - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (BRASIL, 2004, p.)*

Ato contínuo, o artigo 16 da mesma lei autoriza a União, suas autarquias e fundações públicas, a participar, no limite de seis bilhões de reais, em um Fundo Garantidor de Parcerias Público Privadas, que terá como objetivo garantir o pagamento de obrigações contratuais assumidas por parceiros públicos federais em PPP's.

*Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.*

*§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.*

*§2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.*

*§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.*

*§ 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens móveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.*

*§ 5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.*

*§ 6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.*



§7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada. (BRASIL, 2004, p.)

Este fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, que ocorrerá por meio da integralização das cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração, sendo que estes somente serão responsáveis perante o fundo em relação à integralização de suas cotas subscritas.

Os cotistas, embora não tenham competência para criar, administrar, gerir e representar o FGP terão outras competências que serão estabelecidas por meio de assembléia, sendo que ainda lhes incumbirá a aprovação e regulamento do FGP, de acordo com a previsão do § 1º do artigo 17 de Lei das PPP's.

Em relação a quitação dos débitos, caso o parceiro público quite sucessivamente seus débitos (preste a sua contraprestação pecuniária), tal ato importará na extinção proporcional da garantia prestada, nos limites do que foi quitado.<sup>9</sup>

Em se tratando de pagamento de rendimentos aos cotistas, o artigo 19 da Lei das PPP's é bastante claro e enfático ao determinar que tal pagamento não fosse possível, ou seja, os cotistas não receberão sob hipótese alguma rendimentos do FGP.

O FGP assim como outro fundo qualquer, poderá ser dissolvido. Nesse caso, sua dissolução não ficará a cargo da instituição financeira incumbida de geri-lo, mas sim, será ato de deliberação dos cotistas em assembléia, ante o seu caráter de extrema relevância<sup>10</sup>.

Importante é a informação de que através do Decreto 5.385/05 foi instituído o Comitê Gestor de Parceria Público Privada Federal – CGP, que, na sua Resolução nº. 1, de 05 de agosto de 2005, aprovou a instituição do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), a ser criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente pelo Banco do Brasil S.A., consoante o artigo 17 da Lei das PPP's.<sup>11</sup>

## **4 DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS**

### **4.1 Conceito/ Natureza Jurídica**

As parcerias público privadas consistem em um contrato de concessão de serviço ou obra pública criada através da Lei 11/079/2004, que pode se dar na forma patrocinada ou administrativa, em que o parceiro privado faz investimentos em infraestrutura para prestação de um serviço, cuja amortização e remuneração é viabilizada pela cobrança de tarifa dos usuários e de subsídio público, ou é integralmente paga pela Administração Pública.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.406), o contrato de parceria público privada pode ser conceituado, como:

*"O acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes".*

Essas parcerias podem ser realizadas em duas modalidades, primeiramente a modalidade patrocinada, que pode ser definida como um contrato administrativo de concessão por meio do qual a Administração Pública (ou parceiro público) delega a terceiro a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, através de tarifa paga pelo usuário que será acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao privado.<sup>12</sup> Ou ainda pela modalidade administrativa, na qual o serviço, mesmo que prestado a terceiros será remunerado pela própria Administração.

Têm como requisito um valor contratual mínimo de 20 milhões, e deve persistir no tempo por um período mínimo de 5 anos e máximo de 35 anos. Algumas de suas principais características são:

Financiamento pelo setor privado, o que indica que o Poder Público não irá disponibilizar de forma integral de recursos financeiros para os empreendimentos que contratar através das parcerias.

Compartilhamento de riscos, que consiste no fato de que a Administração Pública deve se solidarizar com o parceiro privado no caso de ocorrer algum prejuízo ou déficit, mesmo que esses advenham de caso fortuito ou força maior.

Pluralidade compensatória, que é a necessidade do Poder Público especificar no edital as formas de contraprestação ao investimento privado.

O projeto de recuperação, ampliação e manutenção da Rodovia MG-050, celebrado em 21 de julho de 2007, consiste em um exemplo de PPP na modalidade patrocinada, e consiste no primeiro projeto de PPP do país na área de infraestrutura rodoviária, decorrente de um esforço conjunto entre o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG, a Unidade PPP/MG, a Advocacia-Geral do Estado, a Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – CODEMIG – e vários outros técnicos de vários órgãos e entidades do estado. Este projeto terá vigência de 25 anos, e conta com uma extensão de 372 km, interligando a região metropolitana de Belo Horizonte à divisa com o Estado de São Paulo<sup>13</sup>.

Há no projeto a previsão de 6 praças de pedágio, sendo o valor da tarifa de R\$ 3,00 por praça. Sendo uma modalidade de PPP patrocinada, além da receita do pedágio pago pelos usuários, o



concessionário observará o recebimento de uma contraprestação do estado, limitada a R\$ 35 milhões por ano. A importância desta PPP reside principalmente no efeito de integração nacional e desenvolvimento de novas fronteiras produtivas, redução no índice de acidentes e despesas médico-hospitalares.

Já como exemplo de PPP na modalidade administrativa, podemos citar, por exemplo, a construção do complexo penitenciário de Ribeirão das Neves, a primeira penitenciária realizada por PPP a ser inaugurada no país. O investimento na construção do complexo de Ribeirão das Neves, de R\$ 280 milhões, foi bancado pelo consórcio GPA, que ganhou a licitação com o governo de Minas em 2009. O complexo de Ribeirão das Neves não poderá abrigar mais do que as vagas disponíveis, evitando o problema da superpopulação carcerária, tão comum nos presídios brasileiros. Cada preso vai custar ao governo mineiro cerca de R\$ 2.700 por mês. Pelo projeto original, o Complexo terá capacidade para receber 3.040 detentos do sexo masculino. A primeira das cinco unidades já está pronta e a previsão é que as quatro restantes sejam concluídas até dezembro deste ano<sup>14</sup>.

As cinco empresas que compõem o consórcio - CCI Construções, Construtora Augusto Velloso, Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda, N.F Motta Construções e Comércio e Instituto Nacional de Administração Prisional - têm comprovada experiência na construção e administração de presídios, dispondo da mais alta tecnologia de segurança. Além de construir a penitenciária, o consórcio vai administrar pelos próximos 25 anos e vai receber, por cada preso, R\$ 2,7 mil mensais. Tanto a manutenção das unidades prisionais quanto a execução de serviços como fornecimento de refeições, uniformes, atendimento à saúde e assistência jurídica aos detentos será de responsabilidade do consórcio.

## **5 DA ARGUIÇÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS**

Conforme já vimos, a Lei 11.079/04 que implementa o instituto das PPP's aqui no Brasil vem em seu artigo 8º autorizar que a Administração Pública institua ou utilize fundos especiais previstos em Lei. Em consequência disso, o artigo 16 desta mesma Lei vem permitir que a União, suas autarquias e fundações públicas participem de Fundo Garantidor das Parcerias, fundo este que teria natureza privada.

No entanto, a mera imposição de que este fundo teria natureza privada não é o bastante para afastar a incidência de normas de direito público neste caso, vez que o patrimônio que compõe este fundo é composto de bens e direitos do Poder Público e a previsão de que a União pode participar deste fundo, na verdade determina que a União possa instituir este fundo.

Deixando de lado o absurdo que reside na possibilidade de retirada de até R\$6.000.000.000,00 do orçamento anual da União, o que está previsto no art. 16º da Lei das PPPs<sup>15</sup>, para compor um fundo destinado a garantir futuros possíveis credores, devemos nos atentar, no entanto, nas graves ofensas constitucionais que este FGP apresenta.

A Constituição Federal, em seu artigo 165, § 9º, II, condiciona a criação de fundos após a sua promulgação à anterior lei complementar que discipline condições para instituição e funcionamento deste:

*Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*

*§ 9º Cabe à Lei Complementar:*

*II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.*

Já que até o momento não existe nenhuma lei que trate do processamento de fundos em nosso ordenamento jurídico, a lei das PPP's é precipitada ao autorizar a criação do FGP, e por isso, nesse aspecto, inconstitucional.

Pelo fato destes fundos especiais configurarem uma exceção ao princípio da Unidade da Tesouraria a CR/88 foi cautelosa ao vincular a criação de novos fundos à uma lei que trate de todos os pormenores necessários à sua implementação. Prova disso é que a ADCT veio em seu artigo 36 extinguir todos os fundos até então existentes.

Outra inconstitucionalidade desta lei figura no fato do patrimônio do aludido fundo ser constituído de receitas e bens públicos oriundos da União, suas autarquias e fundações públicas, bens que não perderiam sua natureza pública.

Logo a previsão de que tal conjunto de bens públicos sejam vinculados ao pagamento de determinadas obrigações não cumpridas perante aos parceiros privados em detrimento de todos aqueles que há mais tempo tiveram obrigações não adimplidas pela Administração Pública, e por isso se encontram na incansável fila dos precatórios é de tal forma absurda, que a mera tipificação de que este fundo tem natureza privada não é nem de perto suficiente para afastar a inconstitucionalidade desta disposição.

*Ora, bens públicos, como é sabido e ressabido, não são suscetíveis de penhora, nem de qualquer modalidade de apoderamento forçado, visto que a forma pela qual credores públicos se saciam, quando não hajam sido regularmente pagos, é a prevista no artigo 100 da Constituição, isto é, com o atendimento dos precatórios, na ordem de sua apresentação.*

Ainda nesse sentido, Di Pietro entende (2008, p.307):

*Se os bens da união, autarquias e fundações públi-*

cas são públicos, e, portanto, impenhoráveis, por força do artigo 100 da Constituição, não perdem essa natureza pelo fato de ficarem vinculados a um Fundo. Se isso fosse possível, estar-se-ia, pela via indireta, alcançando objetivo que o constituinte quis coibir com a regra do referido dispositivo constitucional.

A forma de pagamento de créditos contra a União que não foram pagos da maneira devida deve ocorrer por meio de precatórios na ordem de sua apresentação conforme determina o artigo 100 da Constituição Federal:

*Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*

O instituto do precatório judicial visa preservar a igualdade de tratamento entre os credores do Poder Público, assim reconhecidos por decisão judicial com trânsito em julgado, impedindo que aconteça qualquer violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Em suma o regime de precatório almeja garantir a moralidade no pagamento de débitos do Poder Público, quando oriundos de decisão judicial transitada em julgado, evitando favorecimentos pessoais de credores mais recentes em detrimento de credores mais antigos.

Mormente a inovação que a Lei 11.079/04 tenta realizar, é completamente absurda a hipótese de que dívidas públicas seriam pagas por bens públicos que integrariam um fundo com o objetivo específico de garantir as obrigações inadimplidas pela Administração pública perante determinados parceiros privados (que como todos sabem, serão sempre grandes investidores com vasto patrimônio) sem qualquer obediência ao que determina o art. 100, ignorando a fila daqueles que passam anos aguardando o adimplemento dessas obrigações.

Nesse sentido, seguem jurisprudências do STF que visam esclarecer a importância do regime de precatórios:

*"A norma consubstanciada no art. 100 da Carta Política traduz um dos mais expressivos postulados realizadores do princípio da igualdade, pois busca conferir, na concreção do seu alcance, efetividade à exigência constitucional de tratamento isonômico dos credores do Estado. A vinculação exclusiva das importâncias federais recebidas pelo Estado-membro, para o efeito específico referido na regra*

*normativa questionada, parece acarretar o descumprimento de quanto dispõe do art. 100 da CF, pois, independentemente da ordem de precedência cronológica de apresentação dos precatórios, institui, com aparente desprezo ao princípio da igualdade, uma preferência absoluta em favor do pagamento de 'determinadas' condenações judiciais." (ADI 584-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-3-1992, Plenário, DJ de 22-5-1992.*

*"A jurisprudência do STF, ao interpretar o alcance da norma inscrita no caput do art. 100 da Constituição, firmou-se no sentido de considerar imprescindível, mesmo tratando-se de crédito de natureza alimentícia, a expedição de precatório, ainda que reconhecendo, para efeito de pagamento do débito fazendário, a absoluta prioridade da prestação de caráter alimentar sobre os créditos ordinários de índole comum. O sentido teleológico da norma inscrita no caput do art. 100 da Carta Política – cuja gênese reside, no que concerne aos seus aspectos essenciais, na CF de 1934 (art. 182) – objetiva viabilizar, na concreção do seu alcance, a submissão incondicional do Poder Público ao dever de respeitar o princípio que confere preferência jurídica a quem dispuser de precedência cronológica (prior in tempore, potior in jure)." (AC 254-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-5-2004, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009.) No mesmo sentido: RE 597.157-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 14-2-2012, Primeira Turma, DJE de 6-3-2012; RE 597.835-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 25-11-2010; AI 768.479-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 13-4-2010, Segunda Turma, DJE de 7-5-2010."*

Diante de tais julgados, é possível notar a importância que a ordem do regime de precatórios descrito no art. 100 da CR/88 têm, o que explicita mais uma vez, a impossibilidade de que este regime seja violado por um fundo destinado a garantir as PPPs.

### **5.1. O Fundo Garantidor e os Princípios Constitucionais**

Princípios são ideias centrais do sistema, que norteiam toda a interpretação jurídica, conferindo a ele um sentido lógico e harmônico. Os princípios estabelecem o alcance e sentido amplo das



regras existentes no ordenamento jurídico.

A figura do Fundo Garantidor das PPP's não somente ofende a dispositivos, mas também diversos princípios constitucionais que a Administração Pública tem o dever de cumprir.

Começemos a tratar desta afronta, abordando num primeiro momento a discrepância do FGP em relação ao princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, caput da Constituição Federal:

*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:*

O princípio da igualdade é aquele que prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular.

Fica fácil observar que o Fundo Garantidor, como sendo uma forma de garantia de obrigações não adimplidas pela Administração Pública, que não a fila de precatórios, representa grande ofensa ao princípio da igualdade ao estabelecer que determinadas pessoas (no caso concreto empresas bilionárias e grandes investidores) terão o direito de "passarem na frente" na hora de receberem o que lhes é devido em detrimento de diversas outras pessoas que há muito se encontram na espera na fila de precatórios, pelo pagamento das obrigações às quais fazem jus, muitas vezes até de natureza alimentar.

Impossível imaginar tratamento mais desigual que este, onde a Administração Pública abertamente privilegia seus parceiros privados, deixando de lado a maior parte da população que aguarda desesperadamente pela quantia que esta lhe deve.

Ao tratar do princípio da igualdade, é necessário tratar também do princípio da impessoalidade que nada mais é do que um desdobramento do primeiro, e encontra-se disposto no artigo 37, da Constituição:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

O citado princípio estabelece que o administrador público deve sempre objetivar o interesse público em suas ações, sendo, em consequência, inadmitido tratamento privilegiado aos amigos e/ou inimigos. Logo, a Administração Pública não deve conter a marca pessoal do administrador, ou seja, os atos públicos não são praticados pelo

servidor, e sim pela Administração a que ele pertence.

Nesse sentido, explana Maria Sylvia (2008, p.66):

*Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.*

Com a explicitação do que significa este princípio, mais uma vez vemos que a Lei 11.079/04 padece de grandes defeitos. A figura do FGP pode ser conceituada como forma diversa de observância à impessoalidade. A existência de um fundo que vai beneficiar certas pessoas e deixar de "a ver navios" toda a coletividade que se encontra na mesma situação, consiste exatamente em tratamento pessoal onde a Administração Pública escolhe tratar de maneira diferente aqueles com os quais ela possui relação de interesse.

Além dos princípios já citados, o Fundo Garantidor das PPP's vai contra ainda aos princípios da legalidade, moralidade e especialidade, todos estes previstos no já mencionado artigo 37, CR/88.

Em se tratando do princípio da legalidade, que constitui em uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, há a determinação expressa de que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

Data vênua a existência dessa máxima jurídica, a Lei das PPP's institui o FGP contrariando a disposição que a instituição de fundo só poderá ocorrer depois que tenha sido elaborada uma lei específica que trate dos pormenores desses fundos. Como até o momento tal lei não foi editada, a previsão deste fundo viola a Constituição e ainda este princípio constitucional.

O fundo garantidor das PPP's fere ainda o princípio da especialidade, sobre o qual discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p.67):

*Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias – como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos.*

A partir desse princípio o que se entende é que é inaceitável que autarquias e fundações públicas em geral, possam destinar uma parte de sua receita e de seu patrimônio à constituição desse fundo, já que estas entidades estão vinculadas aos fins para os quais foram instituídas. Dessa maneira, elas não podem destinar parcelas de sua receita ou de seu patrimô-



nio a finalidade diversa, sem autorização legislativa específica, como acontece na Lei 11.079/04.

Para finalizar, há de se verificar a afronta também ao princípio da moralidade. José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.20), disserta sobre este princípio:

*O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes na sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.*

Desnecessário delongar na explanação de porque o FGP viola a moralidade, pois ao perceber que este princípio exige uma posição ética, proba e honrosa do Administrador, fácil é concluir que a simples inobservância de qualquer um dos outros princípios já citados, caracteriza na inobservância também deste princípio.

## 5.2. DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

### 5.2.1. Pela inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas

Diversos são os doutrinadores que afirmam pela inconstitucionalidade do FGP nas PPP's diante dos argumentos anteriormente já explanados neste artigo. Dentre este ilustre rol de jurídicos, está Celso Antônio Bandeira Mello (2010) que afirma sobre o assunto:

*As inconstitucionalidades mostram-se já no momento da criação do fundo, uma vez que, para funcionar, o fundo garantidor necessitaria de lei complementar para a sua instituição. Além disso, os fundos seriam constituídos de bens públicos, e esses bens não poderiam, em tese, ser alvo de apropriação forçada, devendo, em caso de dívida do parceiro público, esta ser paga através da expedição de precatórios.*

Outro doutrinário que integra o grupo daqueles que entendem que o Fundo Garantidor das parcerias é inconstitucional, pois viola os artigos 100 e 165 da CR/88 é Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que inclusive dissertou sobre seu posicionamento a respeito do tema em doutrina específica<sup>16</sup>, no qual exaure as justificativas que a levam a adotar esse entendimento.

Um dos absurdos trazidos pela lei das PPP's e abordado por Maria Sylvia é a estipulação de que as autarquias e fundações públicas podem participar do Fundo Garantidor com seu patrimônio. Ela determina (2008, p.305):

*Também é juridicamente inaceitável que autarquias e fundações públicas em geral, não identificadas na lei, possam destinar uma parte de sua receita e de seu patrimônio à constituição desse fundo. As entidades da administração Indireta estão sujeitas ao princípio da especialidade, que significa a vinculação aos fins para os quais foram instituídas. Elas não podem destinar parcelas de sua receita ou de seu patrimônio a finalidade diversa, sem autorização legislativa específica. Todas elas são criadas ou autorizadas por lei, que define os seus fins, o seu patrimônio, a sua receita. Se uma ou algumas dessas entidades dispões de bens excedentes às suas necessidades, a lei terá que especificá-las e indicar os bens transferíveis ao Fundo. Não pode ser dada uma autorização em branco às autarquias e fundações públicas em geral para destinarem verbas orçamentárias próprias, bens móveis e imóveis ou mesmo direitos de que sejam titulares.*

Lúcia Valle Figueiredo posiciona-se também no sentido de rechaçar este instituto, por considerá-lo inconstitucional na medida em que não vê possibilidade de se penhorar bens públicos, mesmo que desafetados:

*O inciso 7º do art. 16 contém disposição que causa estupefação, pois diz que o aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado à sua desafetação. Ora, ainda que condicionado à desafetação, sabe-se da impenhorabilidade dos bens públicos. A desafetação para esse fim parece-nos desvio de finalidade manifesto. E, na verdade, inconstitucionalidade<sup>17</sup>.*

Seguindo o mesmo entendimento, segue jurisprudência do STF que se manifesta sobre a impenhorabilidade dos bens públicos:

*EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do*

*Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Vícios no julgamento. Embargos de declaração rejeitados.*

*(RE 230051 ED, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2003, DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-03 PP-00538)*

O posicionamento de tais autores é de suma importância para o tema, vez que todos eles possuem fundados motivos para levantar questionamentos sobre tal fundo, vez que como exposto acima, este afronta diversos princípios e dispositivos constitucionais.

### **5.2.2. Pela constitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas**

Por outro lado, há grupo diverso de doutrinadores que defendem o instituto das PPP's que adotam posição contrária dos anteriores que rejeitam as alegações de inconstitucionalidade do fundo através da interpretação dos próprios artigos contidos na Carta Magna, sob a afirmação que a falta de lei complementar não deve ser tomada como obstáculo para a viabilidade da criação do fundo. Neste sentido, Ribeiro e Prado (2007, p.235) ensinam:

*Em relação ao primeiro argumento, vale apontar que a mesma lei complementar prevista no art. 165, § 9º da CF também deverá tratar da elaboração e da administração do PPA – Plano Plurianual, da LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e da LOA – Lei Orçamentária Anual. Todavia, embora não exista essa lei complementar, nunca ninguém ousou dizer que seriam inconstitucionais a elaboração da LDO ou a elaboração do PPA. E nem se diga que a Lei 4.320/1964 vale por essa lei complementar, visto que, embora tenha sido recebida com natureza de lei complementar, a Lei 4.320/1964 não trata de LDO ou de PPA, mas apenas da elaboração das LOA.*

Estes doutrinadores complementam suas considerações com a argumentação de que a vedação constitucional é direcionada à instituição de fundo sem prévia autorização legal nos termos do art. 167, inciso IX da Constituição, e não que é vedada a instituição de fundo sem que tenha sido editada uma lei complementar específica com o objetivo de regular a criação e o funcionamento dos fundos reguladores de parcerias.

Neste sentido, afirma José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.416):

*A impugnação, porém, não procede. O dispositivo Constitucional tem cunho genérico e refere-se ao estabelecimento de normas gerais sobre fundos, e não à instituição de fundo específico, sendo, pois, legítima a instituição deste por lei ordinária.*

Ainda no sentido de brigar pela constitucionalidade do FGP das Parcerias, dizem ainda que não há como se falar em desvio de finalidade da fila de precatórios prevista no artigo 100 da CR/88, ao seguir o entendimento de que sua verba não concorre com a verba pública daquele regime. Além disso, defendem também que quando o patrimônio público é transferido ao fundo perde a natureza de bem público, passando a se reger pela lógica privada.

Assim entende Carlos Ari Sundfeld (2005, p. 44):

*O oferecimento de garantia pelo FGP – que não sendo por ele honrada, levará a uma execução nos moldes privados – em nada se choca com o dispositivo no art. 100 da CF, que submete ao regime de precatórios a execução de débitos das pessoas de direito público. A execução contra o FGP será privada, porque é privada sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens. São lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado (isto é, para o patrimônio do FGP) justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado, pelo FGP aos concessionários. Aliás, tais desafetações e transferências são justamente o que ocorre em toda criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de suas dívidas (Sundfeld, 2005, p. 44).*

Mormente sigam estes posicionamentos, até mesmo os que defendem este instituto admitem que o referido fundo consista em um assunto que causa diversas dúvidas:

*É de se reconhecer, contudo, que o fundo ora referido constitui figura de certo modo anômala, já que tem natureza privada e responde com seus bens*



e direitos pelas obrigações que venha a contrair. Entretanto, é despidido de personalidade jurídica própria e se configura como verdadeira universalidade jurídica de bens e direitos ou, se se preferir, de patrimônio de afetação. O intento da lei, no entanto, ficou claro: em virtude do sistema de parceria, deve conferir-se ao credor maior facilidade no recebimento de seu crédito, o que não ocorre nos contratos comuns da Administração.<sup>18</sup>

Logo, apesar do grande respeito que tais juristas merecem por todo seu conhecimento e estudo sobre o Direito Administrativo, é preciso questionar seus questionamentos, uma vez que estes não são suficientes para justificar as afrontas que o FGP apresenta contra nossa Constituição.

### 5.3. Parecer

No sentido de elucidar as dúvidas em relação à esse tema tão complexo e de entendimentos divergentes, a Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil da seção de São Paulo através de seu Presidente, o Dr. Flávio José de Souza Brando solicitou a redação de um parecer sobre o assunto ao ilustre jurista Kiyoshi Harada, especialista nas áreas de Direito Financeiro e Tributário.

Conforme o próprio Harada, não é o caso de se perseguir o instituto das PPP's enquanto mais um instrumento que visa o desenvolvimento econômico, mais de não se conformar com sua implantação mediante ferramentas que afrontam o sistema jurídico do nosso país.

Como embasamento para seu parecer Kiyoshi utiliza os mesmos argumentos aqui já explanados, como de que não há hoje a possibilidade de algum fundo especial ser criado, na medida em que a criação de tal fundo obsta vinculada a anterior criação de lei complementar regularizando seu processamento.

Justifica ainda que, mormente tenham atribuído natureza jurídica de direito privada a este fundo, esta definição legal não é o bastante para afastar as normas de direito público, já que conforme o art. 70 da CR/88 qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária está sujeita a prestação de contas.

Harada, em seu parecer explicita a falta de coerência e a inobservância da legislação nacional quando da criação desse Fundo Garantidor, e sobre este, afirma ainda:

*Como é possível a União, contumaz devedora de dívidas oriundas de condenação judicial, subtrair R\$6.000.000.000,00 do seu orçamento anual,*

*para compor um fundo destinado a garantir futuros, possíveis e eventuais credores, como bem assinalado pela consulente? Qual a fonte dessa extraordinária e espantosa despesa? Mais tributos? Mais dívida pública? Mais privatização? De duas uma: ou aumenta a receita pública, ou reduz outras despesas. Redução de despesas não se ajusta à nossa tradição.*

*Por isso, uma coisa é certa: o contribuinte irá arcar com essa nova despesa qualquer que seja o meio escolhido para custeá-la, porque o Estado não produz e nem é sua função produzir riquezas.*

*Outrossim, esses seis bilhões de reais, a salvo de contingenciamento e de seqüestros para honrar os precatórios judiciais descumpridos, ficam fora da fiscalização e controle externo, a ser exercido pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União, na forma do art. 71 da CF. Os controles, interno e privado, nem pensar!<sup>19</sup>*

O jurista discorre sobre a impossibilidade de fundos especiais garantirem obrigações pecuniárias conforme artigo 76 da Lei 4.320/64 demonstrando mais uma aberração que a previsão do FGP traz, e finaliza seu célebre parecer se posicionando pela inconstitucionalidade do fundo que considera um golpe aos princípios constitucionais e a própria Constituição Federal.

### 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao realizar um estudo aprofundado sobre as PPP's nota-se que pelo fato das parcerias público-privadas consistirem em contratos com elevada dimensão econômico-financeira e ainda, grande longevidade, o legislador optou em criar para ela um sistema de garantias de forma a conseguir passar necessária segurança jurídica para aqueles parceiros privados que ingressarão em contratos administrativos desta natureza.

Mormente este instituto traga vários benefícios para crescimento tecnológico, financeiro e econômico do nosso país, ainda sim é necessário que façamos uma análise se este está compatível com as normas e princípios constitucionais que regem nosso sistema jurídico.

Conforme exposto neste trabalho, fica claro que o sistema de garantias observado pelas PPP's, em especial a adoção de um Fundo Garantidor, viola A Constituição Federal e seus princípios norteadores, vez que burla o sistema judicial de pagamento por precatórios, e ainda desobedece a imperiosa obrigatoriedade de prévia lei complementar até o momento não existente, que trata-



ria das condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Após um estudo aprofundado sobre tal tema, conclui-se que o fundo garantidor das parcerias público-privadas consiste em uma tentativa de camuflagem legislativa, que tem como objetivo subtrair do orçamento anual da União recursos que deveriam estar sendo destinados à honrar precatórios judiciais descumpridos, em proveito de uma minoria milionária que apresenta mais interesse para a Administração, vez que essa têm riquezas que lhe interessam, vergonhosa realidade que deveria ser modificada.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. *PPP: o Fundo Garantidor, a Execução das Garantias e a Compatibilidade com o Sistema Constitucional de Precatórios*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XVII, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 03 de setembro de 2013.

BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 15 de agosto de 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

DE LIMA, Ariane Catenaci. A (in) constitucionalidade da execução das garantias integrantes do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <[http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME\\_2/num\\_1/ARIANE%20CATENACI.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_2/num_1/ARIANE%20CATENACI.pdf)>. Acesso em 26/08/2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DONÁ, Bruno Rossi. Análise das características primordiais do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), bem como de sua (in) constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2317, 4 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13790>>. Acesso em: 27 ago. 2013

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE GARANTIAS AO PARCEIRO PRIVADO PREVISTO PELA LEI GERAL DE PARCEIRA PÚBLICO PRIVADA - EM ESPECIAL, DA HIPÓTESE DOS FUNDOS GARANTIDORES. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: <<http://WWW.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 27 nov. de 2013

HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 597, fev. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18939-18940-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 ago. de 2013.

PASIN, Jorge Antonio Bozoti. Caminhos e desafios das PPPs patrocinadas no Brasil. *Revista do BNDDES*, nº38, dez. 2012. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev3802.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev3802.pdf)>. Acesso em: 10 nov. de 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP - Parceria público-privada, fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org). *Parceria público-privada*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

## NOTAS DE FIM

1 Aluna do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário Newton. Email: [tata.galves@gmail.com](mailto:tata.galves@gmail.com)

2 Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário Newton. Email: [professora.nubia@yahoo.com.br](mailto:professora.nubia@yahoo.com.br)

3 Conforme dispõe art. 2º, da Lei 11.079/2004.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

5 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias: concessões e permissões tradicionais, Lei 8.987/95, parcerias público-privadas, Lei 11.079/04, responsabilidade fiscal, LC 101/00: legislação atualizada, comentários, jurisprudência, quadros demonstrativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

6 Decreto publicado no DOU em 07/04/2005.

7 Decreto publicado no DOU em 07/03/2005.

8 Lei 11.079 de 30/12/2004.

9 BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. *PPP: o Fundo Garantidor, a Execução das Garantias e a Compatibilidade com o Sistema Constitucional de Precatórios*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XVII, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

- 10 DE LIMA, Ariane Catenaci. A (in) constitucionalidade da execução das garantias integrantes do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <[http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLU-ME\\_2/num\\_1/ARIANE%20CATENACI.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLU-ME_2/num_1/ARIANE%20CATENACI.pdf)>. Acesso em 26/08/2013.
- 11 DONÁ, Bruno Rossi. Análise das características primordiais do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), bem como de sua (in) constitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2317, 4 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13790>>. Acesso em: 27 ago. 2013.
- 12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- 13 Dados retirados do site Unidade PPP Minas Gerais. <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-celebrados/mg-050>. Acesso em: 10 out. de 2013.
- 14 Dados retirados do site da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS). [https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2102&Itemid=71](https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2102&Itemid=71). Acesso em: 10 out. de 2013.
- 15 Lei 11.079/2004.
- 16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- 17 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p.119.
- 18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. Pg.416
- 19 HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 597, fev. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18939-18940-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 ago. de 2013.



# A PRÁTICA DO DUMPING SOCIAL NO ÂMBITO TRABALHISTA E SEUS EFEITOS A PARTIR DE UMA ANÁLISE HISTÓRICA E PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO DO TRABALHO NA SOCIEDADE

Amanda Helena Azeredo Bonaccorsi<sup>1</sup>

Tamiris Carolina Vareto<sup>2</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente estudo é abordar os aspectos históricos e principiológicos do direito do trabalho e a necessidade de aplicabilidade desses direitos e princípios nas relações trabalhistas. Como também analisar a prática do dumping social no âmbito trabalhista e seus efeitos perante o empregado e a sociedade, resultando a partir dessa prática o descumprimento dos direitos trabalhistas de forma deliberada e também a violação da dignidade da pessoa humana. A partir da prática do dumping social e seus efeitos devastadores, resta claro demonstrar a necessidade da reparação pelos danos ocasionados, sejam eles sociais, morais e materiais. Além disso, o trabalho se propõe a analisar em relação à presunção do magistrado sobre o dumping social, ou seja, a concessão ex officio de indenizações sem que ocorra previamente o pedido pela parte. Deste modo, a flexibilização das normas trabalhistas, serviria como um meio de coibir que essas práticas socialmente reprováveis resultem danos aos empregados. Embora na atualidade exista Projeto de Lei visando à regulamentação do dumping social no âmbito trabalhista, essa prática ainda suscita bastante polêmica na sociedade, devido a posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários distintos sobre a aplicabilidade ou não de indenizações por dumping social trabalhista. O propósito maior deste trabalho é demonstrar a necessidade do cumprimento dos direitos trabalhistas em sua integralidade, impedindo a violação aos preceitos constitucionais e trabalhistas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aspectos Históricos. Princípios. Dumping Social. Danos. Indenização.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Evolução histórica do direito do trabalho; 2.1. Origem e desenvolvimento do direito do trabalho no Mundo; 2.1.1. Escravidão; 2.1.2. Servidão; 2.1.3. Corporações de Ofício; 2.1.4. Locação; 2.1.5. O Iluminismo e a Revolução Francesa; 2.1.6. Revolução Industrial; 2.1.7. Doutrinas Sociais; 2.1.8. Revolução Russa e o Tratado de Versalhes; 2.2. Origem e desenvolvimento do direito do trabalho no Brasil; 2.2.1. Revolução de 1930; 2.2.2. Período Constitucional de 1934 a 1937; 2.2.3. Criação da Justiça do Trabalho; 2.2.4. Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; 2.2.5. Constituições Brasileiras; 2.2.5.1. Constituição de 1824; 2.2.5.2. Constituição de 1891; 2.2.5.3. Constituição de 1934; 2.2.5.4. Constituição de 1937; 2.2.5.5. Constituição de 1946; 2.2.5.6. Constituição de 1967; 2.2.5.7. Constituição de 1988; 3. Princípios do direito do trabalho; 3.1. Princípios Gerais do Direito do Trabalho; 3.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3.1.2. Princípio da Valorização Social do Trabalho; 3.1.3. Princípio da Justiça Social; 3.1.4. Princípio da Busca do Pleno Emprego; 3.1.5. Princípio da Igualdade ou da Não-Discriminação; 3.1.6. Princípio da Liberdade de Trabalho; 3.1.7. Princípio da Liberdade e da Autonomia Sindical; 3.1.8. Princípio da Razoabilidade; 3.1.9. Princípio da Boa-Fé; 3.1.10. Princípio da Função Social do Contrato; 3.2 Princípios Específicos do Direito do Trabalho; 3.2.1 Princípio da Proteção do Empregado; 3.2.2. Princípio da Norma Mais Favorável; 3.2.3 Princípio do In Dubio Pro Operario; 3.2.5. Princípio da Primazia da Realidade; 3.2.6. Princípio da Integralidade e da Intangibilidade do Salário; 3.2.7. Princípio da Irrenunciabilidade ou da Indisponibilidade; 3.2.8. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego; 4. o dumping social no âmbito trabalhista; 4.1. Etimologia, Conceituação e Natureza Jurídica do Termo Dumping e Conceituação do Termo Dumping Social; 4.2. A prática do Dumping Social no Âmbito Trabalhista; 4.2.1. Requisitos para configurar o Dumping Social no âmbito trabalhista; 4.2.2. Efeitos da prática do Dumping Social no âmbito trabalhista; 4.3. A Condenação Ex Officio pela Prática do Dumping Social Trabalhista; 4.4. A Adequação das Normas Trabalhistas como uma Forma de Evitar a Prática do Dumping Social; 4.5 Projeto de Lei nº 1.615/2011; 5. o dumping social e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana; 6. Julgados sobre a prática do dumping social no âmbito trabalhista; 7. Considerações finais; Referências.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito do Trabalho

## 1 INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho, popularmente conhecida como CLT, é a norma legislativa brasileira referente ao Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho e estabelece normas que regulamentam as relações trabalhistas, sejam elas individuais ou coletivas. Em síntese, é um instrumento no qual o empregador deverá cumprir as normas já pré-estabelecidas na presente legislação e o empregado, como maior interessado, contará com essa proteção normativa para efetivar os seus direitos trabalhistas em sua integralidade.

A Constituição Federal de 1988 também consagrou em seu texto os direitos trabalhistas que devem ser protegidos, com o objetivo de resguardar ao máximo a vida do trabalhador perante a relação trabalhista. Essa proteção legislativa ao empregado deve ser totalmente seguida e respeitada pelo empregador, tendo em vista que este primeiro em muitos casos não possui pleno conhecimento de seus direitos, sendo considerado como um indivíduo leigo perante a legislação trabalhista e conseqüentemente necessita de proteção indireta perante seu empregador.

No Brasil há um número muito alto de ações trabalhistas tramitando na Justiça do Trabalho ou que já foram concluídas e isso muitas vezes se dá em razão do não seguimento a risca dos direitos trabalhistas garantidores que protegem a vida do empregado. É necessário demonstrar a importância do cumprimento das normas trabalhistas em sua totalidade e há também a necessidade da valorização da figura do empregado e a sua dignidade humana como objeto principal da relação trabalhista.

Os reflexos desses atos danosos e ilegais prejudicam também a sociedade como um todo, caracterizando o dano social, pois as práticas irregulares praticadas pelas empresas geram o mal estar social, ou seja, as empresas realizam atos que são considerados socialmente reprováveis. Como também o não cumprimento das normas trabalhistas gera danos enormes ao próprio empregado, às vezes até mesmo irreparável, como por exemplo, o dano moral, que está ligado à subjetividade do indivíduo. Vale ressaltar, que além da reparação por danos morais e sociais, temos os chamados danos materiais, não menos importante, que nesse caso seria o pagamento das verbas trabalhistas a que é de direito do empregado.

Já em relação à sanção advinda diretamente da presunção do magistrado sobre o cometimento de atos ilícitos, acarreta diversas discussões no âmbito jurídico, se essa prática de presunção pode ser considerada ou não como um ato ilegal pelos tribunais. Tendo em vista, que as empresas, mesmo cumpridoras de seus deveres legais, estariam sujeitas a possível presunção do magistrado sobre o cometimento do dumping social nas relações trabalhistas.

Atualmente há o projeto legislativo nº 1.615/2011 que visa à regulamentação da matéria, porém o mesmo se encontra em

tramitação. Uma das justificativas do projeto, além do propósito de coibir a prática do dumping social, consiste em trazer segurança jurídica a um cenário marcado por entendimentos jurisprudenciais e doutrinários extremamente díspares.

A apresentação da prática dumping social no âmbito trabalhista a partir de uma análise histórica e principiológica dos direitos trabalhistas, mostrará a importância do cumprimento dos direitos do empregado pelo empregador diante de uma relação de trabalho. Após expostas toda a regulamentação adequada na qual uma relação trabalhista deverá seguir, acarretará em visões mais amplas e conseqüentemente os direitos trabalhistas tomará uma força maior em relação às necessidades de seu cumprimento em sua integralidade.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

### 2.1 Origem e desenvolvimento do direito do trabalho no Mundo

A palavra Evolução tem um significado atraente, ela dirá algo que foi transformado ou construído com o intuito de satisfazer determinada exigência, objetivando a inovação de idéias e paradigmas. Assim, a evolução histórica conta com o desenvolvimento humano e suas necessidades para sua efetivação, passando por várias etapas. Mas não se limitando a um ponto final, a evolução dar-se de forma contínua.

Vale ressaltar que o termo trabalho é oriundo do latim vulgar *tripaliare*, que significa torturar, bem como é derivado do latim *tripalium*, um instrumento de tortura com três (*tri*) pedaços de madeira (*palum*). A expressão trabalho também se desenvolveu ao longo do tempo, sendo que a sua conceituação na antiguidade denotava valores e características negativas. Já nos dias atuais, o termo trabalho ganhou valor social reconhecido Constitucionalmente, conforme podemos verificar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em suas diversas previsões (VILLELA, 2008).

Com a evolução histórica do Direito do Trabalho não foi diferente, desde a antiguidade até a atualidade, ocorreu diversas modificações até se alcançar formas e direitos mais dignos ao empregado e imposições mais severas ao empregador, valorizando a dignidade humano do trabalhador.

Pode-se afirmar que o direito do trabalho e sua evolução histórica no mundo estão ligados às formas existentes de exploração do trabalho humano e sua necessidade de extinção, sendo que tais formas de exploração eram exercidas de forma ilegal pelos empregadores.

As diversas formas de explorações ilegais de mão de obra são verificadas na antiguidade, tendo em vista que o início da exploração do trabalho humano foi marcado pela escravidão, servidão e corporações de ofício.



### 2.1.1 Escravidão

O período da escravidão pode ser considerado a primeira forma de exploração do trabalho humano, em que o escravo era visto como uma “coisa”, não o equiparando a um cidadão digno. Os direitos trabalhistas não eram cumpridos e as condições de trabalho eram precárias, bem como não os consideravam como trabalhadores.

Ainda, nessa época, os escravos laboravam visando em troca a obtenção de alimentos e moradia, mesmo sendo em condições exaustivas de jornadas de trabalhos.

Conforme expõe o ilustre doutrinador Sérgio Pinto Martins (2004, p. 19):

*Na escravidão, que ocorreu na época do feudalismo, os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres, mas, ao contrário, tinham de prestar serviços na terra do senhor feudal. Tinham os servos de entregar parte da produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebiam e do uso da terra.*

Essa forma de exploração desumana sustentava a economia na época, como ilustra o autor Fábio Goulart Villela (2008, p.4):

*Na Antiguidade, a escravidão era o sustentáculo da economia de sociedades como o Egito, a Grécia e Roma. Nessas nações, os escravos eram considerados meros objetos de direito, sob a propriedade de seus senhores, desempenhavam as mais diversas funções, na maior parte das vezes associadas a trabalhos manuais e desgastantes.*

O autor Guilherme Guimarães Feliciano (2013, p.46) expõe sobre o trabalho escravo:

*De fato, predominava no mundo o trabalho escravo, base de muitas economias antigas. Há notícias de escravidão na Mesopotâmia, na Índia, na China, no Egito e entre os hebreus; ou, mais recentemente, na própria América pré-colombiana, sempre com idiossincrasia.*

Em relação às mudanças ocorridas neste período, Villela (2008, p.5) aduz:

*No Brasil, o sistema de produção, durante os períodos colonial e imperial, baseou-se, precipuamente, no trabalho escravo. Registre-se, por fim, que os trabalhadores assalariados foram àqueles escravos libertados (por gratidão, em dias festivos ou quando da morte de seus membros) que continuaram a prestar seus ofícios habituais, em troca de salário.*

O período da escravidão perdurou pelas Idades Média e Moderna. Em 1789, após diversas insatisfações sociais, resultou a Revolução Francesa, com o objetivo de coibir tais injustiças, bem como proclamar a indignidade da escravidão, no qual o lema era “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. Os manifestantes tinham por objetivo de tomar o poder e arrancar do governo a monarquia comandada pelo rei Luis XVI. Logo após, no ano de 1857, foi abolida a escravidão oficialmente dos territórios sob o domínio da Inglaterra.

### 2.1.2 Servidão

Além da forma de exploração do trabalho humano que se dava através da escravidão, este regime vai se transformando no plano histórico, em um sistema de Servidão.

A servidão prevaleceu durante o período da Idade Média, caracterizando as chamadas sociedades feudais. Os servos, como eram conhecidos os trabalhadores, estavam vinculados a terra pelo trabalho e não tinham direito de salário ou quaisquer benefícios, trabalhavam para morar no local e recebiam os suprimentos necessários apenas para se alimentarem e sobreviverem, não tinha uma condição livre.

O referido momento histórico foi marcado pela inexistência de governos fortes centralizados, de sistemas legais organizados e de circulação monetária.

Nas palavras do autor Feliciano (2013, p.50) sobre o período de servidão na Idade Média:

*Convivia-se, portanto, com um agudo estado de desproteção dos direitos individuais da pessoa humana, notadamente se despossuída. Reduzida a servidão pelo beneficium, a pessoa sujeitava-se aos desígnios e caprichos do senhor feudal, que detinha sobre os servos poderes quase absolutos (sobre a vida, a liberdade e a propriedade), ao largo do túbio pode das monarquias medievais.*

Quanto essa distinção entre escravos e servos, Villela (2008, p.12) expõe:

*Os servos, ainda que não estivessem enquadrados na condição jurídica de escravos, como objetos de direito, não dispunham de sua liberdade. Não deixa, desta forma, de ser uma subespécie de escravidão, tendo a terra como elemento mitigador do exercício da liberdade.*

Nas palavras de Villela (2008, p.13) sobre o declínio da servidão:

*O declínio da servidão iniciou-se a partir das perturbações decorrentes de epidemias e das Cruzadas.*

*das, assim como, na Inglaterra, com o cercamento dos pastos, o que implicou êxodo rural, aumentando a população que se refugiava nas pequenas cidades que surgiam, caracterizadas por incipiente atividade comercial.*

Alguns países ainda mantêm servos nas propriedades feudais. No Brasil, a Constituição proíbe a servidão nos latifúndios, apesar da persistência de alguns proprietários em manter trabalhadores sem salários e benefícios em suas terras.

### **2.1.3 Corporações de Ofício**

A partir do regime de servidão, aumentou a concentração populacional das cidades livres. Pode considerar o período no qual ocorreu a maior liberdade do trabalhador ou até mesmo considerar com uma forma mais leve de escravização do trabalho humano.

*As corporações de ofício mantinham com os trabalhadores uma relação de tipo bastante autoritário e que se destinava mais à realização dos seus interesses do que à proteção dos trabalhadores.*

Nas palavras de Feliciano (2013, p.50) em relação a uma possível conceituação das Corporações de Ofício:

*As corporações de ofício foram, portanto, associações de produtores (guildas) ou de mercadores (hansas) de um mesmo ramo profissional ou econômico, geralmente organizadas localmente, congregando todos os artesãos ou comerciantes de um dado segmento em certa cidade.*

Cada corporação tinha o seu próprio estatuto contendo as normas que disciplinavam as relações de trabalho. As corporações de ofício eram compostas por três categorias de membros, sendo esses: os mestres (proprietários das oficinas), os companheiros (trabalhadores que recebiam salários dos mestres) e os aprendizes (menores a partir de 12 ou 14 anos que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão).

Nos dizeres de Villela (2008, p.13):

*Na estrutura das corporações de ofício existiam os mestres, os companheiros e os aprendizes. Os trabalhadores estavam subordinados a rigorosos contratos, em troca de salário, de assistência a saúde e do monopólio da profissão (somente poderiam exercê-la quem estivesse inscrito na corporação correspondente), sem se falar na possibilidade de se tornarem também mestre.*

Contudo, verifica-se que o homem, até então, trabalhava em benefício exclusivo do senhor da terra, tirando como proveito próprio à alimentação, o vestuário e a habitação, passara a exercer sua profissão, de forma organizada, porém, não gozando da inteira liberdade.

Uma das causas de extinção da Corporação de Ofício se deu pela liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações. A Constituição Brasileira de 1824 aboliu as Corporações de Ofício para que houvesse liberdade do exercício de ofícios e profissões.

### **2.1.4 Locação**

Há que se considerar, ainda, na sociedade pré-industrial, outro tipo de relação de trabalho, chamada locação, que desdobrava em dois tipos, sendo esses: Locação de Serviços, que consistia em um contrato pelo qual uma pessoa se obrigava a prestar serviços durante certo tempo à outra, mediante uma remuneração e a Locação de Obra, era considerada como o contrato pelo qual alguém se obrigava a executar uma obra a outra pessoa, mediante uma remuneração (NASCIMENTO, 2003).

A locação de serviços é apontada como origem da moderna relação de emprego, objeto do direito do trabalho.

### **2.1.5 O Iluminismo e a Revolução Francesa**

Após a necessidade de revalorização do indivíduo, surgiu o movimento conceituado como Iluminismo, no qual via o indivíduo como centro do universo e também detentor de direitos e garantias fundamentais, capaz de alcançar respostas para questões que eram justificadas somente pela fé.

Nos dizeres de Villela (2008, p.13):

*Após o processo de formação e centralização dos Estados, esses se tornaram fortes e organizados, centrados na figura do déspota (monarca), o qual era ornado por duas classes privilegiadas e de grande influência política: a nobreza aristocrática e o clero. Era o período do Antigo Regime ou também chamado Absolutismo.*

Contudo, em relação às pretensões burguesas e o surgimento do Iluminismo, Villela (2008, p.14), expõe:

*O despotismo exacerbado, aliado as pretensões políticas da classe burguesa, fez surgir um movimento cujo foco era a revalorização do indivíduo, através da doutrina do antropocentrismo. Era o Iluminismo, que via o indivíduo como centro do universo, e não mais o Deus único e impiedoso da Idade Média, o qual seria detentor de direitos*



*e garantias fundamentais, exercitáveis contra o próprio Estado, tendo esse como função precípua o bem estar desses mesmos indivíduos.*

Com o surgimento do movimento Iluminista colaborou nas formações filosóficas e política para as causas da Revolução Francesa em 1789.

Complementa o autor Villela (2008, p.15):

*Através da manipulação das camadas populares, a burguesia, até então detentora do poder econômico, foi obtendo, enfim, o tão almejado poder político, dando início ao regime liberal, caracterizado pela falta de intervenção do Estado no domínio econômico e nas relações jurídico-privadas.*

A monarquia contava com o apoio da Igreja Católica, não contando com o apoio e proteção do Estado. Contudo, foi surgindo à classe burguesa e adquirindo poder econômico, mesmo estando excluída da política estatal.

### **2.1.6 Revolução Industrial**

Pode afirmar que a origem do Direito do Trabalho no mundo está vinculada à Revolução Industrial, nome pelo qual ficou conhecido o longo período de mudanças tecnológicas, econômicas, sociais e políticas ocorridas no século XIX. Assim, o Direito do Trabalho nasce juntamente com a sociedade industrial e o trabalho assalariado, por razões de ordem econômicas, políticas e jurídicas.

Conforme conceitua Villela (2008, p.15):

*A Revolução Industrial pode ser considerada, por certo, como um dos principais marcos da história do Direito do Trabalho. Isso porque foi a partir do advento dessa efetiva transformação dos meios de produção que se iniciou a chamada questão social, em que duas classes distintas – burguesia e proletariado – marcadas por interesses totalmente antagônicos, começaram a entrar em conflito ameaçando a paz social.*

O período de mudanças tecnológicas da Revolução Industrial contou com a utilização de novos materiais para a realização dos serviços, bem como a invenção no maquinário, resultando em um avanço significativo nos métodos de trabalho. Tal fator diminuiu o número de trabalhadores, tendo em vista que não mais eram necessárias para alcançar os resultados desejados, as próprias máquinas supriam essa mão de obra manual utiliza-

da anteriormente. As próprias mudanças tecnológicas acarretaram as mudanças econômicas, tendo em vista as significativas mudanças dos recursos utilizados quando da produção.

Cesarino Júnior (1980 citado por VILLELA, 2008, p.15):

*[...] destaca, ainda, a ocorrência da 2ª Revolução Industrial, caracterizada pela automação e progressiva substituição do trabalho humano pelas máquinas sofisticadas, inclusive no controle da qualidade do produto.*

Com a expansão da indústria e do comércio, houve a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado em larga escala de jornada de trabalho. Contudo a oferta de mão de obra era superior à demanda, gerando péssimas condições de trabalho e salários baixíssimos. E ainda, havia a presença de mulheres e crianças nesta exploração trabalhista.

Segundo Villela (2008, p.16):

*Inspirado dos ideais liberais de igualdade e de liberdade preconizados na Revolução Francesa, o Estado abandonava o operário a sua própria sorte, que, embora fosse livre, não passava de um mero meio de produção. Os baixos salários e as exaustivas jornadas de trabalho, aliados as péssimas condições de vida dos trabalhadores, fomentavam o conflito entre a classe capitalista e a proletária.*

A principal causa de mudanças políticas foi à transformação do Estado liberalista em Estado neoliberalista, este primeiro possuía plena liberdade contratual e segundo, o Estado intervia na ordem econômica e social, ocorrendo limitações da liberdade entre as partes.

Ainda, neste contexto, aduz Villela (2008, p.16):

*O Estado liberal possuía como função apenas a garantia da ordem social e política, assegurando aos particulares a ampla liberdade de ação econômica. A intensificação dos conflitos, ameaçando a estabilidade social, reivindicava uma postura interventiva do Estado que privilegiasse o interesse coletivo.*

Ocorreram também algumas modificações jurídicas neste período, devido às reivindicações dos trabalhadores para a criação de um sistema de direito destinado à sua maior proteção, reconhecendo alguns direitos básicos do trabalhador. Vale ressaltar que neste período ocorreu o surgimento do sindicalismo, como forma de união dos trabalhadores para conseguirem melhores condições de trabalho nas indústrias no qual exerciam suas atividades.

### 2.1.7 Doutrinas Sociais

As condições sociais em relação às precárias formas de trabalho e vida dos operários contribuíram decisivamente para algumas mudanças, pois traziam a deusa e a necessidade de justiça social para todos.

Expõe o autor Villela (2008, p.16):

*Diante dessa questão social, que se instaurou em decorrência das precárias condições de vida e de trabalho da classe obreira, surgiram diversos estudos preconizando o coletivismo, assim como a doutrina socialista. Entre essas obras destaca-se, no século XIX, O capital, de Karl Marx, que se debruçou na sistematização do coletivismo. Dentro dessa nova visão, o Estado deveria intervir como instrumento de justiça social, como órgão de equilíbrio dos fatores produtivos, de forma que o interesse social se sobrepusesse ao meramente individual.*

Nesta mesma linha de raciocínio, Feliciano (2013, p.66) pondera:

*Deu-se, pois, como fenômeno socioeconômico, na medida em que o êxodo rural e as péssimas condições de trabalho passaram a determinar a formação de um proletariado pobre e adoecido nas cidades, mas também – e sobretudo – como fenômeno ideológico, na medida em que esse mesmo proletariado passou a se perceber como classe alijada do bem-estar social e se pôs a protestar, de modo coletivo e organizado, contra o seu estado de exploração.*

A partir de tais acontecimentos, prosseguiu para a fase da exploração capitalista, conforme conceitua o autor Villela (2008, p.16):

*O manifesto comunista, de Karl Marx e Friedrich Engels, explicitava bem como se desenvolvia essa forma de exploração capitalista, em benefício de uma burguesia privilegiada, posto que detentora dos meios de produção, cujos lucros eram auferidos ao preço do suor da classe proletária, a qual era privada das mínimas condições de vida e de trabalho.*

O manifesto comunista, de Karl Marx e Friedrich Engels em um trecho da obra publicada pelo Instituto José Luis e Rosa Sundermann (2003 citado por VILLELA, 2008, p.17) expõe o marco de lutas de classes ocorridas neste período:

*Na mesma proporção em que a burguesia, ou seja, o capital, se desenvolve, desenvolve-se também o proletariado, a classe dos trabalhadores modernos, que só podem viver se encontrarem trabalho, e só encontram trabalho na medida em que este aumenta o capital. Esses trabalhadores, que são obrigados a vender-se diariamente, são uma mercadoria, um artigo de comércio, sujeitos, portanto, às vicissitudes da concorrência, as flutuações do mercado.*

*Devido ao uso intensivo da máquina e à divisão do trabalho, o trabalho proletário perdeu seu caráter individual e, por conseguinte, todo o seu atrativo. O produtor tornou-se um apêndice da máquina, e só requer dele a operação mais simples, mais monótona e mais fácil de aprender. Desse modo, o custo da produção de um operário se reduz, quase completamente, aos meios de subsistência que ele necessita para viver e para perpetuar a raça. Mas o preço de uma mercadoria e, portanto, o do trabalho, equivale ao seu custo de produção. Logo, à medida que aumenta o caráter enfadonho do trabalho, o salário diminui. Ainda mais, à medida que se desenvolve o maquinismo e a divisão do trabalho, cresce a quantidade de trabalho, seja pela prolongação das horas de labor, seja pelo incremento do trabalho exigido em um certo tempo, seja pela aceleração do movimento das máquinas etc.*

*A indústria moderna transformou a pequena oficina do artigo mestre de corporação na grande fábrica do capitalismo industrial. Massas de operários, aglomerados nas fábricas, são organizados como soldados. Como membros do exército industrial estão subordinados à perfeita hierarquia de oficiais e suboficiais. Não são escravos exclusivos da classe e do Estado burgueses, mas diariamente e a cada hora são escravos da máquina, do contramestre e, sobretudo, do próprio dono da fábrica. Esse despotismo é tanto mais mesquinho, mais odioso e mais exasperador quanto maior é a fraqueza com que proclame ter no lucro seu objetivo e seu fim.*

*O trabalho dos homens é tanto mais suplantado pelo das mulheres quanto menores são a habilidade e a força exigidas pelo trabalho manual, ou, em outras palavras, quanto mais de desen-*



volve à indústria moderna. As diferenças de idade e de sexo não têm importância social para a classe operária. Todos são instrumentos de trabalho, cujo preço varia segundo a idade e o sexo.

Logo após, ocorreu outra publicação que marcou este período, a chamada Encíclica Rerum Novarum, editada em 15 de maio de 1891, pelo papa Leão XIII, objetivando a justiça comutativa e social.

De acordo com Segadas Vianna (2000 citado por VILLELA, 2008, p.18):

*Ao terminar o século, o papa Leão XIII publica a Encíclica Rerum Novarum e proclama a necessidade da união entre as classes do capital e do trabalho, que têm imperiosa necessidade uma da outra; não pode haver capital sem trabalho nem trabalho sem capital. A concorrência traz consigo a ordem e a beleza; ao contrário, de um conflito perpétuo, não podem resultar senão confusão e lutas selvagens”.*

Conforme aduz Villela (2008, p.20):

*A Encíclica Rerum Novarum abordava os seguintes tópicos: causas do conflito; solução socialista; propriedade particular; uso comum dos bens criados e propriedade particular deles; a família e o Estado; a Igreja e a questão social; obrigações dos operários e dos patrões; posse e uso das riquezas; a dignidade do trabalho; comunhão de bens de natureza e de graça; exemplo e magistério da Igreja; a Igreja e a caridade durante os séculos; o concurso do Estado; a origem da prosperidade nacional; o governo é para os governados e não vice-versa; obrigações e limites da intervenção de Estado; o Estado deve proteger a propriedade particular e impedir as greves; proteção dos bens da alma; proteção do trabalho dos operários, das mulheres e das crianças; o quantitativo dos salários dos operários; a economia como meio de conciliação das classes; os benefícios das corporações; as associações particulares e o Estado; as associações operárias católicas, disciplina e fim destas associações; convite para os operários católicos se associarem; e solução definitiva: a caridade.*

Ainda, nesta mesma linha de raciocínio, o autor Villela (2008, p.20) complementa:

*Verifica-se a preocupação da Igreja Católica com a manutenção de institutos caros ao sistema capitalista, como modelo econômico, como a propriedade privada e a posse e uso de riquezas, prestando-se a desenvolver efetiva divisão do trabalho, quando da exposição das obrigações dos operários e dos empregadores.*

*Ao mesmo tempo em que defende toda estrutura do sistema econômico então vigente, pugna pela justiça social, pela dignidade do trabalho, pelo quantitativo dos salários e pela proteção do trabalho dos operários, das mulheres e das crianças.*

De acordo com Gustavo Henrique Cisneiros Barbosa (citado por VILLELA, 2008, p.21):

*Ao vislumbrar a Encíclica como um divisor de águas na luta dos trabalhadores por mais justas condições de vida profissional, a doutrina clássica ignorou, e ainda ignora, os aspectos econômicos, políticos, históricos, teológicos e sociais que motivaram a Igreja, por meio de seu representante maior, a pregar, mesmo que timidamente, uma maior humanização nas relações entre patrões e empregados.*

Contudo, após todos os momentos relatados deste período considerado como relevante para a questão social da época, conclui-se Villela (2008, p.22):

*Neste período, houve um grande desenvolvimento de um embrião espírito sindical, com a criação de diversas organizações proletárias e realização de greves. A partir daí, foram elaboradas as primeiras leis regentes das relações de trabalho, disciplinando as jornadas de trabalho, a indenização por acidentes, as medidas de segurança no trabalho, entre outras. Firmavam-se os primeiros passos em direção ao ramo justabalhista.*

Assim, perante a forte questão social, instaurada em consequência das precárias condições de vida e de trabalho da classe operária, surgiram diferentes estudos preconizando o coletivismo, resultando nas doutrinas socialistas.

### **2.1.8 Revolução Russa e o Tratado de Versalhes**

A Revolução Russa ocorrida em 1917 trouxe determinadas reivindicações objetivando mudanças para a classe trabalhadora, conforme disserta Villela (2008, p.24):

*Com o estopim da Revolução Russa, em 1917, e o aumento do fantasma da proliferação das ideias socialistas, ameaçando o monopólio do sistema de produção capitalista, foram feitas novas concessões às reivindicações da classe trabalhadora, a fim de aliviar a questão social, de forma a apaziguar as camadas populares.*

O Tratado de Versalhes foi assinado em 28/06/1919, logo, foi nomeada uma comissão que acabou por um Organismo com o objetivo de ditar "Recomendações" em matéria trabalhista, garantindo a paz mundial. Criou-se também em 06/05/1919 a Organização Internacional do Trabalho – OIT, como parte da Sociedade das Nações.

Nas palavras de Villela (2008, p.24):

*Nesse Tratado, a Alemanha foi responsabilizada pela guerra e, em consequência, obrigada a aceitar as seguintes penalidades: ceder partes de seu território à França (Alsácia e Lorena), à Bélgica, à Polônia e à Dinamarca; suas colônias foram divididas entre Inglaterra, o Japão, a Austrália, a França, a Bélgica e a Nova Zelândia; entregar material bélico e de transporte aos países vencedores; ceder a região do Sarre, rica em minas de carvão, à França por quinze anos; pagar uma pesada indenização aos vencedores e ficou proibida de rearmar-se.*

Ainda, neste contexto, Sérgio Pinto Martins (2004, p.20): "A OIT é criada em 1919, expedindo a partir daí convenções e recomendações sobre temas trabalhistas e previdenciários".

Conclui-se o autor Villela (2008, p.26):

*O Tratado de Versalhes é considerado um dos principais marcos da história evolutiva do Direito do Trabalho, haja vista ter proclamado o surgimento dessa nova ciência jurídica, dotada de institutos e princípios próprios, iniciando, dessa forma, o processo de expansão e universalização do direito laboral.*

Conclui-se que o Tratado de Versalhes objetivou a criação de sugestões no âmbito trabalhista, garantindo a paz mundial. Logo, a OIT compreendeu a criação de convenções e recomendações trabalhistas e previdenciárias.

## **2.2 Origem e desenvolvimento do direito do trabalho no Brasil**

Após a necessidade de várias evoluções do direito do trabalho no mundo, ocorreu também a exigência de expandir tais

mudanças para o Brasil, com o objetivo de efetivar que as leis trabalhistas sejam efetivamente cumpridas, concedendo aos trabalhadores condições mais dignas e sociais na realização de suas atividades.

Aduz o autor Segadas Vianna (2000 citado por VILLELA, 2008, p.27):

*Todas essas formas de luta, algumas vezes levadas ao extremo da violência e das barricadas, visam ao atendimento de reivindicações, e sua solução, além dos acordos coletivos de curta duração, vem sendo encontrada através da lei, utilizada, por excelência, na solução estatal dos problemas sociais. Mesmo quando essas lutas objetivam o atendimento de anseios de pequenos grupos, elas servem de incentivo a que outros grupos, e, afinal, toda a classe operária levante tais reivindicações. Se esta foi, em quase todo o mundo, a causa e origem da legislação do trabalho, em alguns casos – e neste se pode incluir o de nosso País – não é o chamado "movimento ascendente" que vai gerar a ação dos parlamentos, e sim o "movimento descendente" que resulta de uma ação de cima para baixo, do Governo para a coletividade.*

No ponto de vista do autor Amauri Mascaro Nascimento (2003, p.48) os fatores que influíram na formação do direito do trabalho no Brasil podem ser divididos em influências externas e internas. Assim expõe o autor tal diferenciação:

*Influências externas: dentre as influências advindas de outros países e que exerceram, de certo modo, alguma pressão no sentido de levar o Brasil a elaborar leis trabalhistas, sublinhem-se as transformações que ocorriam na Europa e a crescente elaboração legislativa de proteção ao trabalhador em muitos países. Também pesou o compromisso internacional assumido pelo nosso país ao ingressar na Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes (1919), propondo-se a observar normas trabalhistas.*

Influências internas: Os fatores internos mais influentes foram o movimento operário de que participaram imigrantes com inspirações anarquistas, caracterizado por inúmeras greves em fins de 1800 e início de 1900; o surto industrial, efeito da Primeira Grande Guerra Mundial, com a elevação do número de fábricas e de operários – em 1919 havia cerca de 12.000 fábricas e 300.000 operários; e a política trabalhista de Getúlio Vargas (1930).



Sobre o marco inicial da evolução do direito do trabalho no Brasil, nas palavras do ilustre autor Mauricio Godinho Delgado (2006, p.105-106):

*Embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter trabalhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do Direito do Trabalho brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião dos pressupostos à configuração desse novo ramo jurídico especializado. De fato, constituiu diploma que tanto eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo trabalhista (a escravidão), como, em consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego. Nesse sentido, o mencionado diploma sintetiza um marco referencial mais significativo para a primeira fase do Direito do Trabalho no país do que qualquer outro diploma jurídico que se possa apontar nas quatro décadas que se seguiam a 1888.*

O autor Feliciano (2013, p.79) complementa:

*Em 1888, foram libertados cerca de 720.000 escravos (formalmente registrados, na época, junto à matrícula nacional de escravos), para uma população de quinze milhões de brasileiros. Iniciou-se no país a era do trabalho livre, primeiramente absorvido por levas de trabalhadores imigrantes (basicamente italianos, portugueses, espanhóis e, depois, japoneses), porque os negros libertos eram menos habilitados às lavouras e ao trabalho assalariado.*

O autor Villela (2008, p.28), finaliza a necessidade da regulamentação do Direito do Trabalho no Brasil:

*Entretanto, enquanto quase toda a Europa, durante o século XIX, vivenciava, com a Revolução Industrial, a euforia da transformação do sistema produtivo, o Brasil, ainda no mesmo século, em 13 de maio de 1888, abolia o sistema escravocrata, que, na verdade, obedeceu muito mais a interesses econômicos ingleses, com vistas à expansão do mercado consumidor de seus produtos industrializados, do que a ideais de ordem filosófica e/ou moral.*

Contudo, essa fase de evolução do direito do trabalho no Brasil sofreu diversas modificações até se alcançar o mínimo socialmente e legalmente aceito pela sociedade. Criaram-se legislações trabalhistas a partir da ação estatal para a coletividade.

### **2.2.1 Revolução de 1930**

O período da Revolução de 1930 do Governo Provisório de Getúlio Vargas deu grande ênfase ao direito do trabalho, resultando na intervenção na ordem social e econômica e a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Segundo Sérgio Pinto Martins (2004, p.20):

*Surgem regras trabalhistas com Getúlio Vargas, a partir de 1930. O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado em 1930, passando a expedir decretos sobre profissões, trabalho das mulheres (1932), salário mínimo (1936), Justiça do Trabalho (1939) etc.*

Contudo, verifica-se que este período contribuiu significativamente para o início de uma nova era, respaldada de direitos e deveres a serem cumpridos pela sociedade, a fim de evitar que ocorra o retrocesso nos direitos trabalhistas.

Ocorreram diversas inovações de caráter legal neste período, conforme afirma o doutrinador Villela (2008, p.28):

*Nesse período foram publicados diplomas legais contendo várias medidas de proteção ao trabalhador, tendo, por exemplo, como objetivos: a sindicalização (Decreto nº 19.770/1931); o horário de trabalho no comércio (Decreto nº 21.186/1932); o horário de trabalho na indústria (Decreto nº 21.364/1932) e as condições de trabalho da mulher no comércio e na indústria (Decreto nº 21.417 - A/1932).*

De acordo com o autor Delgado (2006) esta fase pode ser considerada como institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho, firmando uma estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista.

Assim, a Revolução de 1930 deu grande destaque ao direito do trabalho, derivando a intervenção na ordem social e econômica, bem como a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

### **2.2.2 Período Constitucional de 1934 a 1937**

Este período também foi compreendido por novas criações de diplomas legais, objetivando a melhoria nas condições de trabalho para o empregado, conforme expõe Villela (2008, p.28):

*Durante o período compreendido entre a promulgação da Constituição de 1934 até o Golpe de Estado de 1937, podemos destacar diplomas legais referentes a acidentes de trabalho (Decreto nº 24.637/1934); à reforma da lei sindical (Decreto nº 24.594/1934), à rescisão do contrato de trabalho (Lei nº 62/1935) e às comissões de salário mínimo (Lei nº 185/1936).*

Complementa o doutrinador Martins (2004, p.20) sobre a Carta Constitucional de 1937:

*A Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937 tinha conteúdo corporativista, inspirada na Carta del Lavoro, de 1927, e na Constituição polonesa. O próprio artigo 140 da referida Carta era claro no sentido de que a Economia era organizada em corporações, consideradas órgãos do Estado, exercendo função delegada de poder público. Instituiu o sindicato único, impostos por lei, vinculado ao Estado, exercendo funções delegadas de poder público, podendo haver intervenção estatal direta em suas atribuições. Foi criado o imposto sindical, e o Estado participava do produto de sua arrecadação. Estabeleceu-se a competência criativa normativa dos tribunais do trabalho, que tinham por objetivo principal evitar o entendimento direto entre trabalhadores e empregadores. A greve e o lockout foram considerados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os interesses da produção nacional (art.139).*

Assim, o período compreendido de 1934 a 1937, conhecido como Era Vargas, trouxe modificações para a época, como por exemplo, o voto secreto, o voto feminino e diversas leis trabalhistas. A nova constituição estabeleceu também que o primeiro presidente seria eleito de forma indireta pelos membros da Assembleia Constituinte.

### **2.2.3 Criação da Justiça do Trabalho**

A Constituição de 1934 consagrou em seu texto a criação da Justiça do Trabalho, sendo esta última organizada pelo Decreto-Lei nº 1.237/1939. Tal criação se deu pela necessidade de dirimir questões entre empregadores e empregados, reguladas pela legislação social.

A história da Justiça do Trabalho pode ser compreendida em dois períodos, ou seja, um de ordem administrativa e outro atribuído de poder jurisdicional (VILLELA, 2008).

Assim aduz Villela (2008, p.29):

*Caracterizando a fase administrativa, citemos o Decreto nº 21.396/1932, que criou as Comissões Mistas, para solucionar conflitos coletivos; o Decreto nº 22.132/1934, que criou as Juntas de Conciliação e Julgamento, visando à solução de dissídios individuais trabalhistas; e, por último, o Decreto nº 24.748/1934, que criou o Conselho Nacional do Trabalho, com vistas à uniformização da interpretação das normas trabalhistas. Esses órgãos criados não detinham poder jurisdicional, não gozando de autonomia. Pertenciam à estrutura do Ministério do Trabalho, cujo titular tinha poder advocatário dos processos, podendo, inclusive, modificar as decisões. A execução competia à Justiça Comum.*

O autor Villela (2008, p.30) disserta sobre a composição do Poder Judiciário na Constituição de 1946, sendo:

*[...] o primeiro Texto Constitucional em que a Justiça do Trabalho foi inserida como integrante do Poder Judiciário foi a Constituição de 1946, cujo art. 94 dispunha in verbis:*

*Art. 94: O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:*

- I – Supremo Tribunal Federal;*
- II – Tribunal Federal de Recursos;*
- III – Juízes e tribunais militares;*
- IV – Juízes e tribunais eleitorais;*
- V – Juízes e tribunais do trabalho.*

Nesta mesma linha de raciocínio conclui-se o autor Fábio Goulart Villela (2008, p.30): "O Decreto nº 9.797/1946 promoveu a inserção da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, instituindo os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho".

Portanto, a criação da Justiça do Trabalho se deu pela necessidade de regulamentar questão diversa entre empregadores e empregados.

### **2.2.4 Consolidação das Leis do Trabalho – CLT**

O Decreto Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943 instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho. Conforme expõe o autor Fábio Goulart Villela (2008), a CLT, como é nominalmente abreviada, pode ser considerada como uma compilação de leis esparsas, com alterações e inovações legislativas, com vistas à complementação de um sistema.

A necessidade da criação e aplicação da CLT pode ser conceituada pelo autor Nascimento (2011, p.102), deste modo expõe:



As leis trabalhistas cresceram de forma desordenada; eram esparsas, de modo que cada profissão tinha uma norma específica, critério que, além de prejudicar muitas outras profissões que ficaram fora da proteção legal, pecava pela falta de sistema e pelos inconvenientes naturais dessa fragmentação.

Sobre a aplicação e a efetividade da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no ordenamento juslaboral, também disserta Villela (2008, p.30):

*Assim sendo, necessitava-se da sistematização de todas essas normas em um único texto legal, tendo sido designada, no Governo Vargas, pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio Alexandre Marcondes Filho, uma comissão para elaboração do anteprojeto de Consolidação das Leis do Trabalho e de Previdência Social, através da Portaria nº 791/1942. Em seguida, logo na primeira reunião da referida comissão, deliberou-se pelo desdobramento da comissão, a fim de que fossem elaborados anteprojetos distintos sobre o Direito do Trabalho e a Previdência Social.*

Surge também nesse período de criação da Consolidação das Leis do Trabalho a crítica sobre que a sua criação tenha sido baseada na Carta del Lavoro, da Itália fascista. Na qual de onze capítulos da CLT, apenas o Capítulo relativo à organização sindical, teve correlação com o sistema autoritário corporativista vigente na Itália. Ocorrendo assim a transposição dos Decretos Leis de 1939 a 1942, responsável pela reorganização do sistema sindical sob a luz da Constituição da República de 1937 (VILLELA, 2008).

Nesta mesma linha de raciocínio, expõe o mestre Arnaldo Sussekind (2000 citado por VILLELA, 2008, p.31):

*Afirma-se comumente que a Comissão da CLT se inspirou na Carta del Lavoro. Tal acusação, além de confundir o todo com uma de suas partes, revela, sem dúvida, o desconhecimento da evolução das leis brasileiras sobre o Direito do Trabalho. Dos onze títulos que compõem a Consolidação, apenas o V, relativo a organização sindical, correspondeu ao sistema vigente na Itália. Mas, nesse tópico, a Comissão nada mais fez do que transplantar para o seu projeto os decretos leis de 1939 a 1942, que reorganizaram o sistema sindical a luz da Constituição de 1937, então vigente, tendo por alvo a preparação das corporações cujos representantes*

*integrariam o Conselho de Economia Nacional nela instituído (arts.57 e 58). O Título VI, referente ao contrato coletivo de trabalho, revelou as necessárias adaptações ao regime sindical adotado.*

Em relação ao artigo 2º, caput, a Consolidação das Leis do Trabalho, expõe: "a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços".

A partir da análise deste dispositivo legal, pode concluir-se acerca da relação jurídica de empresa, se esta é contratualista ou institucionalista. Nas palavras de Villela (2008, p.31), este afirma adotando a corrente institucionalista:

*Não há dúvida de que a referida definição traz em si forte influência institucionalista, ao vincular o sujeito da relação de empregatícia a própria empresa, como atividade econômica. A empresa foi erigida a elemento básico do contrato de trabalho, e não a sujeito de direito, pouco importando a mudança na sua propriedade ou qualquer alteração na sua estrutura jurídica. Em suma, o contrato de trabalho vincula-se a própria atividade econômica desenvolvida. É o fenômeno da despersonalização do empregador.*

Nas palavras de Arnaldo Sussekind (citado por VILLELA 2008, p.32):

*Não pretendeu a Consolidação, na solução que adotou, inovar o sistema legal alusivo aos sujeitos de direito das relações jurídicas, para classificar a empresa como pessoa jurídica, independentemente da pessoa do seu proprietário (subjetivação da empresa). Este continua a existir, sem embargo de ser a empresa o elemento básico dos respectivos contratos de trabalho. O que ocorre é que os direitos e obrigações pertinentes às relações de trabalho nascem em função da empresa; são inerentes a ela e não a pessoa natural ou jurídica que, no momento, detém o seu domínio.*

Dessa forma, para configurar o contrato de trabalho, é necessária a presença dos elementos estruturais da relação de emprego, estes extraídos dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho:

*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.*

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Contudo, o contrato de trabalho pode ser considerado, em regra, consensual, informal ou não solene (VILLELA 2008).

Outro ponto polêmico é a definição do artigo 442 da CLT, pois incita a crítica em relação à disposição celetista. Assim preceitua o dispositivo em questão:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Sobre essa polêmica, defende o autor Villela (2008, p.32):

Assim, o preceito normativo anteriormente destacado, ao aduzir que o contrato individual de trabalho corresponde à relação de emprego, peca ao omitir acerca dos elementos que estruturam o referido pacto, e cuja inter-relação edifica o verdadeiro conceito desse fenômeno jurídico laboral. É certo, por sua vez, que o contrato de trabalho não corresponde à relação de emprego, mas a faz surgir, haja vista que essa se configura a partir de uma manifestação de vontade, seja expressa (verbal ou escrita) ou tácita".

Ilustrando tal crítica doutrinária, citemos o ilustre magistrado Delgado (2006, p.490):

O texto da CLT não observa, como se nota, a melhor técnica de construções de definições: em primeiro lugar, não desvela os elementos integrantes do contrato empregatício; em segundo lugar, estabelece uma relação incorreta entre seus termos (é que em vez de o contrato corresponder à relação de emprego, na verdade ele propicia o surgimento daquela relação); finalmente, em terceiro lugar, o referido enunciado legal produz um verdadeiro círculo vicioso de afirmações (contrato/ relação de emprego; relação de emprego/ contrato).

Como bem percebido pela pesquisa doutrinária acerca do assunto, o texto celetista verdadeiramente resultou de um "acordo teórico" entre as correntes contratualistas e acontratualistas na época de elaboração da CLT, na década de 1940: a norma legal reverenciou, a um só tempo, tanto a noção de contrato (teoria contratualista) como a noção de relação de emprego (teorias da relação de trabalho e institucionalista) - em franco prejuízo a melhor técnica jurídica.

Pode concluir que todo o caminho percorrido até se alcançar a criação da atual Consolidação das Leis do Trabalho foi um grande avanço legislativo comparado às fases da antiguidade. Esta codificação das leis trabalhistas pode ser considerada também como um grande avanço social, que resultou em grandes conquistas democráticas, pois anteriormente os trabalhadores se quer tinham defesa pessoal em relação a seus direitos trabalhistas e tampouco tinham voz para questionar uma vida mais digna.

## 2.2.5 Constituições Brasileiras

No início, as Constituições brasileiras tinham normas apenas sobre a forma do Estado e o sistema de governo. Logo após, passaram a tratar de todos os ramos do Direito e, especificamente, do Direito do Trabalho, como ocorre com a atual Constituição da República Federativa do Brasil promulgada no ano de 1988.

### 2.2.5.1 Constituição de 1824

A Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada em 25 de março de 1824, pelo Imperador Dom Pedro I. O Imperador era o Chefe Supremo da Nação e era considerada uma pessoa inviolável e sagrada, não lhe sendo imputada qualquer responsabilidade, porém, detinha privativamente o poder moderador de toda a organização política, velando sobre a manutenção do equilíbrio, independência e harmonia dos demais poderes políticos (VILLELA, 2008).



O artigo 1º desta Constituição regulamentou que o Império seria uma associação política de todos os cidadãos brasileiros, formando uma nação livre e independente, não admitindo qualquer outro laço de união, ou federação, que se opusesse à sua independência (VILLELA, 2008).

Deste modo, completa o autor Villela (2008, p.33):

*A Carta de 1824 não se reporta a direitos trabalhistas, merecendo destaque apenas a abolição das corporações de ofício (art. 179, XXV), que detinham até então o monopólio das atividades profissionais por elas desenvolvidas. A Constituição Imperial também assegurava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros [...].*

Entretanto, tal período constitucional aboliu as corporações de ofício. Neste período não se pode falar em direito do trabalho, pois há o trabalho escravo, pelo menos até a Lei Áurea, em 13 de maio de 1888. Já a Lei de 13 de setembro de 1830 regulamentou o contrato escrito para brasileiros e estrangeiros, dentro ou fora do Império. Neste período também foi promulgado o Código Comercial de 25 de junho de 1850.

### **2.2.5.2 Constituição de 1891**

Em 15 de novembro 1889 foi Proclamada a República. Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, sendo contemporânea a Encíclica Rerum Novarum, editada pelo Papa Leão XIII. Tal Constituição detinha de conteúdo liberal e individualista, não estabelecendo qualquer princípio de proteção ao trabalho, apenas garantindo o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial. Logo após passando a competência ao Congresso Nacional para legislar sobre o trabalho, conforme preceitua o nº 29 do artigo 34 (VILLELA, 2008).

Expõe o autor Villela (2008, p.37) sobre a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891:

*Em seu art. 1º, adotava como forma de governo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, sob o regime representativo, constituída pela união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil. O art. 55 da Constituição Republicana estabelecia que o Poder Judiciário da União teria por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais distribuídos pelo País, quantos o Congresso criasse.*

*A Constituição, em seu art. 72, assegurava a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade [...].*

Tal período assegurava-se o direito de associação e de reunião, mas não o da liberdade sindical. A Constituição de 1891 estabeleceu também que os Estados-membros cuidariam de regular as relações entre locadores e locatários de serviços.

### **2.2.5.3 Constituição de 1934**

Com a Revolução de 1930, o Presidente Getúlio Vargas deu ênfase ao direito do trabalho, com forte intervenção na ordem social e econômica e a criação do Ministério do Trabalho.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 16 de julho de 1934 estabelecia o salário mínimo, jornada de 8 horas, repouso semanal remunerado, etc., destacando-se pelo forte conteúdo social e democrático. Bem como não havia distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico.

O artigo 1º desta constituição previa em seu texto legal (1934 citado por VILLELA, 2008, p.40):

*A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.*

O artigo 2º da Carta Política de 1934 preconizava que todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos. Já o artigo 63 enumerava a Corte Suprema, os Juízes e Tribunais Federais, os Juízes e Tribunais Militares e os Juízes e Tribunais Eleitorais, todos como órgãos do Poder Judiciário. O artigo 120 assegurava o reconhecimento dos sindicatos e das associações profissionais. E o artigo 121 desta mesma Carta Política preceituava que a lei deveria promover o amparo da produção e estabelecer as condições do trabalho, na cidade e nos campos, levando em consideração a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País (VILLELA, 2008).

Conforme finaliza o autor Villela (2008, p.41): “[...] o art. 122 instituiu a Justiça do Trabalho, para dirimir as questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, embora não pertencesse ao Poder Judiciário Brasileiro”.

Portanto, a Constituição de 1934 destacou-se pelo intenso conteúdo social e democrático, não ocorrendo distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico.

#### 2.2.5.4 Constituição de 1937

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi decretada em 10 de novembro de 1937, marcada por seu caráter revolucionário, legitimou a intervenção do Estado no domínio econômico e o trabalho como dever social.

O artigo 1º dispunha ser o Brasil uma República, na qual o poder emana do povo e é exercido em nome dele, no interesse do seu bem estar, honra, independência e prosperidade. Já o artigo 3º estabelecia ser o Brasil um Estado Federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Entretanto, o artigo 16, inciso XVI, em seu dispositivo legal atribuía a União à competência privativa para legislar sobre o Direito Civil, Direito Comercial, Direito Aéreo, Direito Operário e etc. (VILLELA, 2008).

Em relação à intervenção estatal na economia e seu artigo 135, expõe Villela (2008, p.42):

*A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.*

Complementa Villela (2008, p.42) sobre a concepção de trabalho como dever social contida no artigo 136:

*O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual têm direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.*

Neste período era proibido a greve e o lockout, sendo considerados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital. Como o artigo 139 da Constituição de 1937 preconizava a liberdade de associação profissional e sindical, em 1939 estabeleceu uma lei sobre organização sindical, que permaneceu até a Constituição de 1946, mantendo o espírito intervencionista, mas de cunho liberal. Ocorrendo em 01 de maio de 1943 a criação da Consolidação das Leis do Trabalho.

#### 2.2.5.5 Constituição de 1946

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 18 de setembro de 1946, presente neste texto um forte conteúdo social. A Constituição de 1946 trouxe a participação dos

trabalhadores nos lucros, o repouso semanal remunerado, a estabilidade, o direito de greve e também assegurava a liberdade de associação profissional ou sindical.

Em relação aos dispositivos legais compreendidos na Constituição de 1946, expõe Fábio Goulart Villela (2008, p.44):

*Em seu art. 1º, dispunha que os Estados Unidos do Brasil mantinham-se sob o regime representativo, a Federação e a República, destacando que todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido.*

Ainda, nas palavras de Villela (2008, p.44-45):

*A Constituição de 1946 foi o primeiro Texto Constitucional em que a Justiça do Trabalho foi inserida no Poder Judiciário Brasileiro. O art. 94 dispunha que o Poder Judiciário seria exercido pelos seguintes órgãos: I – Supremo Tribunal Federal; II – Tribunal Federal de Recursos; III – Juízes e Tribunais militares; IV – Juízes e Tribunais eleitorais; e V – Juízes e Tribunais do trabalho.*

Segundo dispunha a Constituição de 1946, não era admitida a distinção entre o trabalhador manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os respectivos profissionais, em relação a direitos, garantias e benefício.

#### 2.2.5.6 Constituição de 1967

A Constituição do Brasil foi promulgada em 24 de janeiro de 1967, manteve os direitos trabalhistas estabelecidos nas Constituições anteriores, ocorrendo apenas algumas modificações.

Após esta Constituição, surgiram várias outras leis ordinárias, versando sobre o trabalho dos empregados domésticos, o trabalhador rural, o trabalhador temporário, as férias, etc.

O dispositivo legal contido no artigo 1º desta Constituição dispunha que o Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, assim como que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido (VILLELA, 2008).

Conforme complementa o doutrinador Villela (2008, p.47):

*O art. 133 enumerava como órgãos da Justiça do Trabalho: I – Tribunal Superior do Trabalho; II – Tribunais Regionais do Trabalho; e III – Juntas de Conciliação e Julgamento. O art. 134, §1º assegurava a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho re-*



*gidas por lei especial, remetendo à lei as hipóteses em que as decisões nos dissídios coletivos, poderiam estabelecer normas e condições de trabalho.*

Tal Constituição dispunha sobre a ordem econômica visando à justiça social e também preconizava a liberdade de associação profissional ou sindical.

### **2.2.5.7 Constituição de 1988**

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e estando vigente até os dias atuais, sendo considerada como a Constituição Cidadã, em razão de conter diversos direitos trabalhistas garantidores aos cidadãos brasileiros. Logo, esses direitos antes incluídos nas normas de organização econômica e social, passaram a serem considerados direitos fundamentais de natureza individual e coletiva.

O artigo 1º, parágrafo único da atual Constituição manteve o dispositivo em que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Já os artigos 3º e 4º preveem, respectivamente, sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais por determinados princípios contidos nesta Constituição.

Em relação a outros dispositivos legais contidos na atual Constituição, expõe Villela (2008, p.50):

*O rol de direitos e deveres individuais e coletivos vem enunciado no art. 5º, que, em seu caput, assegura a igualdade de todos 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.*

Já em relação à garantia aos direitos sociais, estes estão contidos no artigo 6º desta Constituição, no qual dentre esses direitos está o trabalho, juntamente com outros direitos considerados de caráter social, como por exemplo, saúde, moradia, educação e etc.

Para complementar o dispositivo que garante os direitos sociais, Fábio Goulart Villela (2008, p.50), expõe: "Ainda dentro do capítulo concernente aos direitos sociais, o art. 7º vem dispondendo acerca dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]".

Em relação à associação profissional e sindical, explica Villela (2008, p.52):

*A liberdade de associação profissional e sindical encontra-se prevista no art. 8º, caput, da Constituição da República de 1988, sendo vedada a exigência*

*por lei de autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, assim como a interferência e a intervenção do Poder Público na organização sindical (inciso I).*

Nesta Constituição, precisamente em seu artigo 9º, foi assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender (VILLELA, 2008).

Contudo, tal diploma legal pode ser considerado como uma Constituição detalhista, pois trata de diversos direitos e garantias a sociedade, bem como os direitos inerentes aos trabalhadores urbanos e rurais, lhes garantido a melhoria da condição social e consequentemente formas mais justas de reger as relações trabalhistas.

Portanto, é imprescindível o cumprimento integral dos direitos trabalhistas por parte dos empregadores, não podendo deixar efetiva-los com o fundamento que não os conhece, sendo que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro é clara em seu artigo 3º expondo que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

### **3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO**

O termo Princípio pode ser entendido como aquilo que vem antes, início, nascedouro. Nas palavras de Sérgio Pinto Martins (2004, p.30): "Princípio é uma proposição que se coloca na base da ciência, informando-a e orientando-a".

Já o autor Fábio Goulart Villela (2008, p.63) expõe a seguinte definição: "Os princípios são as diretrizes fundamentais, as proposições básicas de uma determinada ciência. São os alicerces de um fenômeno científico".

Em relação à utilização dos princípios do direito do trabalho, o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) determina:

*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, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.*

Os princípios que regem o direito do trabalho podem ser classificados como gerais ou específicos, no quais os princípios gerais tratam de matérias estruturais de todo o ordenamento jurídico

pátrio, além de conter matéria de caráter constitucional e já os princípios específicos abrangem o ramo jurídico especializado, responsáveis por sua própria autonomia científica.

### **3.1 Princípios Gerais do Direito do Trabalho**

#### **3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República de 1988, sendo considerado como um princípio fundamental.

Complementa o autor Villela (2008, p.65):

*Esse princípio geral do Direito, de vasta aplicação na seara trabalhista, foca-se na valorização da dignidade da pessoa humana do cidadão brasileiro. Assim sendo, nos processos de elaboração, aplicação e integração do ordenamento jurídico, essa deva ser fonte inesgotável a qual deve recorrer todo legislador e operador jurídico.*

Tal princípio pode ser considerado como um dos mais essenciais nas relações trabalhistas e também em várias outras áreas do direito, pois acima de todos os deveres a serem cumpridos pelo empregador, este deverá também valorizar a dignidade humana do trabalhador, não deixando que determinada atitude viole esta garantia fundamental, como por exemplo, atitudes que configurem o assédio moral dentro da empresa.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento (2011, p.462):

*[...] A dignidade é um valor subjacente a numerosas regras de direito. A proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa é questão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que podem de algum modo levar à sua violação, inclusive na esfera dos direitos sociais.*

Contudo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve sustentar as relações trabalhistas em sua totalidade, além de ser considerado um princípio essencial no Estado Democrático de Direito. Assim, a proteção da personalidade e subjetividade do empregado não pode ser esquecida e sim respeitada constantemente, principalmente por aquele que tem o poder de liderança dentro da empresa perante o empregado.

#### **3.1.2 Princípio da Valorização Social do Trabalho**

Conforme disposto no artigo 1º, inciso IV da Constituição da República, estão os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, tratando esta matéria em seu rol de princípios fundamentais, constituindo um Estado Democrático de Direito.

Este princípio expõe que o trabalho em hipótese alguma pode ser visto como mercadoria ou artigo de comércio. Pois através dessa fonte de dignidade da pessoa humana que se produz a mercadoria e/ou serviços a serem comercializados (VILLELA, 2008).

Nas palavras do autor Villela (2008, p.66) sobre o fundamento da valorização social do trabalho:

*O fundamento da valorização social do trabalho encontra-se intimamente vinculado ao da dignidade da pessoa humana, posto que, conforme já visto, o valor do trabalho decorre do fato de constituir importante mecanismo de consolidação da dignidade do cidadão.*

Destarte, o Princípio da Valorização Social do Trabalho tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, evitando que o trabalho seja visto como uma mercadoria e conseqüentemente incorrendo para desvalorização do empregado.

#### **3.1.3 Princípio da Justiça Social**

O artigo 3º, inciso I a IV, da Constituição da República, preceitua os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme dispõe a Carta Magna (BRASIL, 1988):

*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Nesta mesma linha de raciocínio, o artigo 170, caput, da Constituição da República (BRASIL, 1988) dispõe: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]".

Nas palavras de Villela (2008, p.67):

*O princípio da justiça social deve nortear, inicialmente, a política sócio econômica a ser adotada pelo Estado, com vistas à inserção do indivíduo no mercado de trabalho, implicando o aumento da população economicamente ativa do país, posto ser o trabalho a mola mestra da distribuição de renda e da diminuição das desigualdades sociais.*



Assim, o Princípio da Justiça Social deve ser aplicado tanto pelo legislador na criação de textos normativos e também na aplicação das normas que regem as relações trabalhistas, contribuindo continuamente para a efetivação da justiça social, resultando em melhores condições dignas de vida e trabalho para o trabalhador e sua família.

### 3.1.4 Princípio da Busca do Pleno Emprego

O Princípio da Busca do Pleno Emprego está preceituado na Constituição da República, em seu artigo 170, inciso VIII, sendo parte responsável na ordem econômica. Não é plausível fixar este princípio tão somente ao sentido literal, mas sim como um meio para geração de renda indireta que movimentará o fluxo econômico brasileiro.

Em relação à figura do empregado e do empregador nas atividades econômicas e o seu fim social, expõe Villela (2008, p.68):

*É a partir dessa estreita ligação existente entre o trabalhador e a atividade econômica à qual ingressa, quando da celebração do contrato de trabalho, que se justifica o surgimento desta idéia fundamental de que à empresa, além da finalidade econômica, deve se atribuir um fim de cunho social, consubstanciado no desenvolvimento de uma política que promova o pleno emprego. Até porque a propriedade deve atender a sua função social, nos termos do art. 5º, inciso XXIII, da Constituição da República.*

Contudo, justificando a elevação do Princípio do Pleno Emprego como um princípio constitucional, sendo garantia e diretriz para que o Estado busque políticas públicas não só voltado para as ofertas, mas sim implícito em planejamento econômico, contribuindo para o desenvolvimento nacional digno e contido de justiça social.

### 3.1.5 Princípio da Igualdade ou da Não-Discriminação

O Princípio da Igualdade ou da Não-Discriminação está preceituado na Constituição da República, em seu artigo 3º, inciso IV, na qual constituem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988) em seu dispositivo legal, também assegura a igualdade de todos os cidadãos perante lei, conforme: "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 [...]".

Sobre a aplicabilidade desse princípio em matéria trabalhista, explana o autor Villela (2008, p.69):

*Por sua vez, em se tratando de matéria trabalhista, o art. 7º, inciso XXX, do ordenamento constitucional proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Segue o inciso XXXI do referido art. 7º proibindo também qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalho do trabalhador portador de deficiência.*

Conclui-se que a diferença é a regra da sociedade, pois não existem duas pessoas idênticas em todos os sentidos, resultando a questão da diversidade em suas diversas formas. Assim, há a necessidade de tratamento desigual diante da diversidade presente na sociedade, porém, o tratamento se dá na proporção dessa desigualdade, objetivando alcançar oportunidades e direitos a todos.

### 3.1.6 Princípio da Liberdade de Trabalho

O Princípio da Liberdade de Trabalho tem previsão no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República, assegurando o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Nas palavras de Nascimento (2011, p.467-468):

*[...] o princípio da liberdade de trabalho, que preserva a vontade, uma vez que o trabalho deve ser prestado por deliberação do agente, sendo ilícitas outras formas que não respeitam nas relações profissionais de trabalho esse postulado fundamental contrário às formas coativas e de constrangimento do trabalhador. É repudiado pela consciência social o trabalho forçado e as formas análogas à do trabalho escravo.*

Conclui o autor Villela (2008, p.71):

*[...] a liberdade de trabalho compreende tanto a livre escolha do trabalho, do ofício ou da profissão (viés positivo), respeitadas as qualificações exigidas pela lei, como a liberdade de cessar o exercício desta mesma atividade, quando assim entender adequado (viés negativo).*

Entretanto, deve ser valorizada a vontade subjetiva do empregado, conferindo a liberdade ao trabalhador para escolher o seu trabalho, como também, cessar espontaneamente o contrato de trabalho quando desejar.

### 3.1.7 Princípio da Liberdade e da Autonomia Sindical

O artigo 8º, inciso V da Constituição da República assegura que ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato, incorrendo assim para a efetividade da liberdade sindical.

Contudo, já em relação aos incisos II e IV deste mesmo artigo, elucida Villela (2008, p.72):

*Todavia, de forma paradoxal, na contramão da efetividade do princípio da liberdade sindical, o legislador constituinte, arraigado a conceito inerente à época corporativista e autônoma, impôs a unicidade sindical de representação compulsória por categoria (art. 8º, inciso II) e recepcionou a cobrança de contribuição sindical obrigatória em favor das associações que formam o sistema confederativo de representação sindical (art. 8º, inciso IV).*

Porém, em relação à instituição de contribuições sindicais disposta no inciso IV do artigo 8º da CF/1988, esta não condiz com o aspecto da liberdade sindical, pois a contribuição sindical passa a ser obrigatória a trabalhadores não associados.

Em relação à obrigatoriedade ou não da contribuição sindical dos trabalhadores não sindicalizados, disserta Villela (2008, p.72):

*Registre-se, outrossim, que a jurisprudência uniforme de nossos Tribunais Superiores não admite a cobrança das contribuições confederativa e assistencial de trabalhadores não sindicalizados, por entenderem ofensivas ao princípio da liberdade sindical em seu viés negativo; isto é, no direito de o empregado não se filiar a entidade de classe. Nesse sentido, os entendimentos consubstanciados na Súmula nº666 do Supremo Tribunal Federal e no Precedente Normativo nº119 do Tribunal Superior do Trabalho [...].*

Já o Princípio da Autonomia Sindical está disposto no artigo 8º, inciso I da Constituição da República (BRASIL, 2008), ao estabelecer que:

*"[...] a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical".*

Entretanto, esses aspectos deixam de ser condizente com a unicidade compulsória de representação sindical por categoria, em qualquer grau e com a cobrança de contribuições sindicais compulsórias. Tendo em vista que o texto legal contido no artigo

8º, não recepcionou os dispositivos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho que afrontam o princípio da autonomia sindical (VILLELA, 2008).

Portanto, o Princípio da Autonomia Sindical garante que as entidades sindicais sejam reguladas livremente sem influência de empresas particulares ou do Estado, permitindo que o sindicato tenha liberdade de estruturação interna.

### 3.1.8 Princípio da Razoabilidade

O Princípio da Razoabilidade deve estar presente em todas as relações de trabalho, tendo em vista que todos os atos praticados pelo empregador necessitam estar pautados na razão para um melhor cumprimento dos deveres e direitos trabalhistas, efetivando ao máximo o previsto na legislação trabalhista.

Nas expressões de Villela (2008, p.75):

*Ainda que a razoabilidade consista em expressão do conteúdo por demais genérico, configurando um conceito jurídico indeterminado, é certo que a exigência da ação em conformidade com a razão, para se definir o que seria justo ou razoável, deve se pautar na noção objetiva própria ao homem médio.*

Assim, o ser humano em suas relações trabalhistas deve sempre proceder de maneira racional, logo, o empregado depende dessa razoabilidade e racionalidade do empregador para efetivar os seus direitos e garantias mínimas.

### 3.1.9 Princípio da Boa-Fé

A boa-fé deve estar presente em todas as relações trabalhistas, sendo efetividade tanto pelo empregador quanto pelo empregado. É através deste artifício que se alcança uma relação de emprego mais justa e verdadeira, evitando até mesmo situações constrangedoras para ambas as partes.

Na seara jurídica, ela pode ser distinguida entre boa-fé-crença e a boa-fé-lealdade, conforme aponta Villela (2008, p.75):

*A boa-fé-crença é a tendência em se reputarem válidos os efeitos jurídicos de um determinado ato e/ou negócio, em face do desconhecimento sobre os eventuais vícios que o inquinam. A boa-fé-lealdade diz respeito à conduta dos próprios titulares do ato e/ou negócio jurídico. Esses devem agir com extrema lealdade e boa-fé com relação à parte contrária.*

Finaliza o autor Villela (2008, p.75):

*No âmbito da relação de emprego, é dever de ambos os titulares (empregado e empregador) agirem uns com os outros com lealdade e boa-fé contratuais,*



*buscando honrar com suas respectivas obrigações e corresponder à expectativa da parte contrária, norteada esta pelo critério da razoabilidade [...].*

Por fim, a efetivação do princípio da boa-fé almeja uma relação de emprego mais justa e eficiente, impedindo situações desleais para ambas às partes.

### 3.1.10 Princípio da Função Social do Contrato

Com o advento da Revolução Industrial e o surgimento da chamada questão social e posteriormente o surgimento das doutrinas sociais, deu início ao processo de valorização do trabalho, como instrumento de dignidade da pessoa humana do trabalhador (VILLELA, 2008).

Completa Villela (2008, p.76):

*O trabalho foi alçado a Direito Social (CF/1988, art. 6º) e a valorização do trabalho humano erigido a fundamento da própria ordem econômica, a qual tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, os da função social da propriedade e da busca do pleno emprego (CF/1988, art. 170, caput, III e VIII).*

Em relação à liberdade de contratar, o artigo 421 do Código Civil preceitua que a mesma será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Assim, deverá também atender essa função social no âmbito trabalhista em consonância ao artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê nova discussão acerca dos limites a serem impostos ao direito potestativo do empregador de rescindir o contrato de trabalho (VILLELA, 2008).

Nesse sentido, mostrar-se Villela (2008, p.77):

*O princípio do fim social do contrato, juntamente com os da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, da busca do pleno emprego e do fim social da propriedade, constitui precioso limite imposto a essa discricionariedade de rescisão contratual associada à figura do empregador.*

Complementa o autor Villela (2008, p.78): "Assim como a propriedade deve atender a sua função social (CF/1988, art.5º, XXIII), a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Portanto, o trabalho é um direito social garantido constitucionalmente, como um meio garantidor da inserção de todos os cidadãos no mercado de trabalho e no processo civilizatório de uma nação.

## 3.2 Princípios Específicos do Direito do Trabalho

### 3.2.1 Princípio da Proteção do Empregado

Pode ser considerado como o princípio mais importante ou até mesmo mais eficaz do direito trabalho, pois possui natureza de direito tutelar e de ordem constitucional, é dele que emanam os demais princípios específicos do direito trabalhista.

Completa o autor Villela (2008, p.79):

*Esse princípio é extraído das normas imperativas ou cogentes (de ordem pública) originárias da intervenção estatal no ordenamento jurídico trabalhista, a fim de compensar o desequilíbrio econômico existente entre os sujeitos da relação de emprego (empregado e empregador), instituindo o chamado contrato mínimo legal.*

A conceituação e finalidade do Princípio da Proteção do Empregado segundo o ponto de vista do autor Feliciano (2013, p.245):

*[...] O princípio da proteção atende, portanto, a uma função geral de cariz constitucional (derivada, no Brasil, do art. 7º da CRFB), que é de reequilibrar materialmente as posições jurídicas das partes geralmente antagônicas nos conflitos laborais (empregado e empregador). Pelo especial amparo jurídico, minimiza-se a vulnerabilidade dos trabalhadores, decorrente da chamada "hipossuficiência econômica", que no continente jurídico manifesta-se como subordinação [...].*

Nas palavras do doutrinador Sérgio Pinto Martins (2004, p.30): "Visa o princípio da proteção compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando esse último uma superioridade jurídica. A proteção é determinada pela lei".

Em relação à liberalidade das partes nas relações contratuais de trabalho assegura o artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), conforme sua literalidade:

*Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.*

Conclui o autor Villela (2008, p.79) sobre o caráter constitucional do Princípio da Proteção do Empregado:

As constituições republicanas vêm ressaltando essa tendência protecionista, quando incluem entre os direitos fundamentais os direitos sociais do trabalhador. Daí, a perfeita conclusão de que o princípio protecionista é um princípio de ordem constitucional.

Assim, o Princípio da Proteção do Empregado minimiza-se a vulnerabilidade dos trabalhadores perante seus empregadores, dando-lhes mais proteção e reequilibrando a questão econômica existente na relação trabalhista.

### 3.2.2 Princípio da Norma Mais Favorável

O Princípio da Norma Mais Favorável se aplica no direito do trabalho quando ocorrer determinada situação de conflito aparente entre as normas, logo, se aplica a norma que for mais favorável ao empregado, salvo se a norma de hierarquia superior contiver caráter proibitivo ou de ordem pública.

Segundo o autor Nascimento (2011, p. 468):

*[...] É considerado princípio de elaboração da norma jurídica quando atua no sentido de influir nos critérios inspiradores do avanço das leis especialmente nas ocasiões de reforma da legislação. É princípio de aplicação do direito do trabalho quando proporciona a adoção de meios técnicos destinados a resolver o problema da hierarquia e da prevalência, entre muitas, de uma norma no confronto com outras normas que podem atuar na solução dos casos concretos [...].*

Na conceituação do autor Feliciano (2013, p.245):

*[...] O intérprete/aplicador do Direito do Trabalho deve sempre escolher a norma jurídica mais favorável para o trabalhador, independente de sua hierarquia formal. Em outras palavras, no caso de haver mais de uma norma aparentemente aplicável ao caso, deve optar por aquela que seja mais favorável ao hipossuficiente econômico, mesmo que ao arremio dos critérios clássicos (kelsenianos) de hierarquização das normas jurídicas [...].*

O artigo 620 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) exemplifica sobre a aplicabilidade deste princípio: "Art. 620 - As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo".

### 3.2.3 Princípio do In Dubio Pro Operario

O Princípio do In Dubio Pro Operario, também denominado Princípio In Dubio Pro Misero, determina que nos casos em que for possível extrair mais de interpretação da norma jurídica, será sempre aplicada aquela interpretação que for mais favorável ao empregado, exceto nos casos em que a interpretação atinja a literalidade da norma e não consista em matéria probatória.

Nas palavras do doutrinador Villela (2008, p.81):

*Em suma, a aplicação desse princípio decorre da existência de interpretações diversas acerca de uma mesma norma. É claro que essas exegeses não devem extrapolar os limites impostos pela literalidade do preceito. Devem ser interpretações que estejam em perfeita consonância com o comando legal. Nesse caso, sobressairá aquela hermenêutica que for mais favorável ao obreiro.*

Sobre a aplicabilidade deste princípio no direito material, conclui o autor Feliciano (2013, p.253-254):

*[...] que o in dubio pro operario em nada interfere com a interpretação de fatos e provas no processo do trabalho (até porque é um princípio de interpretação do direito material, não um princípio processual). Se a dúvida do juiz assenta-se sobre o sentido e o alcance das provas produzidas nos autos, não pode simplesmente sentenciar em favor do trabalhador, como "regra formal de decisão", porque essa predisposição malferiria o princípio do juiz natural [...].*

Portanto, O princípio In Dubio Pro Operario, tem a finalidade intrínseca de proteger a parte mais frágil na relação jurídica, neste caso, o trabalhador.

### 3.2.4 Princípio da Condição Mais Benéfica

O Princípio da Condição Mais Benéfica determina que sempre as condições mais vantajosas e benéficas ao empregado sejam aplicadas no contrato de trabalho ou em regulamento da empresa.

Assim, preceitua o dispositivo legal da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943):

*Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.*



Complementa Mauricio Godinho Delgado (2006, p.202):

*Este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado.*

Nas palavras de Feliciano (2013, p.248) sobre a aplicabilidade e as consequências desta no Princípio da Condição Mais Benéfica:

*[...] Por ele, a aplicação de uma nova norma trabalhista não pode, em princípio, comprometer as condições mais favoráveis em que se já encontrava o trabalhador. Às vezes, tal comprometimento é discutido no nível do contrato individual de trabalho (com um sentido mais jurídico); noutras vezes, discute-se-o no nível das categorias profissionais e econômicas ou, mais, no nível da sociedade civil (com um sentido mais político).*

Contudo, o Princípio da Condição Mais Benéfica aduz que devem sempre prevalecer às condições mais benéficas ao empregado, evitando a alteração contratual prejudicial ao empregado, mesmo sendo bilateral.

### **3.2.5 Princípio da Primazia da Realidade**

O Princípio da Primazia da Realidade declara que prevalece à realidade objetiva dos fatos sobre a formalidade relativa a documentos ou acordos, ou seja, o que vale é o que acontece realmente e não o que está escrito.

Nas palavras de Américo Plá Rodrigues (1978 citado por VILLELA, 2008, p.82): "O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorra na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos".

Complementa Villela (2008, p.82-83):

*Assim sendo, no Direito do Trabalho, a verdadeira natureza da relação jurídica estipulada pelos contratantes deve ser aferida da realidade dos fatos, não se limitando os aspectos formais e/ou documentais. Independente do que restar formalmente ajustado pelas partes contratantes, a verdadeira natureza da relação jurídica existente entre as partes contratantes será aferida através da realidade objetiva dos fatos.*

O Princípio da Primazia da Realidade possui embasamento legal no artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943): "Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Mauricio Godinho Delgado (2006, p.208-209) disserta sobre tal princípio: "O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litúgio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico".

Aduz o autor Villela (2008, p.84): "[...] qualquer tentativa de fraude ou de burla as normas de proteção ao trabalho encontra óbice na disposição contida no art. 9º da CLT, reivindicando a efetiva aplicação do princípio da primazia da realidade".

Conclui-se que neste princípio, a verdade dos fatos impera sobre qualquer contrato formal, ou seja, caso haja conflito entre o que está escrito e o que ocorre de fato, prevalece o que ocorre de fato.

### **3.2.6 Princípio da Integralidade e da Intangibilidade do Salário**

O Princípio da Integralidade e da Intangibilidade do Salário preveem a proteção do salário do empregado de descontos exorbitantes e demais verbas resultantes da insolvência do empregador. Tais princípios visam garantir ao empregado que receba a contraprestação a que faz jus por seu trabalho, de maneira estável e completa, não sujeita as oscilações da economia e às instabilidades do mercado e, por extensão, assegurar a satisfação de um conjunto, ainda que eventualmente mínimo, de suas necessidades, entre as quais a alimentação.

Conforme preceitua o artigo 462, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1988): "Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo".

Já o parágrafo 1º do artigo 462 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1988) prevê a possibilidade do desconto do salário do empregado, conforme: "§ 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado."

Em relação ao entendimento da Corte Superior Trabalhista sobre os possíveis descontos na remuneração do empregado, expõe o autor Villela (2008, p.86):

*A Corte Superior Trabalhista se posicionou no sentido de ser vedada qualquer presunção no tocante à suposta coação no ato admissional, sendo necessária a efetiva comprovação do aludido vício de vontade.*

de ou de consentimento para que se possa eivar de invalidez os referidos descontos. A impenhorabilidade do salário, salvo para pagamento de pensão alimentícia, é outra característica diretamente vinculada à integralidade das parcelas salariais.

Conclui-se que o Princípio da Integralidade e da Intangibilidade do Salário assegura ao empregado à impenhorabilidade de seu salário, bem como a garantia do valor líquido sem descontos abusivos vedando a lei qualquer tipo de desconto em folha de pagamento, salvo nas hipóteses de pensão alimentícia.

### 3.2.7 Princípio da Irrenunciabilidade ou da Indisponibilidade

Os Princípios da Irrenunciabilidade ou da Indisponibilidade visam a inderrogabilidade das normas trabalhistas pela vontade das partes, em razão de sua natureza cogente ou de ordem pública.

A Irrenunciabilidade tem fundamento na indisponibilidade de certos bens e direitos, no caráter absolutamente imperativo de certas normas trabalhistas e na própria necessidade de limitação material a autonomia privada individual, como forma de restabelecer a igualdade das partes no contrato de trabalho (FELICIANO, 2013).

A legislação veda qualquer acordo realizado entre as partes contratantes (empregado e empregador) que vise à renúncia de qualquer um dos direitos inerentes ao trabalhador. Bem realça o conteúdo destes princípios o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1988): "Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

A aplicação do princípio da Irrenunciabilidade é atualmente mitigada pela tese da flexibilização das normas trabalhistas, adotada pela Constituição da República (BRASIL, 1988):

*Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; 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; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.*

Complementa Delgado (2006, p.201) sobre o Princípio da Indisponibilidade:

*A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo*

*Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação da socioeconômica de emprego.*

Conclui-se que tais princípios imperam a irrenunciabilidade e indisponibilidade de direitos, assegurando que o empregado não pode dispor de seus direitos ao bel-prazer do empregador, ou nem mesmo ser coagido ou despojar dos mesmos. Porém, há direitos que não podem, de nenhum modo, ser objeto de renúncia, como por exemplo, os relativos à segurança e a medicina do trabalho. Tratam-se, então, de direitos absolutamente indisponíveis.

### 3.2.8 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

O Princípio da Continuidade da Relação de Emprego prevê o prosseguimento do vínculo empregatício a favor do empregado. A regra geral prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas é a indeterminação do prazo do contrato de trabalho (individual), acarretando uma presunção "iuris tantum" de que o empregado deseja continuar com a sua prestação laboral (VILLELA, 2008).

Nesta mesma linha de raciocínio, complementa o autor Maurício Godinho Delgado (2006, p.209):

*Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem trabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.*

Complementa Fábio Goulart Villela (2008, p.92):

*A empresa, como atividade econômica organizada, reúne e organiza os fatores de produção com vistas à produção de bens ou serviços, tendo, por isso, propensão à continuidade. O empregado, no contexto de uma relação jurídica de emprego, se insere dentro dessa organização empresarial, como parte integrante dos fatores de produção, absorvendo o contrato de trabalho a mesma tendência à continuidade inerente à atividade econômica.*

Contudo, o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego está disposto na súmula 212 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que havendo controvérsia acerca da natureza da ruptura do vínculo de emprego, o ônus da prova quanto ao



término do contrato de trabalho deve sempre recair sobre o empregador, tendo em vista que o empregado é o favorecido na aplicabilidade deste princípio.

#### 4 O DUMPING SOCIAL NO ÂMBITO TRABALHISTA

##### 4.1 Etimologia, Conceituação e Natureza Jurídica do Termo Dumping e Conceituação do Termo Dumping Social

O dumping é uma palavra de origem inglesa e não possui tradução nas línguas latinas, deriva do termo "dump", que, entre outros, tem o significado de esvaziar ou despejar. Conforme o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (2013), a palavra dumping tem por significação: "Prática comercial que consiste em vender produtos ou serviços a um preço muito baixo, durante certo período de tempo, para conquistar um mercado".

A palavra dumping é normalmente utilizada em termos de caráter comercial e tem por objetivo designar a prática de dispor no mercado produtos abaixo do custo em relação ao preço de mercado, com o intuito de eliminar a concorrência e aumentar as quotas no mercado.

Conceitua Juliana Machado Massi (2013, p.5):

*[...] compreende-se dumping como uma forma de concorrência desleal de caráter internacional, que consiste na venda de produtos pelo país exportador com preços abaixo do valor normal, não necessariamente abaixo do preço de custo, praticados no mercado interno do país exportador, podendo causar ou ameaçar causar danos às empresas estabelecidas no país importador ou prejudicar o estabelecimento de novas indústrias no mesmo ramo neste país.*

Segundo Marco Antônio Villatore e Eduardo Biacchi Gomes (2013, p.8) sobre a conceituação do dumping e suas características:

*[...] convém explicar como uma empresa prática o dumping, com as seguintes características: a) ao possuir poder de estabelecer o valor do seu produto no mercado local; e b) ao possuir perspectiva de aumentar o lucro através de comércio no mercado internacional, por vezes vendendo no mercado externo o seu produto a valor inferior ao vendido no mercado local, por vezes impossibilitando que os cidadãos nacionais tenham acesso ao produto com o referido preço mais baixo.*

Alguns doutrinadores defendem a idéia que a prática do dumping nem sempre será susceptível de punições, conforme esclarece Massi (2013, p.5):

*O dumping nem sempre será passível de punições. Estas somente poderão ocorrer quando a prática realmente trouxer prejuízos às indústrias do país importador ou retardar o estabelecimento da indústria local, visto que nem sempre a venda de produtos do país exportador por um preço abaixo de seu "valor normal" acarretará prejuízos ao mercado interno daquele que está importando. Assim, existem dois tipos de dumping: o condenável e o não condenável.*

A respeito da conceituação de dumping condenável e o dumping não condenável, esclarece Welber Oliveira Barral (2000 citado por OZORIO, 2013, p.5):

*O dumping condenável ocorre quando o dumping implicar dano à indústria doméstica e o nexo causal entre o dano e a prática do dumping. Enquanto que o não condenável seria a ocorrência de dumping sem que redundasse em efeitos negativos para a indústria estabelecida no território de um país.*

Nas palavras de Welber Barral (2000 citado por MASSI, 2013, p.6), o dumping não condenável:

*[...] seria a ocorrência de dumping sem que redundasse em efeitos negativos para a indústria estabelecida no território de um país. Para ser classificado como condenável, ao contrário, o dumping deve implicar dano à indústria doméstica e o nexo causal entre o dano e a prática de dumping.*

Contudo, o dumping pode ser considerado como uma prática desleal e proibida, possuindo natureza jurídica de um ato ilícito, de acordo com o ponto de vista de alguns doutrinadores, conforme apresenta Massi (2013, p.6):

*Alguns entendem que o dumping teria a natureza jurídica de um ato ilícito, porém sabemos que a sua prática não é proibida, em regra, pela legislação anti-dumping, ela é apenas suscetível à imposição de certas medidas, caso venha a causar ou ameaçar causar prejuízos à indústria nacional do país importador.*

Porém há outros posicionamentos que defendem que o dumping possui natureza jurídica de abuso de poder econômico, conforme preceitua Massi (2013, p.6):

*Outra corrente suscita a possibilidade da prática de dumping ter natureza jurídica de abuso de poder econômico. Entretanto, esse pressupõe o intui-*

to de provocar dominação do mercado relevante e, ainda, é identificado a partir da conduta concertada de empresas concorrentes, hipóteses das quais não caracterizam, necessariamente, a prática de dumping. Importante destacar também, que o abuso de poder econômico é regulamentado pela Lei Antitruste n. 8884/94 prevendo-lhe sanções administrativas, e excluindo expressamente os casos envolvendo a prática de dumping.

Apesar de que ainda existam duas outras correntes com posicionamentos diferentes em relação à natureza jurídica do dumping. Um dessas vertentes sustenta que o dumping possui natureza de direito econômico e sua caracterização é encontrada numa norma de Direito Internacional Econômico. Por outro lado, a última corrente demonstra que o dumping possui natureza tributária, em vista das medidas punitivas adotadas contra ele, atribuindo uma idéia de tarifa ou imposto nos casos de prática do dumping (MASSI, 2013).

Conclui-se, portanto, que o dumping é configurado como uma prática que gera concorrência desleal de caráter internacional, podendo causar prejuízos a um concorrente do mesmo mercado ou até mesmo retardar o estabelecimento de um recente concorrente no mercado.

Já em relação à conceituação do dumping social, os autores Jorge Luiz Souto Maior, Ranúlio Mendes e Valdete Souto Severo (2012, p.10) expõem:

*É bem verdade que a expressão "dumping social" foi utilizada, historicamente, para designar as práticas de concorrência desleal em nível internacional, verificadas a partir do rebaixamento do patamar de proteção social adotado em determinado país, comparando-se sua situação com a de outros países, baseando-se no parâmetro fixado pelas Declarações Internacionais de Direito. No entanto, não é, em absoluto, equivocado identificar por meio da mesma configuração a adoção de práticas ilegais para obtenção de vantagem econômica no mercado interno.*

O dumping social é a modalidade de dumping no qual os produtos são vendidos com valor inferior ao praticado no mercado, em decorrência da precarização da mão de obra, mantendo abaixo de padrões laborais mínimos, resultando em danos ao empregado e a sociedade. Assim, as empresas optam pela redução nos custos de produção e consentem que os empregados tenham condições de trabalho inferiores ao aceitável (LIMA, 2013).

Nas palavras de Mina Kaway e Pedro Walter G. Tang Vidal (2013, p.3):

*Fala-se em "dumping social" quando os preços baixos dos bens resultam do fato das empresas produtoras estarem instaladas em países onde não são cumpridos os direitos humanos mais elementares, assim como direitos dos trabalhadores internacionalmente reconhecidos, e com isso os custos sociais da mão-de-obra são extremamente baixos permitindo conseqüentemente uma descida artificial dos preços produzidos em condições laborais ilegítimas e que vão contra a dignidade humana.*

Destarte a conceituação de dumping social nas palavras de Juliana Machado Massi e Marco Antônio César Villatore (2013, p.6):

*Dumping social seria "a conduta de certos Estados em pagar salários muito baixos e oferecer condições de trabalho precárias com o intuito de, reduzindo-se severamente os gastos com a mão de obra, possibilitar que seus produtos internos tenham preços inferiores ao mercado internacional ou, então, que o baixo custo da mão de obra de trabalhadores locais seja atraente a instalação de novas empresas".*

No entanto, a expressão dumping social é frequentemente utilizada nos ramos do direito comercial, internacional, econômico e também do direito do trabalho. Nesse último caso, o empregador que coaduna com a prática do dumping social, visa apenas à obtenção de lucros para a empresa através do descumprimento dos direitos básicos do trabalhador, colocando no mercado mercadorias com preços extremamente baixos, inferior ao custo de produção.

#### **4.2 A prática do Dumping Social no Âmbito Trabalhista**

Conforme exposto nos capítulos anteriores, os direitos trabalhistas são resguardados por legislação específica e constitucional, necessitando esses direitos serem cumpridos em sua integralidade, oferecendo ao trabalhador garantias iguais nas relações trabalhistas. Como também, tais legislações estabelecem uma uniformidade de responsabilidades das empresas no cumprimento desses direitos trabalhistas, evitando qualquer distinção que causem prejuízos às próprias empresas.

A Justiça do Trabalho, diferente dos outros ramos do Direito, cria uma "desigualdade" de patamares entre as figuras dos patrões e empregados, com o intuito de eliminar a desigualdade econômica e até mesmo social existente na classe trabalhista. Portanto, favorecendo a figura do empregado na relação trabalhista, exigindo o cumprimento dos deveres e obrigações por parte dos empregadores.



A prática do dumping social trabalhista, objeto frequente de discussões, é visto como um problema a ser solucionado, devido a entendimentos jurisprudenciais e doutrinários distintos, diante da necessidade do cumprimento das normas trabalhistas em sua integralidade, conforme previsão constitucional e legislação específica.

Os profissionais de Direito do Trabalho do Brasil aprovaram o Enunciado nº 4 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, organizada pela Anamatra e realizada nos dias 21 a 23 de novembro de 2007, no Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília. O Enunciado dispõe que a violação reincidente e inescusável aos direitos trabalhistas gera dano coletivo, já que, com tal prática, desconsidera-se, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência (MAIOR, MENDES e SEVERO, 2012).

O Enunciado nº 4 (BRASIL, 2007) dispõe do seguinte teor:

*"DUMPING SOCIAL". DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido "dumping social", motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, "d", e 832, § 1º, da CLT.*

Contudo, mesmo sabendo que tais responsabilidades estejam previstas legalmente, existem ocorrências de determinadas empresas em que incorrem para o desrespeito aos direitos trabalhistas e da dignidade humana do trabalhador, visando à redução dos custos de mão de obra e resultando em concorrência desleal, caracterizando o dumping social trabalhista.

Outra questão relevante a mencionar diz respeito à legitimidade para se pleitear a reparação por dumping social, conforme ressalta a autora Leoncio (2013):

*A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para requerê-la tem sido admitida com bastante tranquilidade, havendo inclusive muitas decisões em que se afirma ser ele o único legitimado para*

*tanto. Outras, por sua vez, apontam genericamente serem os atores elencados no artigo 5º da Lei 7.347/85 aqueles legitimados a formular tal pedido. A polêmica permanece, todavia, em relação às empresas concorrentes e, principalmente, quanto ao reclamante individual.*

Recentemente a Justiça do Trabalho tem estendido o conceito de *dumping social* à área laboral, objetivando não só restabelecer os direitos lesados dos trabalhadores, como também punir as empresas que se utilizam dessa prática para a obtenção de vantagens comerciais.

#### **4.2.1 Requisitos para configurar o Dumping Social no âmbito trabalhista**

A prática do dumping social trabalhista pode ser verificada nos casos em que ocorre o desrespeito aos direitos trabalhistas parcialmente ou integralmente por parte dos empregadores, de forma consciente e reiterada, resultando na diminuição dos custos de mão de obra, aumentando as exportações e atraindo investimentos estrangeiros, gerando assim a concorrência desleal com as demais empresas.

No entanto, a prática caracterizada como dumping social é considerada totalmente ilegal, tendo em vista que violam os direitos trabalhistas do empregado, garantidos constitucionalmente, assim, gerando a exploração de mão de obra barata para a obtenção de menores custos de produção. Vale ressaltar que tais práticas possuem caráter inconstitucional, tendo em vista que os cumprimentos dos direitos básicos e inerentes ao trabalhador estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, compreendidos nos artigos 7º a 11º.

Segundo os autores Marco Antônio Villatore e Eduardo Biacchi Gomes (2013, p.8): "[...] o dumping social se verifica com o desrespeito a algumas regras trabalhistas para diminuir custos de mão-de-obra, aumentar as exportações e atrair investimentos estrangeiros".

Nas palavras de Ozorio (2013, p.6):

*[...] o dumping social seria realizado em razão dos custos inferiores da mão de obra e das menores garantias trabalhistas no país, que também seriam capazes de baratear o custo dos produtos. Em tal situação, os custos mais baixos do trabalho representariam, em tese, uma distorção da concorrência, na medida em que permitiram a venda de produtos a preços bem mais baixos do que aqueles produzidos em condições que tenham que obedecer a todas as garantias trabalhistas.*

Em relação à ocorrência de dumping social, expõe Talita da Costa Moreira Lima (2013, p.4): "Pode-se concluir que haverá dumping social sempre que houver precarização da mão de obra com o objetivo de diminuir o valor de produção de determinado produto, para que este tome posição de vantagem em relação à concorrência".

Uma das causas que resultam o dumping social no âmbito trabalhista são as diferenças sociais entre os países, conforme o posicionamento de Ozorio (2013, p.7):

*As diferenças sociais entre os países-membros tais como remuneração e direitos trabalhistas são consideradas causas que contribuem muito para a prática do dumping social. O custo final do produto é bastante influenciado pelo custo da mão de obra, resultando numa vantagem comparativa para os países em desenvolvimento em relação aos economicamente desenvolvidos, por terem maior oferta de pessoal. Todavia, esta vantagem pode ser compensada pela maior produtividade dos países em desenvolvimento. Salários e condições de trabalho variam muito de país para país [...].*

Os autores Villatore e Gomes (2013, p.9) exemplificam a prática do dumping social no âmbito trabalhista:

*Dentre os exemplos do dumping social temos o extrapolamento de duração do trabalho, na prática do trabalho infantil, no trabalho escravo ou análogo a escravidão fazendo com que os produtos gerados nesse sistema sejam bem menores aos valores normais de mercado.*

Assim sendo, a prática do dumping social resulta a concorrência desleal com as demais empresas cumpridoras com suas obrigações trabalhistas na sua integralidade e que praticam os preços comuns de mercado, pois as empresas que praticam o dumping social alocam os seus produtos no mercado com preços altamente competitivos.

#### **4.2.2 Efeitos da prática do Dumping Social no âmbito trabalhista**

Os efeitos resultantes da prática do dumping social trabalhista podem ser inúmeros, por ser considerada uma prática que afronta os preceitos constitucionais. Um dos efeitos mais relevantes é a geração da concorrência desleal no mercado, causando desigualdades de condições.

Nos dizeres da autora Ozorio (2013, p.7):

*Acerca dos efeitos causados pelo dumping, os quais podem ser analisados à luz do âmbito econômico, quando as empresas praticantes do dumping, ao desprezarem os direitos mínimos do trabalhador, passam a reduzir, de forma considerável, o custo efetivo da mão de obra, contribuindo para que o produto ou serviço seja lançado no mercado por um preço muito menor que o das empresas que cumprem a legislação trabalhista. Dessa forma, a empresa pratica concorrência desleal, uma vez que a mesma não está concorrendo em igualdade de condições com as demais empresas que zelam pelos direitos do trabalhador.*

Na visão do autor José Augusto Rodrigues Pinto, a prática do dumping social causa efeitos colaterais, pois tumultua tanto a ordem jurídica quanto a social. Nas palavras deste mesmo autor (2011 citado por OZORIO, 2013, p.8):

*O dumping atropela preferencialmente o Direito em três de seus mais importantes seguimentos na dinâmica social moderna: civil, na medida em que invade a área das obrigações (contratos) e do direito de empresa; trabalhista, na medida em que manipula malignamente a relação individual de emprego; e consumerista, na medida em que tumultua as relações de consumo.*

Ainda, acerca dos efeitos negativos causados pela prática do dumping social, expõem os autores Ana Isabel Modena e Alexandre Antônio Bruno da Silva (2009 citado por OZORIO, 2013, p.8):

*[...] o dumping social faz com que os salários e demais encargos sociais diminuam para que o produto seja competitivo no mercado internacional. Essa é uma prática prejudicial e condenável, pois além de propiciar o desenvolvimento desleal do comércio, agride a dignidade da pessoa humana. Os trabalhadores acabam submetidos a condições de trabalho degradantes.*

Contudo, compreende-se que os efeitos da prática do dumping social está interligada diretamente com o desenvolvimento do país e as condições de trabalho, conforme expõe Juliana Machado Massi e Marco Antônio César Villatore (2013, p.10):

*Observa-se que a prática do dumping social reflete uma relação direta entre o desenvolvimento do país e as condições de trabalho a que são submetidos os seus trabalhadores nacionais. Isto implica*



*afirmar que, quanto mais desenvolvido o país, teoricamente, mais direitos e benefícios os trabalhadores tendem a possuir. O oposto também assim acontece, ou seja, quanto menos desenvolvido um país, menores são os direitos e benefícios trabalhistas oferecidos aos seus nacionais. Essa afirmativa demonstra o impacto que os direitos trabalhistas podem determinar no custo final do produto. Assim, em países menos desenvolvidos, com legislação trabalhista branda ou até mesmo inexistente, o custo da mão de obra atrelado ao custo final do produto torna o preço altamente competitivo.*

Deste modo, é necessário evitar que o desrespeito aos direitos mínimos trabalhistas seja visto como um bom negócio, por acarretar vantagens competitivas, bem como impedir que as demais empresas que não praticam o dumping social trabalhista adotem comportamentos antissociais para se resguardar perante os seus concorrentes, neste caso os adeptos a prática do dumping social.

Portanto, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, esta garantidora dos direitos mínimos trabalhistas e considerada como a "Lei Áurea atual", a prática do dumping social trabalhista pode ser comparada a uma forma de trabalho escravo na atualidade, no qual há exploração da mão de obra, submetendo o trabalhador em condições exaustivas de jornadas de trabalhos e não sucedendo a efetivação dos direitos trabalhistas a que lhe pertence.

#### **4.3 A Condenação Ex Officio pela**

##### **Prática do Dumping Social Trabalhista**

As práticas reiteradas de danos sociais trabalhistas constituem agressões graves, que carecem de uma avaliação e punições severas para os adeptos dessa prática socialmente reprovável.

Outra questão relevante a mencionar sobre a prática do dumping social é a presunção do magistrado sobre o cometimento dessa prática em demandas trabalhistas, ou seja, há a imposição ex officio da indenização pela prática do dumping social sem que exista pedido da parte. Todavia, existem muitas controvérsias sobre essa questão, gerando posicionamentos divergentes sobre a aplicabilidade da presunção do magistrado no cometimento do dumping social trabalhista.

Sobre a forma de punição para as agressões sociais presenciadas na prática do dumping social trabalhista, posiciona a autora Talita da Costa Moreira Lima (2013, p.11):

*Tal punição deve ser feita da forma mais eficaz possível, mesmo que para tanto seja preciso reconhecer a ampliação dos poderes do magistrado no que se refere ao provimento das lides individuais*

*em que se identifica o dano em discussão. Não há que se falar em desrespeito a inércia do judiciário, haja vista que o mote deste princípio é que "o exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes".*

Entretanto, no caso do dumping social trabalhista, o conflito já é existente, logo, não é a atividade jurisdicional que irá provocá-lo. Pelo contrário, a ausência de manifestação do magistrado é o mesmo que ignorar o problema que anseia por correção imediata (LIMA, 2013).

Destarte a autora Mona Hamad Leoncio (2013) sobre os defensores da concessão de ofício da indenização pela prática do dumping social trabalhista:

*Para muitos defensores da tese, a possibilidade de o juiz atuar de ofício encontra respaldo na ordem jurídica brasileira, com base em uma leitura sistemática. Para tanto, pautam-se nas disposições dos artigos 81 e 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), segundo as quais a tutela dos interesses e direitos de consumidores e vítimas poderia até mesmo ser exercida individualmente, sendo admitidas todas as ações capazes de promovê-la adequada e efetivamente. Ademais, o artigo 84 do mesmo diploma, afirmam, garantiria ao juiz a possibilidade de proferir decisões alheias ao pleito do autor, tendo-se em vista o resultado prático equivalente. Também a CLT conferiria aos magistrados amplos poderes instrutórios (artigo 765), bem como liberdade para solução "justa" do caso (pautando-se pelo critério da equidade), conforme previsão dos artigos 8º, 766, bem como da supramencionada regra do artigo 652, 'd'.*

Por outro lado, há posicionamentos contrários sobre a fixação de indenização ex officio pelo magistrado sobre a prática do dumping social, conforme aduz Leoncio (2013):

*O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, tem se mostrado avesso a esta tese, vez que a condenação de ofício implicaria julgamento extra petita (nos termos do arts. 128 e 460, caput, do CPC), além de flagrante violação aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.*

Em relação a não aplicabilidade ex officio pelo magistrado do cometimento de dumping social, alcança a conclusão que a jurisdição não corresponde aos anseios do jurisdicionado, ou seja, abster de aplicar as indenizações pela prática desenfreada do dumping social trabalhista, o magistrado estaria impedindo uma postura ativa do judiciário.

Conforme disserta Lima (2013, p.12):

*A inércia absoluta da jurisdição já não corresponde aos anseios do jurisdicionado. Não se procura a quebra da segurança jurídica, mas sim que haja uma postura ativa do judiciário frente às demandas sociais, para que seja possível a realização dos preceitos consagrados na Constituição Federal de 1988, que se encontra repleta de normas programáticas e conceitos indeterminados, esperando pela atividade criativa do magistrado para que sejam concretizadas.*

Além de que, o ordenamento jurídico traz a atribuição de amplos poderes ao juiz em fixar ex officio indenização suplementar, de modo que é perfeitamente possível falar na atividade mais incisiva do magistrado quanto à reparação de danos sociais. Conforme preceitua o art. 404 do Código Civil (BRASIL, 2002):

*Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.*

*Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.*

A autora Ozorio (2013, p.19-20), complementa sobre a interpretação do artigo 404 do Código Civil na aplicabilidade das concessões ex officio em questões reincidentes a legislação trabalhista:

*Salienta-se que conforme consta no parágrafo único do artigo 404 do Código Civil (2002) pode ser aplicado ex officio diante das agressões reincidentes à legislação trabalhista, tais como: não recolhimento de FGTS, salários pagos "por fora", não concessão de intervalo para refeição e descanso, trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc.*

Ainda, o art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2002) preceitua:

*Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*

Em relação à interpretação deste dispositivo legal, assevera Lima (2013, p.12):

*Obviamente, o legislador estava se referindo a danos materiais quando da inclusão deste dispositivo, ou estaria contrariando a possibilidade de reparação de danos extrapatrimoniais, cuja extensão é impossível de ser precisada. [...] É preciso buscar a razão de ser da lei para dar a ela a sua melhor interpretação. Incluir este dispositivo no Código, obviamente teve o objetivo de dar poderes ao magistrado para que o mesmo possa agir de forma hábil a evitar que a decisão proferida seja injusta por utilizar como critério a extensão do dano em detrimento da gravidade da conduta do agente.*

Em relação à ampliação de poderes do magistrado preceituados no artigo 404, parágrafo único e artigo 944, ambos do Código Civil de 2002, são reafirmados pelos artigos 832, §1º e 652, "d", estes pertencentes à Consolidação das Leis do Trabalho. Esses dispositivos legais apresentam para a seara trabalhista a possibilidade de atuação de ofício do judiciário e, até mesmo, o poder do juiz de determinar as condições de pagamento do débito do ofensor.

Conclui-se pela literalidade dos artigos presentes na Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943):

*Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.*

*§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.*

*Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:*

*d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência;*

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), também preceitua em seu artigo 84, parágrafos 4º e 5º a possibilidade de fixação de indenização pelo magistrado, independentemente do pedido do autor, logo, a literalidade do



presente artigo coaduna para a possibilidade de presunção do magistrado em situações que demandam tal aplicabilidade. Dispõe o preceito legal:

*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.*

*§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.*

*§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.*

Todavia, a partir da análise dos dispositivos preceituados acima, vale ressaltar que há a necessidade de conferir ao ordenamento jurídico uma interpretação sistemática dos seus dispositivos legais, ocorrendo uma melhor e mais efetiva prestação jurisdicional nos diversos ramos do direito.

Entretanto, o que se almeja é que o magistrado, por força do poder que lhe é atribuído, se valha de todos os meios necessários para a efetivação da tutela jurisdicional apta a reparar e combater o dano. Conforme explanado, há previsão na lei processual acerca da possibilidade de atuação ex officio do magistrado, objetivando a proteção do ordenamento jurídico, logo, sejam concretizadas as finalidades estipuladas pela Constituição de 1988 (LIMA, 2013).

Os dispositivos legais preceituados acima sustentam a possibilidade da fixação ex officio pelo magistrado de indenizações quando configurada a prática do dumping social na seara trabalhista, possuindo amparo nos princípios e direitos constitucionais.

No entanto, para que ocorra uma decisão concedida ex officio pelo magistrado que condena o pagamento de indenização por dumping social trabalhista, é necessário trazer como um dos preceitos principais o combate ao dano existente, ou seja, deverão existir critérios coerentes para a fixação desta indenização, não se valendo apenas da arbitrariedade e da não razoabilidade.

#### **4.4 A Adequação das Normas Trabalhistas como uma Forma de Evitar a Prática do Dumping Social**

Depois de configurada a prática do dumping social em demandas trabalhistas e na qual esta gerou danos ao empregado e

a sociedade, é imprescindível que se adote medidas adequadas e preventivas, objetivando o não retrocesso do cumprimento dos direitos trabalhistas em sua integralidade, ou seja, a partir do momento que se é fixado uma indenização pela prática do dumping social, é extremamente necessário que a empresa sobrevenha a ter a responsabilidade social e legal perante o seus trabalhadores.

Todavia, há divergência doutrinária sobre a aplicação da flexibilização das normas trabalhistas, nesse sentido aduz Gracielle Auxiliadora dos Santos (2011, p.28):

*Definir flexibilização é tarefa complexa e complicada, já que o termo é usado em diversos sentidos. Ao extremo há os que defendam "flexibilização" ser sinônimo de "desregulamentação", o que representaria o fim da norma protetora, o sistema ficaria a cargo de estabelecer as condições do contrato trabalhista. Outros defendem que é preciso garantir o mínimo de direitos trabalhistas, porém dar maiores possibilidades de negociação entre as partes envolvidas no pacto jus laboral. Assim, em termos gerais, flexibilizar seria dar maior maleabilidade aos limites que regem a relação trabalhista.*

Entretanto, para que a adequação das normas trabalhistas seja aplicada com uma das formas de se evitar a prática dumping social, é coerente que seja sobreposto o posicionamento doutrinário em que essa "flexibilização" das normas na esfera trabalhista serviria como um garantidor mínimo dos direitos trabalhistas, ou seja, a empresa aplicaria o método de adequação das normas trabalhistas ao invés de deixar de cumprir os direitos trabalhistas previstos constitucionalmente.

Em relação à valorização do trabalho e a flexibilização diante da Constituição de 1988, afirma Santos (2011, p.33-34):

*Em vários artigos, dentre eles o art. 7º, o legislador elenca direitos constitucionais dos trabalhadores e mostra a importância da valorização do trabalho. Portanto, diante de uma constituição protetiva e de difícil alteração existe um claro limite constitucional à flexibilização [...]. Contudo, mesmo nossa Constituição Federal de 1988 tendo caráter rígido permite negociação entre as partes interessadas quanto à redução dos salários, compensação de jornadas e turnos ininterruptos de revezamento. Assim, de certa forma o art. 7º incisos VI, XIII e XIV permitem, respectivamente, de certa forma a flexibilização. Discute-se a possibilidade de redução do salário, porém ainda na Constituição de 1988 é garantido o salário mínimo aos trabalhadores.*

No entanto, a própria Constituição Federal de 1988 assegurou a possibilidade de flexibilização quando verificado a vontade do empregado e partindo do pressuposto de negociação entre as partes. Deste modo, a adequação das normas trabalhista seria uma forma de evitar prejuízos futuros ao empregado, logo, optando pela flexibilização dos direitos trabalhista, o empregado ficaria menos vulnerável a sofrer prejuízos no que tange as verbas trabalhistas, evitando o possível descumprimento desses acordos por parte da empresa.

Em relação ao papel dos Sindicatos perante a adequação das normas trabalhistas, explana Santos (2011, p.34):

*Os sindicatos tem papel fundamental para valorização e defesa do trabalho. Sindicato pode ser entendido como uma associação laboral para defender interesses coletivos de sua classe, assim é clara a ideia de representatividade. Diante da flexibilização é inegável observar que aumentaria-se muito o poder de negociação dos sindicatos através das convenções e acordos coletivos de trabalho, contudo vale os sindicatos brasileiros são descentralizados o que acaba por criar uma classe de sindicatos fortes e outra de sindicatos fracos, e, na maioria das vezes não há união entre eles como ocorre nas greves solidárias de alguns países europeus. A representatividade precisa passar por mudanças e ser fortalecida antes de encarar uma possível flexibilização.*

Portanto, este instituto da adequação das normas trabalhistas apresentaria como finalidade a prevenção de possíveis descumprimentos dos direitos trabalhistas, implantando medidas que iriam apenas flexibilizar os limites da relação trabalhista, garantindo constantemente o cumprimento dos direitos trabalhistas, evitando assim a prática deliberada do dumping social trabalhista.

De tal modo, a adequação das normas trabalhistas como uma forma de evitar a prática do dumping social, resultaria maior liberdade de transação das normas trabalhistas, ou seja, a empresa tomaria a liberdade de negociar os direitos específicos de cada categoria diretamente com o empregado ou o sindicato no qual ele faz parte, proporcionando a adoção de meios inovadores e, ao mesmo tempo, seguros, para que haja a eficácia na aplicação das normas trabalhistas em sua integralidade.

#### **4.5 Projeto de Lei nº 1.615/2011**

O dumping social não está previsto na legislação trabalhista brasileira. Contudo foi instituído o Projeto de Lei nº 1.615 apresentado em 15 de junho de 2011 pelo Deputado Federal Carlos Gomes Bezer-

ra e traz por escopo a regulamentação do dumping social no âmbito trabalhista, fixando indenização e multa administrativa para a empresa que pratique concorrência desleal, descumprindo a legislação trabalhista para oferecer seu produto com preço melhor.

Atualmente o Projeto de Lei que irá regulamentar a prática do dumping social trabalhista se encontra em Pauta na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP).

O Projeto de Lei nº 1.615 (BRASIL, 2011) apresenta em seus dispositivos os seguintes conteúdos:

*O Congresso Nacional decreta:*

*Art. 1º Configura "dumping social" a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favorece comercialmente a empresa perante sua concorrência.*

*Art. 2º A prática de "dumping social" sujeita a empresa a:*

*a) pagamento de indenização ao trabalhador prejudicado equivalente a cem por cento por cento dos valores que deixaram de ser pagos durante a vigência do contrato de trabalho;*

*b) pagamento de indenização a empresa concorrente prejudicada equivalente ao prejuízo causado na comercialização de seu produto;*

*c) pagamento de multa administrativa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) por trabalhador prejudicado, elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser recolhida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.*

*Art. 3º O juiz de ofício, a pedido da parte, de entidade sindical ou do Ministério Público pode declarar a prática do "dumping social", impondo a indenização e a multa estabelecidas nas alíneas "a" e "c" do art. 2º.*

*Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.*

Sobre a duração da tramitação do Projeto de Lei nº 1.615/2011 até alcançar a sua conclusão, disserta Mona Hamad Leoncio (2013):

*[...] é provável que a edição de lei demore a ocorrer, dada a grande polêmica envolvendo o tema. Uma das justificativas do projeto, além do propósito de coibir a prática do dumping social, consiste em trazer segurança jurídica a um cenário marcado por entendimentos jurisprudenciais e doutrinários extremamente díspares.*

Tal Projeto de Lei tem como justificativa a regulamentação de um tema que vêm provocando discussões díspares no âmbi-



to da Justiça do Trabalho, evitando a prática do dumping social no âmbito trabalhista. Há entendimentos jurisprudências sobre a matéria em questão, mas segundo criador do Projeto de Lei nº 1.615/2011, é temerário deixar a regulamentação da matéria por conta apenas do longo caminhar da jurisprudência.

Todavia, existem entendimentos jurisprudências diversos sobre a prática do dumping social, logo, resultando em interpretações judiciais conflitantes, daí a maior necessidade de avaliar a criação do presente Projeto de Lei, alcançando um consenso da regulação da matéria.

A Constituição Federal de 1988 e Consolidação das Leis do Trabalho garantem os direitos trabalhistas em sua integralidade, assim na falta de uma regulamentação específica sobre o dumping social, as relações trabalhistas devem se respaldar e utilizar tais legislações por analogia, propondo medidas justas e oportunas, impedindo a geração de danos não apenas ao empregado, mas todos aqueles que foram atingidos indiretamente pela prática do dumping social.

Por fim, conclui-se que a aprovação do Projeto de Lei nº 1.615/2011 prevê severas punições para a prática do dumping social, originando amplos benefícios para a classe trabalhadora, essa diversas vezes prejudicada pelos abusos cometidos pelos empregadores. Bem como trará benefícios à sociedade em geral, principalmente para os demais empregadores que cumprem os direitos trabalhistas em sua integralidade e não coadunam para a prática do dumping social, evitando assim a disparada concorrência desleal.

## **5 O DUMPING SOCIAL E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, consagra como uma dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. A Carta Magna foi a primeira das Constituições a consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento, elevando-a em um patamar principal. Conforme conceituado no capítulo anterior, o princípio da dignidade da pessoa humana deve estar presente em todos os ramos do direito e principalmente com vasta aplicação na seara trabalhista, possuindo um caráter intrínseco ao ser humano.

Sobre a inserção deste princípio na Constituição Federal de 1988, aduz Amanda Helena Guedes Azeredo (2011, p.33):

*Percebe-se, desta feita, que o texto constitucional preocupou-se em valorizar o indivíduo, valorizando os direitos do trabalhador e a dignidade da pessoa humana, dando a eles o status de direito fundamental, constitucionalmente garantido. A dignidade passou, portanto, a ser princípio,*

*fundamento e objetivo do Estado brasileiro. É um valor supremo, que deve orientar toda a sociedade brasileira e que permeia todo o ordenamento jurídico pátrio, seja em sua elaboração, seja em sua interpretação, seja em sua efetivação e vivência. O Estado deve existir para o homem.*

Pontifica o autor Paulo Lobo sobre a conceituação da dignidade nos dizeres de Immanuel Kant (2002 citado por FERRAZ, 2011, p.37):

*[...] A dignidade é tudo que não tem preço, segundo conhecida e sempre atual formulação de Immanuel Kant que procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.*

Na lição de Alexandre de Moraes (2003 citado por FERRAZ, 2011, p.37):

*[...] A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que às pessoas 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.*

As relações trabalhistas, sem exceção, necessitam continuamente preservar e resguardar a dignidade da pessoa humana do trabalhador, evitando qualquer situação que afronte e despreze o trabalhador como um ser humano digno e que tenha direito a uma relação trabalhista solidificada.

Nas palavras do ilustre doutrinador Maurício Godinho Delgado (2004 citado por MIRAGLIA, 2009, p.150) em relação à dignidade da pessoa humana como afirmação social do ser humano:

[...] a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego.

Nesse argumento, o Direito do Trabalho consolida-se como o principal meio de concretização da dignidade da pessoa humana, oferecendo a possibilidade da inclusão do trabalhador na sociedade capitalista, suscitando uma igualdade a todos os detentores desses direitos. Todavia, a Constituição Federal de 1988 elegeu a Norma Fundamental a dignidade da pessoa humana com um dos seus fundamentos (MIRAGLIA, 2009).

Contudo, há situações trabalhistas que afrontam a dignidade humana do empregado, exemplo disso é a prática do dumping social, incorrendo no desrespeito dos direitos mínimos do trabalhador, impedindo a efetivação da valorização do trabalho e principalmente a figura do trabalhador.

No posicionamento de Ozorio (2013, p.15) sobre a ligação do trabalho com a dignidade da pessoa humana:

[...] o trabalho é parte integrante dos elementos da dignidade da pessoa humana, fazendo com que a condição de trabalhador no contexto das relações de trabalho deve ser reconhecido como função social por analogia à condição de exercício pleno de cidadania.

Complementa André Araujo Molina (2010, p.183-184):

A dignidade humana, tanto de trabalhadores quanto de empregadores, deve ser o limite sobre o qual o intérprete não consegue saltar, seja ela legislador ou juiz. É a dignidade humana o núcleo rígido dos direitos fundamentais, balizando a atividade de restrição àqueles direitos, que ocupam a for-

ma de princípios. Essa seria a vertente de eficácia negativa ou protetiva da dignidade da pessoa humana, sem se esquecer de sua eficácia positiva, a qual exige que os poderes públicos, e os particulares em alguma medida, comportem-se positivamente na implementação da pauta constitucional de proteção dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Mina Kaway e Pedro Walter G. Tang Vidal (2013, p.18) sobre o evento do dumping social e o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana: "A prática do "dumping social" é inegavelmente conhecida, disseminada e institucionalizada. Seus efeitos são devastadores. Encaminham um processo de desenvolvimento decrescente e desrespeitam direitos humanos basilares".

O sentido do Direito do Trabalho deve-se basilar no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme aduz Livia Mendes Moreira Miraglia (2009, p.152):

Ressalta-se que o sentido do Direito do Trabalho – a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e a determinação do mínimo existencial – deve ser interpretado para todos os trabalhadores, pois o ordenamento jurídico pátrio não concebe a existência de ninguém em situações aquém do seu princípio básico: a dignidade da pessoa humana.

A não valorização do trabalho através do descumprimento dos direitos trabalhista, afronta à realização plena da dignidade humana, logo, a existência digna é intensamente ligada à valorização do trabalho. Entretanto a ausência de trabalho digno afeta tanto o trabalhador como também o seu grupo familiar e social.

De fato, o Direito do Trabalho é posto no Ordenamento Jurídico como o instrumento mais eficaz de inclusão do homem da sociedade capitalista moderna. E a aplicabilidade da dignidade da pessoa humana diz respeito aos meios necessários para a afirmação do ser humano enquanto parte integrante da sociedade. Deste modo, tanto o Direito do Trabalho quanto o princípio da dignidade da pessoa humana sustentam a afirmação de um patamar mínimo existencial nas relações trabalhistas, efetivando os direitos trabalhistas e conferindo situações dignas, e por fim solidificando a valorização do trabalho (MIRAGLIA, 2009).

Conclui-se que a prática do dumping social trabalhista é um atentado direto a dignidade do empregado, resultando diferentes danos pelo descumprimento dos preceitos mínimos trabalhistas previstos na Constituição Federal de 1988. Por outro lado, os atos praticados pelo empregador devem ser totalmente respaldados no princípio da dignidade da pessoa humana, assim, o cumprimento dos direitos trabalhistas deve percorrer lado a lado ao princípio fundamental em questão.



## **6 JULGADOS SOBRE A PRÁTICA DO DUMPING SOCIAL NO ÂMBITO TRABALHISTA**

Em relação à configuração ou presunção da prática do dumping social no âmbito trabalhista, há decisões dos nossos Tribunais a favor da matéria em questão, condenando a indenização por dumping social e a reparação pelo desrespeito aos direitos trabalhistas. Segue as decisões:

*INDENIZAÇÃO POR "DUMPING SOCIAL". Tendo a reclamada agido de forma reiterada e sistemática na precarização e violação de direitos, principalmente os trabalhistas, o entendimento referente à indenização por dano social é plenamente aplicável e socialmente justificável para a situação que estabeleceu na presente demanda. Dessa forma, afigura-se razoável, diante da situação verificada nos autos, que a reclamada seja condenada ao pagamento de indenização a título de dumping social. (...)*

*(TRT-4 - RO: 1310006320095040005 RS 0131000-63.2009.5.04.0005, Relator: RICARDO CARVALHO FRAGA, Data de Julgamento: 08/06/2011, 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)*

*EMENTA: REPARAÇÃO EM PECÚNIA - CARÁTER PEDAGÓGICO - DUMPING SOCIAL - CARACTERIZAÇÃO - Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização da mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas são algumas modalidades exemplificativas do denominado dumping social, favorecendo em última análise o lucro pelo incremento de vendas, inclusive de exportações, devido à queda dos custos de produção nos quais encargos trabalhistas e sociais se acham inseridos. "As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido 'dumping social'" (1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado nº 4). Nessa ordem de idéias, não deixam as empresas de praticá-lo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, quando infringem comezinhos direitos trabalhistas na tentativa de elevar a competitividade externa. "Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem deri-*

*vada da redução do custo de mão-de-obra é injusta, desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza" (LAFER, Celso - "Dumping Social", in Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger, LTR, São Paulo, 1994, p. 162). Impossível afastar, nesse viés, a incidência do regramento vertido nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, a coibir - ainda que pedagogicamente - a utilização, pelo empreendimento econômico, de quaisquer métodos para produção de bens, a coibir - evitando práticas nefastas futuras - o emprego de quaisquer meios necessários para sobrepujar concorrentes em detrimento da dignidade humana.*

*(TRT 3ª Região. 00866-2009-063-03-00 RO. Quarta Turma. Belo Horizonte, 19 de agosto de 2009. Desembargador Relator Júlio Bernardo do Carmo).*

*EMENTA: DANO SOCIAL ("DUMPING SOCIAL"). IDENTIFICAÇÃO: DESRESPEITO DELIBERADO E REITERADO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. REPARAÇÃO: INDENIZAÇÃO "EX OFFICIO" EM RECLAMAÇÕES INDIVIDUAIS. Importa compreender que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse compromisso, fixado em torno da eficácia dos Direitos Sociais, se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando, também, um pacto para a preservação da paz mundial. Esse capitalismo socialmente responsável perfaz-se tanto na perspectiva da produção de bens e oferecimento de serviços quanto na ótica do consumo, como faces da mesma moeda. Deve pautar-se, também, por um sentido ético, na medida em que o desrespeito às normas de caráter social traz para o agressor uma vantagem econômica frente aos seus concorrentes, mas que, ao final, conduz todos ao grande risco da instabilidade social. As agressões ao Direito do Trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador muitas vezes se*

vale para obter vantagem na concorrência econômica com relação a vários outros empregadores. Isto implica dano a outros empregadores não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista, ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma. Resultado: precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção. O desrespeito deliberado, inescusável e reiterado da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade. Óbvio que esta prática traduz-se como "dumping social", que prejudica a toda a sociedade e óbvio, igualmente, que o aparato Judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica na perspectiva individual, o que representa um desestímulo para o acesso à justiça e um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica. Assim, nas reclamações trabalhistas em que tais condutas forem constatadas (agressões reincidentes ou ação deliberada, consciente e economicamente inescusável de não respeitar a ordem jurídica trabalhista), tais como: salários em atraso; salários "por fora"; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS (muitas vezes com utilização fraudulenta de terceirização, cooperativas de trabalho, estagiários, temporários, pejetização etc.); não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc., deve-se proferir condenação que vise a reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, fixada "ex officio" pelo juiz da causa, pois a perspectiva não é a da mera proteção do patrimônio individual, sendo inegável, na sistemática processual ligada à eficácia dos Direitos Sociais, a extensão dos poderes do juiz, mesmo nas lides individuais, para punir o dano social identificado.

(TRT-15 - RO: 29995 SP 029995/2012, Relator: JORGE LUIZ SOUTO MAIOR, Data de Publicação: 27/04/2012)

DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO. DANO SOCIAL. A contumácia da Reclamada em descumprir a ordem jurídica trabalhista atinge uma grande quantidade de pessoas, disso se valendo o empregador para obter vantagem na concorrência econômica com outros empregadores, o que implica dano àqueles que cumprem a legislação. Esta prática, denominada 'dumping social', prejudica toda a sociedade e configura ato ilícito, por tratar-se de exercício abusivo do direito, já que extrapola os limites econômicos e sociais, nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. A punição do agressor contumaz com uma indenização suplementar, revertida a um fundo público, encontra guarida no art. 404, § único, do Código Civil e tem caráter pedagógico, com o intuito de evitar-se a reincidência na prática lesiva e surgimento de novos casos.

(TRT-18 539200919118007 GO 00539-2009-191-18-00-7, Relator: ELZA CÂNDIDA DA SILVEIRA, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III, Nº 212 de 20.11.2009, pág.14.)

Há também decisões dos Tribunais que inadmitem a indenização por dumping social trabalhista fixada ex officio pelo magistrado. Exemplo disso foi o caso da empresa CPM Braxis S.A absolvida pela Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) da condenação ao pagamento de indenização de R\$ 200 mil a título de dumping social.

A Turma entendeu que a condenação, fixada de ofício, ou seja, sem que houvesse pedido explícito do trabalhador pela 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre em R\$ 400 mil e logo depois reduzida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa previstos na Constituição da República de 1988.

Conforme dispõe o julgado:

RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. SÚMULA N.º 219 DO TST. Na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios são disciplinados por legislação própria, ficando a sua percepção condicionada ao preenchimento das exigências contidas no art. 14 da Lei n.º 5.584/1970. Estando o Reclamante assistido por advogado particular, não se verifica o correto preenchimento dos requisitos em questão, sendo indevida a verba honorária, nos termos do disposto na Súmula n.º 219 do TST.



*JULGAMENTO -EXTRA PETITA-. -DUMPING- SOCIAL. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. A caracterização do -dumping- social exige a identificação da prática antissocial e desleal da empresa relacionada a outros fatores, tais como a reiteração destes atos, a potencialidade e a repercussão de danos a terceiros e o porte da empresa, inclusive para fins de arbitramento do valor da indenização a ser estabelecida. Nesse contexto, entendendo que o decidido, a partir de pedido formulado pelo Autor e de cunho estritamente pessoal, restringiu a possibilidade de defesa da parte demandada quanto aos demais aspectos relativos à caracterização do -dumping-, uma vez que não suscitada referida questão desde a inicial. Constata-se, portanto, que a condenação de ofício violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV, da CF/88), bem como os arts. 128 e 460 do CPC. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.*

*(Processo RR-131000-63.5.04.0005. Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing).*

Nos últimos anos alguns casos ganharam destaque na mídia pela prática do dumping social na esfera trabalhista, a exemplo das condenações da rede Magazine Luiza (Processo: 0001993-11.2011.5.15.0015). Conforme aponta o Site Migalhas (2013):

*O TRT da 15ª região manteve a condenação da empresa varejista Magazine Luiza S.A ao pagamento de R\$ 1,5 milhão pela prática de dumping social. Decisão, que nega provimento a recurso da empresa em ACP movida pelo MPT em Ribeirão Preto/SP, confirma sentença da 1ª vara do trabalho de Franca/SP, com base no resultado de inspeções realizadas por fiscais do trabalho em diferentes estabelecimentos da empresa, em diversos municípios paulistas. O Magazine Luiza foi alvo de 87 autuações, principalmente por submeter funcionários a jornadas de trabalho excessivas e desrespeitar intervalos legalmente previstos. Os expedientes passavam de 12 horas, em virtude de serviços inadiáveis; os empregados trabalhavam aos domingos, sem amparo de convenção coletiva; os intervalos para repouso/alimentação e o descanso semanal não eram concedidos e o registro de ponto era irregular.*

Aponta-se que as primeiras condenações tenham sido proferidas no ano de 2008, o que não significa que a responsabilidade pela prática do dumping social seja assunto já consolidado em nosso Ordenamento Jurídico, assim, resta muita análise sobre essa prática reiterada do descumprimento dos direitos trabalhistas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo buscou demonstrar à construtiva e importante evolução histórica dos direitos trabalhistas no mundo e no Brasil, alcançado amplas garantias ao trabalhador e assegurando-a uma vida mais digna e socialmente aceitável. Os direitos trabalhistas evoluíram junto às necessidades da sociedade e o trabalhador passou a ser respeitado como um cidadão digno e junto a ele as necessidades de melhorias para suas famílias.

Com a criação de diplomas legais para a regulamentação das relações trabalhistas, surgiu também a necessidade de instituir os princípios constitucionais e específicos, objetivando melhorias contínuas e eficazes nas relações trabalhistas. Logo, os princípios que regem o direito do trabalho possuem função essencial nas relações trabalhistas, através dele os direitos trabalhistas ganham mais força no que diz respeito a sua aplicabilidade.

Desta forma, devido a grande evolução dos direitos trabalhistas e as garantias constitucionalmente previstas ao empregado, a Justiça do Trabalho passou a ter um papel essencial na efetivação desses direitos legalmente previstos. Logo, as demandas trabalhistas aumentaram e as buscas pelos direitos eram fortemente arraigadas pelos trabalhadores.

Diante dessas inúmeras demandas trabalhistas e a necessidade do cumprimento dos direitos trabalhistas em sua integralidade por parte da empresa, iniciou-se recentemente o chamado dumping social na esfera trabalhista, considerada uma forma de agressão aos direitos trabalhistas e sociais, estes incorporados a Constituição Federal de 1988.

Os direitos sociais foram instituídos como uma forma de proteção efetiva dos direitos básicos de toda a coletividade, e nestes casos específicos, demonstrando a necessidade do cumprimento dos direitos básicos trabalhistas pelos empregadores nas relações trabalhistas.

Portanto, a prática do dumping social, são todos os atos intencionais e repetidos, de empresas que buscam aumentar sua competitividade em prejuízo dos direitos dos trabalhadores. Incurrendo assim para a geração da concorrência desleal, beneficiando apenas a empresa que pratica o dumping social, mas que causa graves prejuízos aos trabalhadores, empresas concorrentes, comunidades no entorno da empresa e, portanto, toda a sociedade.

Em torno do contexto sobre a prática do dumping social, verifica-se uma questão polêmica e com posicionamentos divergentes,



tratando-se da imposição de indenização ex officio pelo magistrado, ou seja, ocorre a condenação pela prática do dumping social trabalhista sem que ocorra previamente o pedido pelas partes. ,

Entretanto, apesar dos posicionamentos distintos, para que ocorra uma decisão concedida ex officio pelo magistrado que condena o pagamento de indenização por dumping social trabalhista, é necessário trazer como um dos preceitos principais o combate ao dano existente, ou seja, deverão existir critérios coerentes para a fixação desta indenização, não se valendo apenas da arbitrariedade e da não razoabilidade.

Além disso, cabe ao judiciário, ter limpidez em suas decisões quando verificada a prática do dumping social trabalhista, dando grande importância ao fator pedagógico e punitivo dessas empresas praticantes desse ato fraudulento, impedindo assim que as mesmas permaneçam desrespeitando a legislação trabalhista, esta possuidora de amparo constitucional.

O presente estudo ainda buscou demonstrar sobre o método de adequação das normas trabalhistas como um meio de se evitar a prática do dumping social, apresentando a prevenção de possíveis descumprimentos dos direitos trabalhistas, implantando medidas que iriam apenas flexibilizar os limites da relação trabalhista, garantindo constantemente o cumprimento dos direitos trabalhistas, evitando assim a prática deliberada do dumping social trabalhista.

Atualmente está em tramitação o Projeto de Lei nº 1.615 de 2011 instituído pelo Deputado Federal Carlos Gomes Bezerra que traz por escopo a regulamentação do dumping social no âmbito trabalhista, fixando indenização e multa administrativa para a empresa que pratique concorrência desleal, descumprindo a legislação trabalhista para oferecer seu produto com preço melhor.

Deste modo, a regulamentação e a implantação de indenizações quando verificado a prática do dumping social trabalhista, impedirá que os trabalhadores sejam explorados e submetidos a condições degradantes de trabalho, muitas vezes tratados como escravos, não possuindo sequer uma condição digna no ambiente de trabalho.

A prática do dumping social trabalhista é um atentado direto a dignidade da pessoa humana, resultando diferentes danos pelo descumprimento dos preceitos mínimos trabalhistas previstos na Constituição Federal de 1988. Assim, o cumprimento dos direitos trabalhistas necessita percorrer lado a lado a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em virtude da importância e essencialidade do direito do trabalho na sociedade, a prática do dumping social trabalhista resulta danos de natureza social, moral e material, não apenas aos empregados diretamente atingidos, mas toda a sociedade. No entanto, uma vez configurada a prática do dumping social pelo magistrado, deve este fixar a indenização que for cabível, sendo que tal decisão deve ser fundamentada, cumprindo o caráter repara-

tório, punitivo e pedagógico, não se valendo o magistrado apenas da arbitrariedade e da não razoabilidade.

Sobre a destinação dos recursos provenientes das indenizações por dumping social trabalhista, é plausível que esses sejam revertidos para a coletividade e não apenas para o autor da demanda individual, evitando possíveis enriquecimentos ilícitos por parte do autor da demanda. Deste modo, o dano social seria revertido para a sociedade enquanto o dano moral e material seria destinado exclusivamente ao empregado atingido pela prática do dumping social. Assim, tais atitudes sustentará a valorização do trabalho humano bem como sua dignidade.

Conclui-se, que a prática do dumping social no âmbito trabalhista cada vez mais é discutida na Justiça do Trabalho, despertando especial atenção da coletividade, tendo em vista que os seus efeitos são devastadores a classe trabalhista e também a sociedade. Assim, as indenizações expostas visam reparar os danos causados e prevenir para que tal prática não se reincida na seara trabalhista. Todavia, até que se alcance uma regulamentação legal sobre a matéria do dumping social, as leis protetoras dos direitos trabalhistas e as jurisprudências existentes, fortalecem a necessidade do cumprimento dos direitos trabalhistas e também a valorização da dignidade da pessoa humana do trabalhador, visando à punição dos empregadores que desrespeitam a legislação trabalhista reiterada e deliberadamente.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Cleyde Guerra de. Assédio, Danos Morais e Patrimoniais - Os Diversos Aspectos nas Relações de Trabalho. Disponível em: <[http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/k210556.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k210556.pdf)>. Acesso em: 18 set 2013.

AZEREDO, Amanda Helena Guedes. Assédio Moral nas Relações de Emprego: uma leitura do psicoterror a luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Belo Horizonte: 2011. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_Azeredo AH\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Azeredo AH_1.pdf)>. Acesso em: 26 nov 2013. Cap. III.

BARRAL, Welber. Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 395 apud MASSI, Juliana Machado. O Dumping e a Concorrência Empresarial. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XI-VCongresso/075.pdf>>. Acesso em: 24 out 2013.

BARBOSA, Gustavo Henrique Cisneiros. Encíclica Rerum Novarum e o Direito do Trabalho. Site Jus Navigandi apud VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Principiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 10ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.



- \_\_\_\_\_. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 apud VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Princiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 apud VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Princiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 apud VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Princiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.
- \_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937 apud VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Princiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.
- \_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 apud VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Princiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967 apud VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Princiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 10ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- \_\_\_\_\_. Enunciados Aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho de 23 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireito.pdf>>. Acesso em: 15 nov 2013.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 7.998 de 11 de janeiro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7998.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm)>. Acesso em: 23 nov 2013.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 10ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 10ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- \_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 1.615 de 15 de junho de 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=098A634A8549DB79FA6AF56BE8FACAE1.node2?codteor=889754&filename=PL+1615/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=098A634A8549DB79FA6AF56BE8FACAE1.node2?codteor=889754&filename=PL+1615/2011)>. Acesso em: 15 nov 2013.
- CESARINO JÚNIOR, A. F. Direito Social. São Paulo: Editora LTr, 1980 apud VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Princiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006. Cap. III, IV e VI.
- \_\_\_\_\_. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004 apud MIRAGLIA, Lúvia Mendes Moreira. O Direito do Trabalho como Instrumento de Efetivação da Dignidade Social da Pessoa Humana no Capitalismo. Belo Horizonte: 2009. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_79/livia\\_mendes\\_moreira\\_miraglia.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/livia_mendes_moreira_miraglia.pdf)>. Acesso em: 19 ago de 2013.
- DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa 2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/dumping>>. Acesso em: 28 out 2013.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso Crítico de Direito do Trabalho - Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. II e VI.
- FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família. Curitiba: Juruá, 2011. Cap. I.
- KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. Dumping Social: As Normas de Trabalho e sua Relação com o Comércio Internacional. Disponível em: <<http://www.declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>>. Acesso em: 10 set 2013.
- LEONCIO, Mona Hamad. Remanescem Espaços para Delineamento do Dumping Social. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-13/mona-leoncio-remanescem-espacos-delineamento-dumping-social>>. Acesso em: 13 nov 2013.
- LIMA, Talita da Costa Moreira. Responsabilidade Civil pela Prática do Dumping Social. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1912/1450>>. Acesso em: 18 set 2013.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes Temas da Atualidade - Dano Moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 354 apud FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família. Curitiba: Juruá, 2011. Cap. I.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. Dumping Social nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2012.
- \_\_\_\_\_. O Dano Social e sua Reparação. RDT. n.12, nov/2007 apud LIMA, Talita da Costa Moreira. Responsabilidade Civil pela Prática do Dumping Social. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1912/1450>>. Acesso em: 18 set 2013.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Fundamentos de Direito do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. Cap. I e VI.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. O manifesto comunista. Edição: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003, apud VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Princiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.

MASSI, Juliana Machado. O Dumping e a Concorrência Empresarial. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/075.pdf>>.

Acesso em: 24 out 2013.

\_\_\_\_\_: VILLATORE, Marco Antônio César. Nova Análise sobre a Crise Econômica Mundial: a prática do dumping social como alternativa de sobrevivência comercial e a necessidade de enlace do Direito do Trabalho no Comércio Internacional. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1373b284bc381890>>. Acesso em: 02 nov 2013.

MIGALHAS. Magazine Luiza pagará R\$ 1,5 mi por dumping social. Publicado em 5 nov 2013. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI189742\\_41046-Magazine+Luiza+pagara+R+15+mi+por+dumping+social](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI189742_41046-Magazine+Luiza+pagara+R+15+mi+por+dumping+social)>. Acesso em: 15 nov 2013.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O Direito do Trabalho como Instrumento de Efetivação da Dignidade Social da Pessoa Humana no Capitalismo. Belo Horizonte: 2009. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_79/livia\\_mendes\\_moreira\\_miraglia.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/livia_mendes_moreira_miraglia.pdf)>. Acesso em: 19 ago de 2013.

MODENA, Ana Isabel; SILVA, Alexandre Antônio Bruno da. O mercado como instrumento para a garantia da democracia no mundo globalizado. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2231.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2231.pdf)>. Acesso em: 22 mar 2013 apud OZORIO, Cláudia M. Dumping Social e o Dano Moral na Relação de Trabalho. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/artigos/ed5-6.pdf>>. Acesso em: 10 set 2013.

MOLINA, André Araújo. Teoria dos Princípios Trabalhistas: A Inserção do Direito do Trabalho no Modelo Metodológico Pós-Positivista. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=11037](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=11037)>. Acesso em: 18 set 2013.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.128 apud FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família. Curitiba: Juruá, 2011. Cap. I.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: LTr, 2003. Cap. I, II e VIII.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito do Trabalho. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. I e VI.

OZORIO, Cláudia M. Dumping Social e o Dano Moral na Relação de Trabalho. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/artigos/ed5-6.pdf>>. Acesso em: 10 set 2013.

PAIVA, Rodrigo Cambará Arantes Garcia de; GUSMÃO, Xerxes. A Reparação do Dano Moral nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2008. Cap.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Dumping social ou delinquência patronal

na relação de emprego?. Brasília: Revista TST, 2011, V. 77, n.3, p.136-153 apud OZORIO, Cláudia M. Dumping Social e o Dano Moral na Relação de Trabalho. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/artigos/ed5-6.pdf>>. Acesso em: 10 set 2013.

SANTOS, Gracielle Auxiliadora dos. O Direito do Trabalho em Face à Flexibilização das Normas Trabalhistas - Avanço ou Retrocesso?. Belo horizonte: 2011. Disponível em: <[https://docs.google.com/document/d/1yljxOmY1ocG\\_1tHveObEIXT4Ku1my2qn3il2qXb-vcWc/edit](https://docs.google.com/document/d/1yljxOmY1ocG_1tHveObEIXT4Ku1my2qn3il2qXb-vcWc/edit)>. Acesso em: 15 nov 2013.

SILVA, Hebe Mara Sá. Danos Morais na Fase Pré-Contratual das Relações Individuais Trabalhistas. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hebe\\_mara\\_sa\\_silva.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hebe_mara_sa_silva.pdf)>. Acesso em: 18 set 2013.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas e TEXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000 apud VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Principiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO: 4ª Região. 0131000-63.2009.5.04.0005 RO. Relator Ricardo Carvalho Fraga. 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, 08 de junho de 2011. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19573258/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1310006320095040005-rs-0131000-632009504000-5>>. Acesso em: 15 nov 2013.

\_\_\_\_\_: 3ª Região. 00866-2009-063-03-00 RO. Quarta Turma. Belo Horizonte, 19 de agosto de 2009. Relator: Desembargador Júlio Bernardo do Carmo. Disponível em: <<http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com.br/2009/10/jurid-reparacao-em-pecunia-carater.html>>. Acesso em: 15 nov 2013.

\_\_\_\_\_: 15ª Região. RO: 29995 SP 029995/2012. Processo 0049300-51-2009-5-15-0137. Relator: Jorge Luiz Souto Maior. São Paulo. Data da Publicação 27 de abril de 2012. Disponível em: <<http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21586812/recurso-ordinario-ro-29995-sp-029995-2012-trt-15>>. Acesso em: 15 nov 2013.

\_\_\_\_\_: 15ª Região. 1ª Vara do Trabalho de Franca. Reclamatória Trabalhista nº 0001993-11.2011.5.15.001 de 12/07/2012. Juiz do Trabalho Eduardo Souza Braga. Disponível em: <<http://mic.imed.edu.br/2013/wp-content/plugins/SubmissaoMIC/files/523f5516e67ce.pdf>>. Acesso em: 15 nov 2013.

\_\_\_\_\_: 18ª Região. 539200919118007 GO 00539-2009-191-18-00-7. Relator: Desembargadora Elza Cândida da Silveira. Goiás. Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III, Nº 212 de 20.11.2009, pág.14. Disponível em: <<http://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18903714/539200919118007-go-00539-2009-191-18-00-7>>. Acesso em: 15 nov 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Quarta Turma. Processo RR-131000-



63.5. 04.0005. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-438721806>>. Acesso em: 15 nov 2013.

VILLATORE, Marco Antônio; GOMES, Eduardo Biacchi. Aspectos Sociais e Econômicos da Livre Circulação dos Trabalhadores e o Dumping Social. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32205-38315-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 set 2013.

VILLELA, Fábio Goulart. Introdução ao Direito do Trabalho - História e Principiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Cap. I, II e IV.

#### **NOTAS DE FIM**

1 Mestre em Direito do Trabalho, advogada e professora universitária do Centro Universitário Newton Paiva e da Fundação Pedro Leopoldo.

2 Advogada e bacharel em Direito pela UNIPAC, unidade de Itabirito/MG.

# ESTADO PLURINACIONAL: UM RECORTE TEMÁTICO BOLIVARIANO

Arthur Dias Duarte<sup>1</sup>

RESUMO: Este artigo trata, de forma breve, acerca do Estado Plurinacional da Bolívia. Para o completo entendimento do tema a ser tratado, optou-se por uma concisa digressão histórica dos temas correlatos, como: a interligação dos direitos humanos com a questão pluralista, o contraditório entre o universalismo e o pluralismo, e a situação da União Europeia nesse contexto. Dessa forma, análises históricas, normativas e sociais encontram-se ao longo do texto.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Plurinacional da Bolívia; Plurinacionalidade; Universalismo; Europa e Diversidade Cultural como Direito Humano.

SUMÁRIO: 1. Introdução: delimitando o objeto de estudo; 2. Breve digressão histórica: temas pertinentes; 3. Sistema mundo: de fato plural?; 4. Direito a diversidade cultural como direito humano; 5. Universalismo vs. Pluralismo; 6. Estado plurinacional da Bolívia; 7. A situação da união europeia; 8. E o Brasil nesse contexto?; 9. Considerações finais; Referências.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Internacional.

---

## 1. INTRODUÇÃO: DELIMITANDO O OBJETO DE ESTUDO

Neste trabalho, pretende-se tratar acerca do novo movimento constitucional internacional, o chamado Estado Plurinacional. Ressaltamos que não pretendemos exaurir, de forma alguma, o tema aqui discutido; uma vez que ele é complexo e apresenta-se em constante mutação.

Para a melhor compreensão da emergência desse novo modelo de Estado, iremos fazer uma breve digressão histórica aos temas pertinentes, bem como apresentaremos, de início uma visão global, para que posteriormente possamos afunilar a linha de pensamento no recorte temático proposto, no caso o Estado Plurinacional da Bolívia.

A linha principal de pensamento desse artigo se conecta com os povos autóctones, ou seja, os povos originários das terras; que tiveram o poder, cultura e tradições usurpadas pelo estrangeiro branco. Fazer-se mister, lembrar, que os povos originários são os maiores interessados em uma ordem jurídica dualista ou plural, mas não são os únicos, como exemplo de outros expoentes, pode-se citar: os ciganos, as comunidades estrangeiras, quilombolas, dentre diversas outras comunidades.

De antemão, adiantamos que o surgimento do Estado Plurinacional não ocorreu repentinamente, como diz o brocardo popular "da noite para o dia"; ele foi fruto de um contínuo processo histórico, marcado por mobilizações da população de baixa renda e dos povos nativos, que reendivavam uma real democracia e a concentração dos recursos nacionais em âmbito nacional.

Há de se ater, também, que o povo bolivariano e equatoriano, possuíram uma carga de coragem e patriotismo consi-

derável, tendo em perspectiva que abdicaram "em parte do atual" contexto de consumismo desenfreado do capitalismo. Dessarte, eles conseguiram abandonar a visão de xenofilia que tinha, a qual concerne em valorizar apenas o outro, o outro ser o superior o melhor em tudo; e o eu ficar como o a evoluir para alcançar o estágio do diferente.

Dessa forma, acreditamos ser possível uma mudança de pensamento, em que não se observe mais o outro como ser inferior ou superior, vislumbrando suas práticas como selvagens ou não. Nessa linha de pensamento, afirma François Laplantine:

*A descoberta da alteridade é a de uma relação que nos permite deixar de identificar nossa pequena província de humanidade com a humanidade, e correlativamente deixar de rejeitar o presumido 'selvagem' fora de nós mesmos. (2009, pg. 23)*

## 2 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA: TEMAS PERTINENTES

Para a contéudística aqui proposta, a qual seja o constitucionalismo internacional. Trabalharemos como ponto inicial o tratado de paz de Westfália (1648), que foi uma série de documentos assinados no contexto europeu afim de por fim a guerra dos trinta anos. Percebe-se que, ainda de forma superficial, pode-se falar em uma união do que viria a ser o velho continente.

Acreditamos que o Direito a Diversidade Cultural só se tornou possível com a consolidação das chamadas das dimensões dos direitos humanos, e posterior vigência dos direitos de terceira dimensão, desse modo, discorrer-se-á, de modo conciso sobre o aparato histórico desses direitos.



Como marco do direito de primeira dimensão, tem-se: a já citada paz de Westfália (1648), o Habeas Corpus Act (1679), o Bill of Rights (1688), a declaração americana (1776) e por fim a declaração francesa (1789). Nesse contexto, cabe destacar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é de grande valia, uma vez que começa a consolidar, de forma bem simples e não vinculante, o primeiro direito humano. Esse é eivado de liberdades individuais, de direitos civis e políticos.

O direito de segunda dimensão apresenta como alicerces a constituição do México (1917) e de Weimar (1919). Já que não apenas repaginaram os direitos de primeira dimensão, como também apresentaram os direitos de segunda dimensão. Destarte, esse direito é composto pelos direitos sociais, culturais e econômicos. Tal necessidade de o estado garantir a eficácia desses direitos, acabar por gerar um inchaço estatal.

Já os direitos de terceira dimensão apresenta como ponto fundador a Segunda Guerra Mundial (1945), a criação da ONU (1948). Essa realidade passa a ser gerenciada por uma estupenda internacionalização, nunca antes vivida. Nesse momento, houve a renovação dos direitos de primeira e segunda dimensão. Os de terceira dimensão são relativos aos direitos à paz, ao desenvolvimento, a propriedade e a vários outros, tendo em vista que são difusos, ou seja, englobam uma gama de direitos basilares, tendo caráter universal.

O eminente doutrinador Paulo Bonavides advoga o pensamento dos direitos de quarta e quinta geração, todavia, não iremos descer a minúcias, já que esse não é o objetivo do referido trabalho.

Discorrido, de forma rápida, mas clarifica os marcos dos direitos humanos, passamos agora para o ponto importante para a América Latina. Para isso, retornaremos ao ano de 1492, época em que Colombo aportou na América. Na visão europeia do fato, houve a descoberta de novas terras aliado a uma missão civilizadora, que teria como objetivo educar os povos nativos. Entretanto, a historiografia aponta que o que de fato ocorreu foi um roubo dos recursos naturais presentes no novo continente e um extermínio dos povos originários, que apesar de serem os detentores da terra, foram exterminados sem qualquer piedade. Tudo isso se deve por um claro e destemido jogo europeu de interesses, tendo como pano de fundo a atuação da burguesia.

Bem, é nesse choque de culturas que surge o problema, que vivenciamos até os dias atuais. Isso tem nome, e se chama etnocentrismo, que é o fato de o "eu" acreditar que é o dono da verdade, e que o ele é inferior. Por não aceitar o outro, vejo ele como não apenas degradante, mas também como um bárbaro, selvagem, que portanto acaba se tornando indesejado. Nessa linha de pensamento, afirma Everaldo P. Guimarães Rocha:

*Etnocentrismo é uma visão do mundo onde o nosso próprio grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos através dos nossos valores, nossos modelos, nossas definições do que é a existência (1988, pg 5).*

De modo a complementar a temática, lembre-se que o etnocentrismo é mais voltada para visão europeia dos "outros" povos. Passemos agora para a visão da xenofilia, a qual está presente em algumas sociedades do chamado mundo em desenvolvimento. Essa é marcada pela demasiada simpatia do que é o estrangeiro, do que é o novo. Essa característica é saudável, porém de forma desmedida percebe-se que significa uma verdadeira negação de si mesmo, e uma tristeza internalizada por não poder ser o outro, que é vislumbrado como o melhor.

Observa-se como fator preponderante para a prática do etnocentrismo e da xenofilia, não apenas as desavenças culturais, mas principalmente o status de "em desenvolvimento ad eternum". De um lado, os europeus acreditam que os demais países devem alcançar o seu nível de complexidade, de outro lado, esses países acabam por crer que devem conquistar o desenvolvimento europeu, por que se não serão rebaixados à categoria de serem os piores.

Uma solução para esse sistemático conflito seria o relativismo, o qual seja deixar o etnocentrismo de lado e passar a levar em consideração a essência do outro, e não apenas o que eu penso ser verdade. Com relação a isso, advoga Everaldo P. Guimarães Rocha:

*Relativizar é sempre mais complicado, pois nos leva a abrir mão das 'certezas' etnocêntricas em nome de dúvidas e questões que obrigam a pensar novos sentidos para a compreensão da sociedade do 'eu' e da sociedade do outro. (1988, pg 22).*

### **3 SISTEMA MUNDO: DE FATO PLURAL?**

Esse tópico se propõe a discutir sobre a globalização, como ela surgiu, como ela afeta nosso cotidiano, e sob o ela se sustenta. Para isso, foi adotado o posicionamento do digníssimo geógrafo Milton Santos. Ele defende que houve duas globalizações: a primeira ocorreu com as navegações marítimas europeias no século XV/XVI, a segunda globalização começou no final do século XX, sendo marcada pelas revoluções tecnológicas.

No século XV tem início a primeira globalização, no contexto em que uma região do mundo busca se conectar com a outra, e com ela realizar trocas culturais, econômicas, sociais e afetivas. A segunda globalização, em meados do século XXI, é caracterizada pelas telecomunicações e pelo rápido comércio global. Essa situação acaba por funcionar como um apoio ao sistema capitalista, que quando mais rápido e mais quantidade, maiores lucros serão auferidos.



Milton Santos advoga a ideia de que existem três mundos em um só, sendo eles: o mundo tal como no fazem ver ( a globalização como fábula), o mundo tal como ele é ( a globalização como perversidade) e o mundo como ele pode ser ( uma outra globalização). Dessarte, discutiremos sobre essas três vertentes do mundo e sobre o atual contexto global, de forma rápida. Nessa perspectiva, será possível perceber como o mundo globalizado acaba por encobrir a diversidade.

O mundo como fábula é o mundo como ele é nos vendido, como algo extremamente benéfico, marcado pelo bem comum, pela união dos povos e pela ideia de reciprocidade; seria como o contrato social defendido por Rousseau. O mundo como perversidade é o mundo no qual vivemos, que é marcado pelas desigualdades sociais, pela concentração de terras, pelo domínio de recursos naturais por empresas transnacionais e pela detenção do poder por uma elite, ou seja, um mundo que não se atenta a diversidade, mas sim a uma elite econômica. Já o mundo como ele pode ser, refere-se a uma mudança de paradigma, onde as diferenças serão observadas e haverá uma maior preocupação do "ser" em si mesmo.

Na atual conjuntura observa-se que não há de fato e de maneira ativa uma pluralidade nas relações internacionais, tendo em perspectiva que a dois protagonistas globais, que tem o poder de decidir qual será o rumo tomado sobre referida situação. Sendo esse poder econômico, político e militar. Tal referência concerne aos Estados Unidos e a União Europeia. Atente-se que o Estados Unidos atual no contexto da globalização como um verdadeiro "xerife" global, já que devido ao seu aparato militar, tem a faculdade de decidir fazer o que acha interessante, mesmo que em algumas situações não tenha tido o aval da comunidade internacional.

#### **4 DIREITO A DIVERSIDADE CULTURAL COMO DIREITO HUMANO**

Diversidade cultural são a existência e o intercâmbio que é realizado dentre as diversas expressões culturais que são vivenciadas, tal situação é desejável, uma vez que colabora para o enriquecimento cultural e do modo de vida de uma nação.

Como marco consolidador, dessa sistemática de proteção dos direitos humanos, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Nessa senda, fazer-se mister aludir o pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade:

*A Declaração Universal de 1948 alcançou um determinado grau de universalidade que a tornou aceita por seres humanos de todas as civilizações e culturas – a ponto de seu elenco de direitos consagrados vir a permear gradualmente as Constituições nacionais, e a ser invocado ante tribunais*

*nacionais, de numerosos países de todo o mundo. A Declaração Universal tornou-se possível, apesar das distintas cosmovisões dos seres humanos e de sua diversidade cultural. A universalidade da Declaração de 1948 erigiu-se, com efeito, no respeito a estas distinções e à diversidade do gênero humano, subjacente à proclamação de direitos inerentes à pessoa humana. (Trindade, citado por Verônica Vaz de Melo, 2010, p.61)*

No que tange a proteção ao direito da diversidade cultural, é imprescindível tratarmos sobre a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural da Unesco (2002), grande marco para esse direito no sistema internacional, afirma em seu artigo 4:

*Os Direitos Humanos, garantias da diversidade cultural.*

*A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance. (UNESCO, 2002)*

Fazer-se mister dirimir, também, sobre a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, que teve como primeiro país signatário a Bolívia<sup>2</sup>. A Declaração, afirma em seu artigo 4:

*Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas ( ONU, 2008)*

Complementa essa vertente de pensamento de autogoverno e autodeterminações dos povos nativos, o livro: Understanding and Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: an introductory handbook, que advoga :

*Based on this understanding of self-determination, the right to self-determination means that Indigenous peoples are entitled to determine their relationship with the State and be involved in setting up the States' governing structure. It also means that Indigenous peoples have the right to maintain*



*their own political systems and institutions, as stated in article 5 [...]. (Indigenous Bar Association and by the University of Manitoba, 2011, p.11).*

Ora, é evidente que a diversidade cultural é um direito humano, e, portanto deve ser respeitada; uma vez que é essa diversidade é essencial para o bem estar social e para a amistosa relação entre os povos.

## 5 UNIVERSALISMO VS. PLURALISMO

Nessa tópico trabalharemos com duas doutrinas, a do eminente José Luiz Quadros e a do ilustre Antônio Augusto Cançado Trindade. Para isso, iremos contrapô-las e discutir sobre a qual nos acreditamos ser a mais adequada.

José Luiz Quadros defende que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948) não é plural, uma vez que a época houve uma participação acentuada da comunidade europeia, em detrimento das nações em desenvolvimento, dessa forma, os direitos humanos consagrados seria uma criação europeia, que não contou com a participação de outros autores.

Já a visão de Antônio Cançado Trindade é a de que, apesar dos direitos humanos serem uma criação europeia, ela atende aos demais países, uma vez que apresenta como pano de fundo uma perspectiva de proteção mínima dos seres humanos.

No que concerne a essa temática, optamos por crer que apesar dos Direitos Humanos, ser em sua maior porção, uma criação europeia, ele tornou-se universal, inalienável e indisponível, levando em consideração que o conjunto de tratados, convenções e pactos internacionais propiciaram e propiciam um padrão mínimo existencial aceitável para todos os seres humanos.

Ressalta-se que atualmente, de maneira gradativa, há o surgimento de novos atores internacionais, que passam, mesmo que de modo tímido a apresentar e discutir suas opiniões no jogo de interesses das relações internacionais. Desse modo, há o surgimento de uma esfera plural. Maior exemplo disso é o grupo dos BRICS, composto por países emergentes; as siglas simbolizam o Brasil, Rússia, China e a África do Sul.

No que tange a assuntos indiretos aos direitos humanos, acredita-se que se deve manter o atual processo de inserção de outras potências mundiais, como forma de melhorar e incrementar o padrão de vida da população mundial.

Mister, nesse processo, falar da construção da identidade dos Estados Nacionais, que em muitos casos, para sua construção e manutenção, encobriu de maneira cabal uma série de minorias anteriormente presentes em determinada localidade. Com relação a isso, enfático é o pensamento de José Luiz Quadros de Magalhães (2012, p. 20), que relata:

*Importante lembrar como funciona o dispositivo narcisista de construção da identidade nacional: "sou nacional, sou europeu e espanhol porque sou católico, porque compartilho uma identidade fundada em valores comuns, em uma moral e uma ética compartilhada pelos nacionais iguais a mim [...].*

Nesse sentido, percebe-se que uma identidade nacional é forjada, com o objetivo que o poder estatal, ou como diria Thomas Robes, que o Leviatã se imponha, dessa forma, é uma coesão social coercitiva. Essa ação estatal ainda é presente nos dias de hoje, e possui uma necessidade, como transcreve José Luiz Quadros de Magalhães (2012, p. 22):

*Esta uniformização de comportamentos foi e continua sendo necessária não só para o poder do Estado, como também para a economia capitalista: é essencial que as pessoas gostem de consumir objetos, marcas, carros, é fundamental que as pessoas sejam individualistas, egoístas e competitivas para o sistema funcionar. Mas: é fundamental que as pessoas acreditem que isto é natural delas.*

Desse modo, admite-se que o Estado, como é constituído hoje, encobre as minorias étnicas, e sobrepõe uma, que acredita ser a melhor e a mais plausível; afim de que haja um sentimento pessoal de nacionalidade, e que isso esteja internalizado com intensidade suficiente para que não gere questionamentos.

Acreditamos que há uma solução possível, e essa solução já está em prática na Bolívia, que em 2008, após diversos movimentos sociais, tornou-se o Estado Plurinacional da Bolívia, fato gerador de orgulho para a sociedade pátria, como mensura o recorte textual abaixo:

*If, in the past, deep walls had gone up between indios and non-indios, now many people want to be indios, or at least dress like them or live as one with them without being indigenous. Of course, none of this was a gift given by the dominant groups. It was a painful, bold, and astute re-conquest carried out by these once revieled bodies. (FABRICANT, GUSTAFSON e RAMIRES, 2011, p. 32)*

## 6 ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA

Finalmente, após um alicerce teórico com assuntos relacionados ao tema, passemos para o tópico central desse artigo, o qual seja o sistema plurinacional da Bolívia<sup>3</sup>, trabalharemos questões como: de que forma se deu o surgimento desse modelo de estado,

sob o que ele é baseado e como ele se sustenta. Para isso, se faz necessário uma breve digressão histórica-social da Bolívia, para que se possa compreender a complexidade social geracional de diversas mobilizações sociais.

Antes de mais nada, gostaríamos de citar o seguinte pensamento, com o objetivo de ensejar os ânimos e instigar a reflexão: "Definir que alguém tem de ser o que não é, e não gosta, é mera expressão de poder opressor e, exatamente por isso, joga contra a liberdade de ser e fazer o diverso" (Bittar e Almeida, 2012, p.712)

Na década de 90, surge o chamado Consenso de Washington, espécie de uma bula neoliberal, que descrevia ações governamentais para o crescimento econômico, tal sistema foi testado na América Latina, incluindo a Bolívia, e se mostrou falho.

Em 2000, na cidade de Cochabamba, ocorre à privatização da água, o que causa um enorme clamor social contra tal fato. Pode-se dizer que essa manifestação foi à primeira indicação da necessidade de uma assembleia constituinte originária<sup>4</sup>.

Nesse começo de mobilizações, observa-se a emergência de diversos atores sociais, como exemplo: o movimento social sem terra (MST), federação dos conselheiros de vizinhos (FEJUVE), os plantadores de coca (cocaleros), movimento para o socialismo (MAS) e a confederação nacional do quéchua e aymara ayllus ( CONAMAQ).

Em outubro de 2003 ocorre um "choque social" na cidade de El Alto, considerada a periferia da capital La Paz, a população se volta contra a privatização do gás para a empresa argentina Repsol. Nesse ponto, há evidente percepção de que a sociedade bolivariana nega as práticas neoliberais e deseja que todos os recursos naturais do país permaneçam sob o poder do povo.

Nesse contexto, instaura-se o debate acerca de quem será o controlador dos recursos naturais<sup>5</sup>, os ânimos se exaltam, alguns creem que as populações indígenas devem cuidar desses recursos, outros já acreditam que mesmo em terras indígenas, o Estado pode realizar a extração, tais antagonismos acabaram, mais tarde, por resultar na nova constituição bolivariana.

Tal fato de que os bolivarianos se importam sobre a destinação dos recursos naturais fica comprovada de fato na mobilização de outubro de 2006. Situação na qual o projeto de lei para a nova reforma agrária estava sendo discutida no senado. Alguns setores sociais não gostaram, de modo algum, da proposta que era analisada, como o Poder Democrático e Social (PODEMOS), esses juntamente com a oposição organizaram a quinta marcha anual pela terra e pela dignidade. Eles andaram por vinte oito dias à distância entre Santa Cruz e La Paz, dessa vez perderam a batalha, uma vez que o senado aprovou a lei.

Em 2008 o texto da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia é redigido e em 2009 entra em vigor. Ele traz ao lon-

go de seus 411 artigos um novo paradigma de constitucionalismo, pautado no respeito aos povos nativos e no intercâmbio cultural. Nessa seara, há de se observar:

*[...] A new constitution approved in 2009 moves beyond interculturalism to the idea of plurinationalism, with explicit support for robust indigenous rights and forms of indigenous self-determination or 'autonomy'. Beyond interculturalism, the constitution and government now back the idea of "decolonization" – of education, the economy, law, the state, and society – promising to dismantle centuries of racialized and racist cultural, legal, and political-economic state form and practice [...] (Gustafson e Fabricant, 2011, p. 2)*

Há de atermos no artigo 11, inciso II, alínea III da constituição bolivariana, que diz:

*II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:*  
*3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades por normas y procedimientos propios de los pueblos y naciones indígena originario campesinos, entre otros. (Constituição da Bolívia, 2009).*

Devemos ressaltar, contudo, que essa jurisdição indígena não é absoluta, tendo em vista que a decisão da justiça indígena pode sofrer revisão da jurisdição estatal<sup>6</sup>. No que diz respeito às dimensões territoriais, também há restrições, já que a representação política dos indígenas não devem ultrapassar os limites dos municípios ou dos departamentos.

Dessarte, nessa contéudística, o Estado Bolivariano adotou uma repaginada em sua formação social<sup>7</sup>, passando a reconhecer, oficialmente, sua formação plural e concedeu o devido respeito aos povos originários, sem, entretanto, exagerar na autonomia confiada, a fim de manter o bom funcionamento do contrato social.

## **7 A SITUAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA**

Nesse tópico, pretende-se demonstrar, de maneira concisa, que a União Europeia, está em sentido contrário aos ventos, quando em comparação ao Estado da Bolívia. Para isso, será analisado de forma superficial, já que não se trata do tema direto desse trabalho, o desenvolvimento desse bloco econômico ao longo do tempo histórico.

Antes de qualquer coisa, gostaríamos de citar o pensamento acerca da temática, do brilhantíssimo José Luiz Quadros de Magalhães (2012, p.27), que advoga:



*A União Europeia e o direito europeu nada mais são do que a reprodução do direito moderno, uniformizador e hegemônico. Lembremos que os estados europeus são todos hegemônicos: castelhanos sobre os outros (bascos, catalães, galegos etc.) na Espanha; ingleses sobre os outros (escoceses, irlandeses e gauleses) no Reino Unido; francos sobre os outros (breões, corsos, catalães etc) na França, e assim segue.*

Em 1951 surge a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), através do tratado de Paris, com o objetivo de se evitar uma nova guerra mundial. Em 1952 foi estabelecida a Comunidade Europeia de Defesa (CED). Pelo tratado de Roma de 1957 foi criada a Comunidade Econômica Europeia (CEE). O tratado de Maastricht de 1992 criou o conceito de cidadania europeia. Já o tratado de Lisboa de 2007, que pretende criar uma constituição europeia, a fim de afinar ainda mais o processo de integração dos países do bloco.

Desse modo, percebe-se que a União Europeia caminha para um rumo uniformizador, que não leva em consideração a diversidade cultural, tendo em vista que busca atingir um conceito nunca antes imaginado, o de cidadão europeu, pertencente a um Estado Supralegal, que é formado por um conjunto considerável de nações.

## **8 E O BRASIL NESSE CONTEXTO ?**

No que concerne ao Brasil, há de se falar que, sem dúvida ele é um país diverso, devido não apenas as suas peculiaridades, mais também pela sua enorme extensão territorial. Entretanto, deve-se refletir se essas pluralidades culturais têm sido respeitadas e levadas em consideração nas políticas públicas.

No que tange aos povos autóctones, o país tem avançado, porém encontra-se distante da ideia de povos nativos no contexto boliviano. Há de se falar que é de valor inestimável a adoção por parte do Brasil da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) n° 169, internalizado no sistema jurídico pátrio pelo Decreto n° 5051/2004. E no mesmo sentido a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco, presente no direito interno pelo Decreto Legislativo 485/2006.

Com relação à Convenção n° 169 da OIT, é mister citarmos seu artigo 8, que prevê:

- 1. Na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração.*
- 2. Esses povos terão o direito de manter seus costumes e instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais previstos no sistema jurídico nacional e com os direitos hu-*

*manos internacionalmente reconhecidos. Sempre que necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para a solução de conflitos que possam ocorrer na aplicação desse princípio.*

No que remete ao artigo 8.1 da Convenção da OIT, anteriormente citada, há de se falar, que no que diz respeito às leis consuetudinárias serem levadas em devida consideração, entende-se que o Brasil acabou realizando uma interpretação meramente literal do texto, uma vez que apenas às respeita, mas não as valoriza, a ponto de concederem uma autonomia difusa, como no caso da Bolívia.

Nessa perspectiva, observa-se que o sistema jurídico pátrio valoriza as práticas/expressões culturais, entretanto, não as cede autonomia no sentido jurídico do termo. Enquanto que na Bolívia, a autonomia jurídica e política é concedida em determinados casos.

## **9 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como dito no início dessa discussão, não esgotamos o tema, já que a demais por menores que poderiam ter sido dirimidos, como: questões filosóficas, o posicionamento de outros doutrinadores e uma análise mais detalhada do texto constitucional boliviano. Entretanto, acredita-se que esse trabalho é de grande valia para que se possa compreender o conceito de Estado Plurinacional.

Foi possível mensurar que é necessário olharmos para o "outro" de um modo diferente, ou seja, se colocar na posição desse outro, tal ação se intitula alteridade. Todavia, essa alteridade não pode ser acentuada, a título de poder ocasionar na xenofilia, a qual seja a o desprendimento de si, para a verdadeira adoração do "outro", fato que acaba por gerar uma internalização da tristeza, por não poder ser o "outro".

Fizemos um retorno histórico, desde os tratados de paz de Westfália (1648), um conjunto de tratados que acabou por delimitar algumas fronteiras europeias, passamos pela "tomada" da América por parte dos europeus em 1452, até chegarmos até os dias atuais.

Esse olhar histórico foi possibilitou para que criássemos a compreensão de que a questão da diversidade cultural foi sempre tolida ao longo do tempo, fato que, justifica parcialmente o modelo uniformizador instaurado hoje.

Percebe-se que começa a surgir no constitucionalismo internacional à ideia de Plurinacionalidade, a qual seja a abertura do sistema jurídico nacional, para que haja vários direitos em um território, a fim de atender aos diversos grupos étnicos presentes.

Em sentido contrário ao pluralismo, discutimos sobre a Comunidade Europeia, que desde o seu nascimento até os dias de hoje, apresenta uma ordem homogeneizadora, universal.

Em suma, essa temática do Estado Plurinacional é de imensa relevância, uma vez que seria para muitos povos, um conceito real

do que vem a ser justiça, bem como o reconhecimento por parte do poder estatal da diversidade e das peculiaridades que envolvem cada etnia nativa.

## REFERÊNCIAS

A história da União Europeia. Disponível em: <[http://europa.eu/about-eu/eu-history/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_pt.htm)> Acessado em: 01/10/2013.

Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia. Disponível em: <[http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint\\_1\\_Pes\\_PDF.pdf](http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint_1_Pes_PDF.pdf)> Acessado em 01/10/2013.

Convenção n° 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/292>> Acessado em 01/10/2013

Convenção sobre a proteção e a promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO, 2005): Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224POR.pdf>> Acessado em 30/09/2013.

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2008). Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf)> Acessado em 29/09/2013.

Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2002). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>> Acessado em 29/09/2013.

Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/paz-de-vestfalia>> Acessado em 29/09/2013.

Fabricant, Nicole e Gustafson, Bret. Remapping Bolivia: resources, territory, and indigeneity in a plurinational state, 2011.

Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, pg 958-961, 16ª edição, 2012

Santos, Milton. Encontro com Milton Santos ou o Mundo Globalizado Visto do Lado de Cá (documentário). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=UJd5YKhR9gE>> Acessado em 29/09/2013

Magalhães, José Luiz Quadros de. Estado Plurinacional e Direito Internacional, 2012

Melo, Verônica Vaz de. Direitos Humanos: A proteção do direito à diversidade cultural, pg 41-90, 2010.

Understanding and Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: an introductory handbook (.Indigenous Bar Association and by the University of Manitob, 2011) Disponível em: <[http://www.indigenousbar.ca/pdf/undrip\\_handbook.pdf](http://www.indigenousbar.ca/pdf/undrip_handbook.pdf)> Acessado em: 30/09/2013.

## NOTAS DE FIM

1 Discente do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva  
E-mail: arthurdiasduarte@gmail.com

2 “Bolivia, indeed, was the first country to adopt the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples into national law” (Fabricant and Gustafson, 2011, p.20)

3 “ [...] the advances in the constitution put into place in 2008 after a long and conflictive process of national debate. A central category of this new constitution is ‘indigenous autonomy’ – a legal possibility more the a concrete – which offer the possibility that indigenous peoples establish certain territorialized modes of governance that are distinct from the winder templates of department, provincial, and municipal administration” (Garcés, Fabricant, Gustafson, 2011, p.47)

4 “[...] In recente history, for instance, the Water War in 2000 against privatization was followed by demands by the urban leaders of the movement for a Constitutional Assembly that would be a mechanism for the Bolivian people to claim decision-making power over their resources”. (Garcés, Fabricant, Gustafson, 2011, p.47)

5 “[...] There was intense debate over the control and ownership of natural resources. This confronted difficult positions, in the sense that some argues that indigenous peoples should have total control (domination, property, and benefits derived from exploitation) and others proposed rights of use and usufruct of renewable natural resources in indigenous territories [...]” (Garcés, Fabricant, Gustafson, 2011, p.58)

6 “The possibilite that indigenous jurisdictions not face review and control by ordinary jurisdictions was removed (art. 192 of the original version)” (Garcés, Fabricant e Gustafson, 2011, p.60)

7 “[...] In the Bolivia of today, we also see that the indigenous peoples were and also are participating in national construction. Yet, distinct from the communitarian nationalism of the past, the pursuit now is of a plurinational state that has some consonance with the polysemic character of the term plural [...]” (Garcés, Fabricant e Gustafson, 2011, p.63)



# O TRÁFICO DE ENTORPECENTES COMO POSTULADO FENOMÊNICO SUBSISTENCIAL: ASPECTOS JURÍDICOS, SOCIAIS E MÉDICO-LEGAIS

Cristian Kiefer da Silva<sup>1</sup>

Emmanuel Fernandes Versiani<sup>2</sup>

**RESUMO:** O trabalho em epígrafe tem como escopo, de forma apriorística, diferenciar organização criminosa, quadrilha e bando, para que posteriormente, seja possível demonstrar os efeitos nocivos dos entorpecentes no organismo humano, bem como o respectivo tratamento penal imputado aos narcotraficantes e aos dependentes químicos. Será demonstrado ainda que, muito embora hajam políticas públicas voltadas à repressão ao narcotráfico, estas demonstram-se claudicas por diversos motivos que, aliados aos caracteres de complexidade e transnacionalidade do crime organizado, este acaba configurando-se como uma atividade normal à sociedade contemporânea, isto é, esta conduta está disseminada em todo o território nacional e adquire feição subsistencial. Por questões metodológicas, o presente trabalho foi dividido em dois artigos, neste será tratado de forma específica o conceito de crime organizado e os efeitos provocados no sistema biológico humano.

**PALAVRAS-CHAVE:** NARCOTRÁFICO; CRIMINALIZAÇÃO; DESCRIMINALIZAÇÃO; VITIMIZAÇÃO.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. As organizações criminosas e o tráfico de entorpecentes; 2.1. Organizações Criminosas: aspectos conceituais; 2.2. O Objeto do Tráfico: drogas ilícitas; 2.3. Os Efeitos dos Entorpecentes no Sistema Biológico Humano; 2.3.1. Maconha; 2.3.2. Heroína; 2.3.3 Cocaína; 2.3.4. Crack; 2.3.5. Cola; 2.3.6. LSD; 2.3.7. Cristal ou ice; 2.3.8. Oxi; 2.4 Tráfico de Entorpecentes: traficante e usuário vistos sob o aspecto legal; 3. O traficante sob o aspecto vitimizador: a ausência do estado democrático de direito enquanto promotor da igualdade e justiça social; 4. Considerações finais; Referências.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Penal

---

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fito perquirir o tráfico de entorpecentes enquanto atividade de subsistência exercida pelos integrantes das organizações criminosas, levando-se a cabo os dispositivos legais aplicáveis a estes criminosos bem como o aspecto vitimizador que eles se encontram, qual seja: a ausência estatal deixa-os em um estado de marginalização, isto é, um estado onde as condições de sobrevivência revelam-se incompatíveis com os ditames constitucionais, em especial o da dignidade humana.

Como corolário, o caminho tortuoso do tráfico oferece uma falsa ideia, mascarada pela oferta fácil de dinheiro e poder, de uma vida considerada “digna”. Infere-se daí, a adoção do tráfico de entorpecentes como modo de subsistência, que vem adquirindo feição de normalidade no seio social, muito embora haja políticas públicas com o intuito de repreender tais condutas.

Por seu turno, será laborado a situação de vitimização e sub-vitimização em que se encontra o usuário de drogas, vale dizer, este torna-se vítima da atuação claudica do Estado – enquanto promotor

da dignidade e justiça social – e vítima dos traficantes que têm o interesse em mantê-lo na relação de “fornecedor” e “consumidor”.

Neste diapasão, torna-se imperioso ressaltar na pesquisa em epígrafe o aspecto conceitual e metamórfico das organizações criminosas. Uma organização criminosa tem como principal característica a mutabilidade não somente no que tange às atribuições ou “cargos” dos seus integrantes, mas também, na forma de produção e comercialização dos entorpecentes.

Por seu turno, o conceito de crime organizado não é estático e necessita de constantes pesquisas afim de que o conceito, os dispositivos legais e as políticas públicas de prevenção e repressão acompanhem e combatam esta conduta que alastra-se no seio social. Reforçando o caráter metamórfico das organizações criminosas, pode-se elencar em tom de premissa o surgimento de novas espécies de entorpecentes a exemplo do oxi ou oxidado e do ice, também conhecido como cristal.

O crime organizado vislumbra-se como um problema social comum, frequente e típico; isto porque em toda a América do sul o tráfico de drogas encontra-se extremamente conectado com o

tráfico de armas, bem como com vários colaboradores, cada qual com a sua respectiva competência na escala hierárquica.

Neste ínterim, o crime organizado abrange desde o usuário que está preso em uma cadeia e que cai em culpa ao utilizar de meios antijurídicos para a obtenção da droga, perpassando pelo indivíduo que levou a droga até o presídio, pelo "laranja" ou "peixe pequeno" - que é o pequeno traficante, culminando com os líderes e os grandes narcotraficantes que se encarregam de importar drogas e armas a fim de manter este comércio ilícito.

Com efeito, cumpre elucidar que o crime organizado, em especial o tráfico de armas e de drogas, configura-se não só como um problema social comum, frequente e típico, mas também complexo, uma vez que as organizações criminosas contam com forte aparato bélico, bem como com seus respectivos colaboradores.

Estes, a seu tempo, se dão por dois motivos, o primeiro devido à coação psicológica - como é o caso dos moradores dos aglomerados - o segundo, é devido à corrupção existente nos diversos níveis administrativos da sociedade, inclusive no executivo (polícias) e no Judiciário (juízes) com a venda de sentenças. O que conduz à assertiva de que o crime apresenta-se em toda e qualquer sociedade, independente das classes sociais.

O crime organizado representa um grande desafio ao Estado Democrático de Direito, uma vez que a sociedade é a principal vítima do crime e da violência empregada, sendo que esta verifica-se em dois âmbitos: no psicológico e no físico.

Nesta esteira de raciocínio, percebemos uma inversão de papéis, ou, em melhor desdobramento, para aqueles delinquentes que optaram pelo crime como um modo de subsistência ou escolha racional (tema este que, por questões metodológicas será laborado no trabalho intitulado - O TRÁFICO DE ENTORPECENTES COMO POSTULADO FENOMÊNICO SUBSISTENCIAL), não existe temor, pelo contrário, eles impõem o temor à sociedade e servem como desafio às políticas estatais, configurando uma afronta ao Estado Democrático de Direito e, de modo especial, aos Direitos e Garantias Fundamentais.

## **2 AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES**

### **2.1 Organizações Criminosas: aspectos conceituais**

Constata-se em todo o território nacional a existência de um autêntico fenômeno denominado de crime organizado. Esta conduta criminosa é vislumbrada, aqui, como um fenômeno social normal, quer isto dizer em melhor desdobramento, o crime organizado é uma prática frequente no âmbito social configurando-se como um disseminador de diversas outras condutas típicas. Nesta esteira de raciocínio lógico, vem à lume o sábio posicionamento de Émile Durkheim para quem fato social consiste em:

*[...] toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, toda maneira de fazer que é geral na extensão de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independente de suas manifestações individuais. (DURKHEIM, 2003, p. 13)*

Para Durkheim o crime não ocorre na maioria das sociedades, mas em todas as sociedades constituídas de seres humanos, ou nas palavras do sociólogo: "Um fato social é normal para um tipo social determinado, considerado numa fase determinada de seu desenvolvimento, quando ele se produz na média das sociedades dessa espécie, consideradas na fase correspondente de sua evolução". (DURKHEIM, 2003, p. 65)

Prossegue Durkheim justificando o seu posicionamento:

*Em primeiro lugar, o crime é normal porque uma sociedade que dele estivesse isenta seria inteiramente impossível. O crime, conforme mostramos alhures consiste num ato que ofende certos sentimentos coletivos dotados de uma energia e de uma clareza particulares. Para que, numa sociedade dada, os atos reputados criminosos pudessem deixar de ser cometidos, seria preciso que os sentimentos que eles ferem se verificassem em todas as consciências individuais sem exceção e com grau de força necessário para conter os sentimentos contrários. Ora, supondo que essa condição pudesse efetivamente ser realizada, nem por isso o crime desapareceria, ele simplesmente mudaria de forma; pois a causa mesma que esgotaria assim as fontes da criminalidade abriria imediatamente novas. (DURKHEIM, 2003, p. 68).*

Comungam deste posicionamento doutrinário juristas de escol como Cesar Roberto Bitencourt, em sua obra Tratado de Direito Penal, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde, em sua obra intitulada Introduccion a la Criminologia y al Derecho Penal, Luiz Flávio Gomes e Antonio García Pablos-de Molina em obra intitulada Criminologia.

Uma vez que o crime organizado propaga a violência no seio social, ele exerce o papel de modificar a sociedade, tal mudança influencia diretamente na seara jurídico-penal exigindo a elaboração, aplicação e até a adaptação de dispositivos legais. Emana daí a necessidade que os legisladores e os demais cultores do Direito têm de conhecer o conceito e a constante evolução que vem sofrendo o crime organizado.



O vocábulo "organizar" estabelece uma ordem nas relações entre diversos elementos que compõem o todo e/ou resultado das ações praticadas pelos seres humanos. Em consonância com este posicionamento Aurelio Buarque de Hollanda Ferreira em seu Pequeno dicionário da língua portuguesa define o termo em epígrafe como "constituir o organismo de; ordenar; formar; arranjar; estabelecer as bases de; p. constituir-se; formar-se." (FERREIRA, 1974, p. 873)

Neste desideratum, o crime organizado pode ser vislumbrado como toda atividade de caráter empresarial a nível nacional e/ou internacional que possui a prática e os fins baseados em meios ilícitos, isto é, organização criminosa é o agrupamento de indivíduos que possuem o animus de auferir lucro e poder através de meios considerados ilegais. Neste sentido, exsurge o indelével posicionamento de Thosten Sellin citado por Roberto Lyra:

*Um dos aspectos mais curiosos do delito nos Estados Unidos é a comumente chamada criminalidade organizada. Não se deve confundir-la com a criminalidade do gangsterismo ordinário, que é o fato de algumas pessoas que agem com grande habilidade e engenhosidade para cometer um assalto a um banco ou um roubo noturno a uma casa, por exemplo. O delito organizado é uma empresa ilegal que consiste em promover de bens ou serviços aos consumidores e sujeita desta maneira aos dirigentes e empregados de empresa – e geralmente aos próprios consumidores – a possíveis sanções penais. O fim dessas empresas é propiciar o jogo, o consumo de álcool etc., escapando ao controle dos impostos o fomento da prostituição ou de procurar prazeres ilícitos com os narcóticos. Elas existem frequentemente em grande escala e se fazem constantes competições. A organização e o funcionamento dessas empresas, seu papel na corrupção dos funcionários ou políticos, tem sido constantemente descritos em filmes. (LYRA, 1969, p. 98).*

Com efeito, o Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Marcelo Batlouni Mendroni propala acerca do conceito de crime organizado e o diferencia de quadrilha e bando, in verbis:

*Importante diferenciar, desde logo, a caracterização de organização de organização criminosa e bando ou quadrilha – conforme disposição do artigo 288 do Código Penal brasileiro vigente. Enquanto este evidencia-se tão-somente pela reunião de pessoas para a prática de crimes,*

*aquela exige mínima organização para a mesma finalidade. Exemplificando: quatro pessoas se reúnem e combinam para assaltar bancos. Acertam dia, local e horário em que se encontrarão para o assalto. Decidem funções de vigilância e execução entre eles e partem. Executam o crime em agência bancária eleita às vésperas. Repetem a operação em dias quaisquer subsequentes. Formaram bando ou quadrilha. Se, ao contrário, as pessoas planejam – de forma organizada – os assaltos, buscando informações privilegiadas – como por exemplo estudar dias e horários em que determinada agência bancária contará com mais dinheiro em caixa, a sua localização na agência, a estrutura da vigilância e dos alarmes, planejar rotas de fuga, infiltrar agentes de segurança, neutralizar as câmeras filmadoras internas etc. –, esse grupo poderá ser caracterizado como uma organização criminosa voltada para a prática de roubos a bancos. Enquanto na primeira inexistente prévia organização para a prática, e os integrantes executam as suas ações de forma improvisada ou desorganizada, na segunda sempre haverá a mínima vontade organizacional prévia de forma a tornar os resultados mais seguros. Certo é, porém, que muitas vezes são designados os termos bando ou quadrilha também para as organizações criminosas, simplesmente pela facilidade da expressão. Entende-se por "organização": associação ou instituição com objetivos definidos. Decorre daí, em precária suposição, que organização criminosa seja um organismo ou empresa, tendo como objetivo a prática de crimes, ou seja, a prática de atividades ilegais. É, portanto, "empresa" voltada para à prática de crimes. As associações (ou organizações) criminosas praticam atividades ilícitas e assumem características que se adaptam às mudanças do ambiente social onde se encontram inseridas e portanto apresentam conotações diversas, no tempo e no espaço. (MENDRONI, 2009, p. 10).*

O crime organizado possui um caráter metamórfico, isto é, as organizações criminosas evoluem constantemente e até modificam os seus métodos criminais (modus operandi) com o intuito de assegurar a continuidade da conduta criminosa.

Ergue-se neste contexto, a importância de se realizar constantes pesquisas que envolvem a evolução e o *modus operandi* das organizações criminosas, a fim de que todos os dados coletados se conjuguem em dispositivos penais específicos e se externem através da eficácia social, ou seja, a obtenção da paz social. Razão pela qual se torna imperioso trazer à lume as palavras de Pino Arlacchi e Dalla Chiesa citados por Marcelo Batlouni Mendroni:

*[...] seria necessário que a definição sempre tivesse análises recentes a respeito das atividades das organizações criminosas, referindo os seus tentáculos internacionais e o desenvolvimento do mercado sempre crescente de tráfico de drogas, de armas e as infiltrações por elas provocadas no âmbito da economia. (MENDRONI, 2009, p. 11).*

Aprofundando um pouco mais na análise ora proposta, poder-se-á vislumbrar que a Lei 9.034 de 1995 que versa sobre o tema em epígrafe apresenta-se claudicante uma vez que não traz em seu corpo o conceito de crime organizado. Tal falha propicia aos leigos e aos operadores do Direito a falsa ideia de que quadrilha, bando e crime organizado tenham o mesmo significado, destarte, há diferenças essenciais que os caracterizam.

Quadrilha ou bando são termos que a lei emprega como sinônimos, outrossim, cumpre-nos fazer uma importante e minudente diferenciação. O Código Penal dispõe em seu artigo 288 a seguinte redação: "Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos." Ao analisar o núcleo do tipo penal nota-se que o termo "associarem-se" possui o mesmo sinônimo de "organizar-se" ou "reunir-se" tal como revela Guilherme de Souza Nucci:

*Associar-se significa reunir-se em sociedade, agregar-se ou unir-se. O objeto da conduta é a finalidade de cometimento de crimes. "O crime de formação de quadrilha aperfeiçoa-se com o momento associativo, o qual já pode se revelar pelas dimensões objetivas e subjetivas do *modus operandi* em único cometimento de autoria múltipla, sem se condicionar à realização de mais de um, consumado ou tentado, pelos membros da sociedade de delinquentes" (TJSP, Rev. 254.056 – Limeira, 2º Grupo de Câmaras, rel. Gonçalves Nogueira, 03.11.1998, v.u., JUBI 30/99). (NUCCI, 2009, p. 998).*

Por seu turno, o núcleo do tipo penal revela-se tão somente como o *animus delinquendi* aliado ao *animus contrahendae societatis*, o que conduz a um equívoco, que é afirmar que quadrilha, bando e crime organizado são sinônimos. De fato, o núcleo

dos três tipos penais gravitam em torno da *societas delinquentium*, porém, a diferenciação destes tipos penais deve ser feita levando-se em consideração o a cronologia (época de aplicação da lei), os acontecimentos sociais (a análise da sociedade) e o *modus operandi*.

Neste contexto, o termo bando pode ser vislumbrado como um conceito obsoleto, isto é, o termo a que se remete a época de confronto entre o Estado e cangaceiros, ou seja, remete ao conflito que existia entre "Lampião" e o Estado. A constituição de um bando não requer armamentos considerados "pesados" tais como: fuzis, pistolas semi-automáticas, metralhadoras ou granadas; e nem integrantes especializados configurando uma distribuição rígida de competências. Para a formação de um bando é necessário um líder e armas consideradas "brancas" ou "leves" tais como: facas, facões, foices, revólver, espingarda etc.

Assim, nota-se que o bando não demanda alto grau de inteligência e nem articulação, logo, não possui vínculos internacionais, ou seja, bando remete a ideia de zona rural. Prova indelével do que se intenta asseverar, encontra-se na oportuna alusão perfectibilizada por Marcelo Fortes Barbosa citado por Guilherme de Souza Nucci que "Quadrilha é organizada e dirigida a um fim, portanto, teleológica, operacionalizada previamente e indicativa de *societas sceleris* racional. Bando é difuso, inorgânico, de regra, ocasionalmente composto e sem articulação, demandando racionalidade maior." (NUCCI, 2009, p. 999)

A quadrilha possui uma organização e uma distribuição de competências mais evoluída do que o bando, quer isto dizer, verifica-se a existência de quadrilhas nas cidades de médio e grande porte, outrossim esta não possui caráter transnacional e nem uma estrutura hierárquica complexa como o crime organizado. Este, constata-se sob uma prática criminosa que possui uma distribuição rígida de competências, armamentos considerados "pesados" tais como: fuzis, pistolas semi-automáticas, metralhadoras, granadas e integrantes especializados.

Os principais aspectos do crime organizado são o caráter transnacional e a complexidade de sua estrutura hierárquica. A respeito deste quadrante, não se pode olvidar da arguta e penetrante observação timbrada por Paulo César Correa Borges citado por Guilherme de Souza Nucci em sua obra *Leis penais e processuais penais comentadas*, a saber:

*[...] que existem muitas quadrilhas ou bandos que são totalmente desorganizados e jamais poderiam ser considerados organizações criminosas com base nos critérios doutrinários. Embora normalmente tenham liderança, que organiza a ação do grupo, as quadrilhas ou bandos são para a prática de delitos sem nenhuma ligação com*



*o Estado, sem uma ação global e sem conexões com outros grupos, e jamais possuirão um caráter transnacional. [...] (NUCCI, 2008, p. 250).*

Em consonância com este posicionamento, Marcelo Batlouni Mendroni afirma que enquanto na formação de Bando ou Quadri-lha, constata-se apenas uma "associação", com solidariedade entre seus integrantes no caso da Organização Criminosa, verifica-se uma verdadeira 'estrutura organizada', com articulação, relações, ordem e objetivo, com intenso respeito às regras e à autoridade do líder. (MENDRONI, 2009, p. 9)

Per summa capita, uma organização criminosa possui aspectos sui generis, dentre os quais obstam a confusão com quadrilha e bando. Dentre estes aspectos podemos elencar o tráfico de armas a nível nacional e internacional que visa assegurar a prática dos demais tipos penais, uma distribuição complexa de competências que configura-se como elemento determinante para a atuação a nível internacional destas sociedades criminosas dando a estas um formato de "empresa", emprego de alto grau de inteligência.

Vale dizer, para a formação e consolidação de uma organização criminosa é necessário o emprego de raciocínio lógico uma vez que o gerenciamento do grupo pressupõe uma ordenação e coordenação e por fim os altos valores monetários movimentados por estes criminosos

## 2.2 O Objeto do Tráfico: drogas ilícitas

Como já dito alhures, a organização criminosa possui caráter transnacional e tem como finalidade a obtenção de lucros através de meios ilícitos. Com efeito, qualquer objeto poderá versar como fonte de renda de determinada organização criminosa, porém, verifica-se que as formas mais comuns de tráfico são: armas, entorpecentes, vestuários (ressalte-se que esta forma versa sobre marcas de grifes famosas), calçados etc.

Interessa-nos aqui os entorpecentes enquanto objeto de lucro das organizações criminosas. Vale ressaltar que esta forma de comércio ilícito ganha relevo com o tráfico de armas, isto é, o segundo assegura a prática contínua do primeiro.

## 2.3 Os Efeitos dos Entorpecentes no Sistema Biológico Humano

Segundo Genival Veloso de França entende-se como tóxicos ou drogas "um grupo muito grande de substâncias naturais, sintéticas ou semi-sintéticas que podem causar tolerância, dependência e crise de abstinência" (FRANÇA, 2008, p. 321). Como corolário, a toxicofilia é definida como: "um estado de intoxicação periódica ou crônica, nociva ao indivíduo ou a sociedade, produzida pelo repetido consumo de uma droga natural ou sintética." (FRANÇA, 2008, p. 321)

Levando-se em consideração que o ordenamento jurídico-penal resguarda em seu âmago os bens julgados vitais, ou ao menos, mais importantes para o desenvolvimento do ser humano, aduz-se que ao instituir como ilícito o comércio de entorpecentes, o legislador visou não somente combater o enriquecimento ilegal ou crimes de ordem tributária, mas sobretudo, resguardar a saúde, a vida e o bem estar da coletividade. Tal assertiva justifica-se em virtude dos malefícios oriundos do uso de entorpecentes.

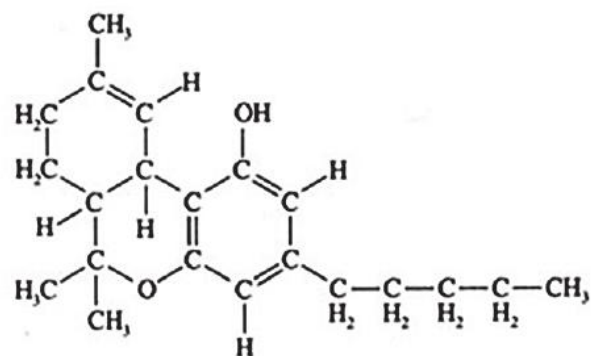
Neste sentido, será laborado de modo específico os multifários efeitos que os entorpecentes provocam no organismo humano.

### 2.3.1 Maconha

Esta espécie de entorpecente é extraída das folhas da Cannabis Sativa, planta de coloração verde escura, dióica e, quando seca possui odor forte e característico. O consumo da maconha dá-se através de xaropes, pastilhas, infusões, folhas in natura, cachimbos, e principalmente, através de cigarros.

Muito embora o uso da maconha não cause tolerância, dependência nem tão pouco crises de abstinência; as consequências do seu uso variam desde a plena prostração até o desencadeamento de um comportamento agitado e agressivo. Via de regra, os usuários apresentam lassidão, olhar apático, falta de orientação no tempo e no espaço, comportamento excêntrico e perda de ambição. São comuns também, a ocorrência de ilusões como prolongamento de vida, isto é, sensações semelhantes a de flutuar sobre nuvens.

O princípio ativo da Cannabis Sativa é o tetraidrocannabinol (THC), que pode ser representado quimicamente como:



O THC ainda é alvo de pesquisas científicas em razão de a sua ação limitar-se basicamente no sistema nervoso central. Pesquisas recentes, indicam que o princípio ativo da Cannabis Sativa inibe a atividade da adenilato ciclase (esta enzima é responsável pela conversão do ATP no AMP cíclico, este último, regula numerosos processos neuronais – inclusive a excitação). Infere-se daí,

uma das principais justificativas do comportamento de lassitude e apatia por parte do usuário.

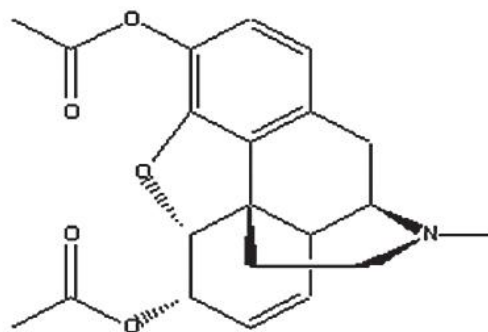
Em suma, a maconha se comparada a outros entorpecentes apresenta um grau de nocividade relativo. Por este motivo, os usuários deste entorpecente apresentam maior facilidade para reabilitação se comparados com usuários de outros entorpecentes.

### 2.3.2 Heroína

A heroína consiste em uma droga sintética que se caracteriza sob o aspecto de um pó branco cristalino derivado da morfina. O seu consumo ocorre através de injeções (pó diluído) e cigarros (misturado ao fumo). Trata-se de um entorpecente pouco utilizado no Brasil se comparado a outros entorpecentes. Porém, o efeito da morfina no organismo humano é extremamente desastroso como bem esclarece Genival Veloso de França:

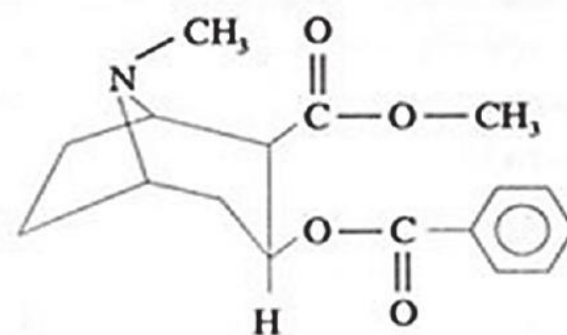
*A morfina é um alcalóide derivado do ópio e apresenta-se em forma de líquido incolor. Esse narcótico é utilizado sob a forma de injeção intramuscular, aplicada nas mais diferentes regiões do corpo, principalmente, nos braços, no abdome e nas coxas. [...] Na fase final, premido pela necessidade da droga, aplica-as sem assepsia e vai criando ao longo do corpo, uma série de pequenos abscessos. Ou então, esteriliza a agulha na chama de uma vela ou de um fósforo, produzindo nas regiões picadas inúmeras tatuagens provenientes da fuligem. No início do uso da droga, o paciente sente-se eufórico, disposto, extrovertido, loquaz e alegre. Esta fase é chamada de "lua-de-mel da morfina". Com o passar dos tempos, o viciado emagrece, torna-se pálido, de costas arqueadas e cor de cera. Envelhece precocemente, a pele se enrugua e o cabelo cai. Surgem a insônia, os suores, os tremores, a angústia, o desespero, a impaciência, a impotência sexual e os vômitos. [...] vindo a falecer quase sempre de tuberculose ou problemas cardíacos. (FRANÇA, 2008, p. 322-323).*

O efeito da heroína é semelhante ao da morfina, porém, muito mais potencializado se comparado a esta. Vale dizer, o uso da heroína propicia em poucas semanas a dependência, em meses o organismo do dependente suscita por mais de uma dose de heroína. A morte sobrevém rapidamente, geralmente, acompanhada dos sintomas mais comuns como: náuseas, vômitos, delírios, convulsões, e sério comprometimento do sistema nervoso central. Quimicamente, a heroína é representada pela seguinte fórmula:



### 2.3.3 Cocaína

A cocaína é um alcaloide extraído das folhas da coca (*Erythroxylum coca*). Trata-se de um narcótico na forma de um pó branco de efeito estimulante, resultante de diversas filtrações e processos de decantação envolvendo, na maioria das vezes, o extrato da folha da coca, gasolina, ácido sulfúrico, soda cáustica, amônia e óxido de cálcio. Os narcotraficantes podem utilizar outros componentes afim de tornar o processo de fabricação desta droga mais rentável, como por exemplo, o cimento. Desta feita, tem-se a seguinte representação química deste alcalóide:

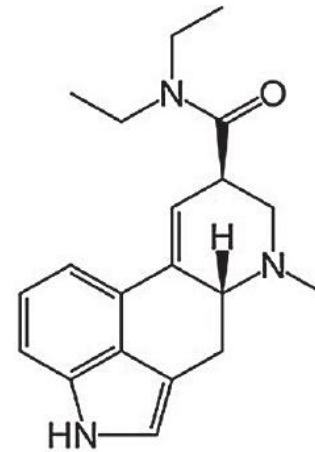


Os efeitos desta droga no organismo humano são irreversíveis, uma vez que, esta age no sistema nervoso central, deixando desta forma, sequelas como taquicardias, estados depressivos, alucinações visuais e tácteis. Neste contexto, esclarece Genival Veloso de França, a saber:

*Colocado na mucosa nasal por aspiração, é esse alcalóide absorvido rapidamente para o organismo. A continuação do uso da cocaína por via nasal termina perfurando o septo nasal, lesão esta muito significativa para o diagnóstico da cocaínomania. Um dos fatos que mais chama a atenção num viciado por essa droga é o contraste arrasador entre uma decadência física lamentável e um humor imoderado e injustificável. Os olhos do drogado por cocaína são fundos, brilhantes, de pupilas di-*



latadas. Há um tremor quase generalizado, mais predominante nos lábios e nas extremidades dos membros. Tiques nervosos e excitações repentinas. Na intoxicação aguda pela cocaína o paciente apresenta uma série de sintomas, quais sejam: a) psíquicos: excitação motora, agitação, ansiedade, confusão mental e loquacidade; b) neurológicos: afasia, paralisias, tremores e, às vezes, convulsão; c) circulatórios: taquicardia, aumento da pressão arterial e dor precordial; d) respiratórios: polipnéia e até síncope respiratória; secundários: náuseas, vômitos e oligúria. (FRANÇA, 2008, p. 323).



O consumo da cocaína dá-se por inalação, fricção gengival ou através de injeções. O índice de usuários deste narcótico é considerado elevado no território nacional se comparado à outras drogas como: a cola, o LSD, o cristal e o oxi.

#### 2.3.4 Crack

O crack é um entorpecente oriundo da pasta base da cocaína. Caracteriza-se pelo formato de uma pedra de coloração esbranquiçada. O usuário a consome através de cachimbos, daí o seu nome, isto é, no momento em que o usuário fuma a pedra, ela emite ruídos semelhantes a estouros "crack".

Por ser um subproduto da cocaína, esta droga é comercializada por um valor menor se comparado à outros entorpecentes. Porém, seu efeito no organismo humano possui curto lapso temporal, mas de altíssimo potencial destrutivo. Assim como a cocaína, o crack atua no sistema nervoso central, provocando efeitos semelhantes aos da droga que o origina.

#### 2.3.5 Cola

A princípio a cola não é considerado um narcótico, porém devido a sua constituição ser basicamente de hidrocarbonetos e, a sua ação dá-se sobre o sistema nervoso central, os seus efeitos equiparam-se aos de outros entorpecentes.

O efeito da cola no organismo humano possui um curto lapso temporal, podendo o usuário apresentar desde um estado de euforia à alucinação. O estágio avançado de dependência pode acarretar lesões na medula óssea, nos rins, no fígado e nervos periféricos. Por ser uma substância altamente volátil, o consumo ocorre por inalação.

#### 2.3.6 LSD

Dentre todos os tipos de entorpecentes de cunho alucinógeno, este é o de maior potencial. Trata-se de um entorpecente semi-sintético extraído da dietilamina do ácido lisérgico, cuja representação química dá-se da seguinte forma:

O viciado em LSD apresenta intensa depressão e fadiga, além de uma feição pálida e triste. Ainda no tocante às transformações psíquicas, nota-se perturbação da percepção do mundo exterior, delírios, alucinações, pesadelos e constantes quadros de crises convulsivas que, nos estágios mais agudos, pode conduzir o dependente químico ao coma.

Segundo Genival Veloso de França (FRANÇA, 2008, p. 323), pesquisas recentes concluíram que o LSD produz reações que, podem ser classificadas em quatro grupos.

O primeiro grupo é denominado de reação megalomaníaca, isto é, o dependente tem a impressão de que sua força e sua possibilidade aumentam de forma ilimitada.

O segundo grupo opõe-se ao primeiro. O dependente apresenta estados de depressão profunda, angústia e solidão; chegando até a tentativa de suicídio.

Quanto às reações classificadas no terceiro grupo, pode-se elencar as perturbações paranóicas, isto é, o dependente sente-se perseguido e por este motivo torna-se agressivo em face das pessoas que o cerca.

No quarto e último grupo inferem-se os sintomas semelhantes às doenças mentais, tais como: ilusões, alucinações, irracionalidade, sentimentos absurdos e incapacidade de se ordenar no tempo e no espaço.

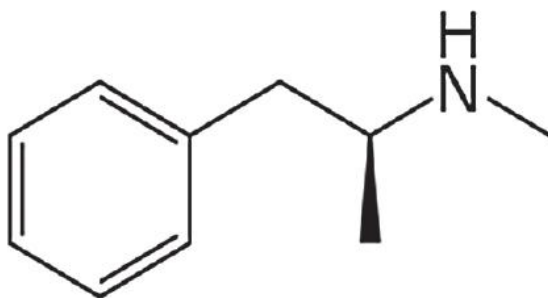
A forma de consumo deste entorpecente ocorre em forma de pequenos tabletes ou em pedaços de cartolina umedecidos. Muito embora o consumo desta droga seja considerado baixo no âmbito nacional, se comparado a outros narcóticos, a sua ocorrência geralmente dá-se em festas (particulares, boites, clubes etc.) e festivais musicais.

#### 2.3.7 Cristal ou Ice

No âmbito nacional esta nova droga é denominada de cristal, porém, no exterior recebe a nomenclatura de ice.

A maioria dos entorpecentes obteve primeiramente a aceitação nos grandes centros urbanos, para que posteriormente, viessem a adquirir relevo nas cidades do interior. Com esta droga, porém, o caminho foi inverso. Devido a este motivo, este entorpecente vem adquirindo, nos últimos anos, grande aceitação, em especial nas capitais. Segundo a polícia da cidade de Portland (Oregon – EUA), o consumo de ice aumentou significativamente nos últimos dez anos, isto é, estima-se que cerca de doze milhões de pessoas já fizeram uso deste narcótico. No Brasil, os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro já constataram usuários de ice.

Trata-se de um entorpecente sintético derivado da anfetamina. Razão pela qual, pode-se classificá-la como metanfetamina. Quimicamente, a metanfetamina é conhecida pela seguinte representação:



A produção ocorre em laboratório, por isso, o seu custo é elevado se comparado a outros entorpecentes, isto é, enquanto uma pedra de crack é comercializada com um valor que varia de cinco a sete reais, um quarto de grama de ice é vendido por um valor que varia de quarenta e cinco a cinquenta reais. O que justifica o perfil dos usuários desta metanfetamina: jovens com idade entre quinze e trinta anos, pertencentes à classe média alta.

O consumo desta droga ocorre por inalação, injeção ou ingestão. Entrementes, os efeitos resultantes duram até doze horas após o uso da droga e combinam a hiperatividade da cocaína e as alterações psíquicas do LSD, motivo pelo qual, o ice é considerado dez vezes mais potente do que a cocaína.

Dentre as diversas alterações desencadeadas pelo ice, pode-se elencar: taquicardia, hipertensão, euforia, insônia, perda de apetite, coceiras, alucinações, pequenas equimoses, envelhecimento precoce e, após anos de uso, o usuário apresenta uma aparência depressiva.

### 2.3.8 Oxi

O oxi surgiu como uma alternativa ao crack, isto é, aquele consiste num entorpecente mais barato e mais potente do que este.

Trata-se de uma droga que se apresenta sob a forma de pedra, composta pela pasta base de cocaína, cal virgem e gasolina.

Razão pela qual, a sua coloração varia de acordo com a concentração de substâncias nela contida, isto é, quando mais clara (branca) for a pedra de oxi, maior será a quantidade de cal empregado na produção deste entorpecente.

Por outro lado, se a pedra apresentar uma coloração amarelada significa que foi utilizada grande quantidade de gasolina para a obtenção do produto final. Mas, se a pedra de oxi apresentar-se na cor roxa, significa que houve uma mistura equânime dos componentes.

Por ser um entorpecente considerado duplamente mais potencializado do que o crack, os efeitos colaterais duram por um curto lapso temporal, o que justifica o seu alto potencial de dependência.

Dentre os efeitos, pode-se elencar: o alto grau de euforia (isto porque o índice de concentração de pasta base de cocaína é mais elevado do que no crack), hipertensão, queimaduras no pulmão (ao fumar, o usuário envia o cal e as substâncias tóxicas da gasolina para o pulmão, acarretando desta forma, queimaduras e, posteriormente, a falência do órgão), alto risco de infarto e acidente vascular cerebral. Em longo prazo, o uso desta droga causa perda de memória e redução da capacidade de raciocínio.

## 2.4 Tráfico de Entorpecentes: traficante e usuário vistos sob o aspecto legal

Diversos agentes, no intuito de consumarem determinada conduta típica, valem-se de outros tipos penais. Não é diferente com o narcotráfico. Com o alvitre de exercerem esta atividade ilícita, os narcotraficantes não poupam esforços a fim de garantir, expandir e aumentar os seus lucros.

Inferem-se daí, os caracteres de complexidade e subsistência (caracteres estes, que serão laborados oportuno tempore), ou seja, para consumarem a conduta típica, os narcotraficantes valem-se de outras condutas como o tráfico de armas, homicídios, torturas, furto, roubo, falsidade ideológica dentre outros. Neste quadrante, torna-se imperioso salientar que os dispositivos penais aplicáveis variam de acordo com a conduta típica de cada agente bem como seus antecedentes criminais, o que nos remete ao casuísmo.

Entrementes, impõe-se laborar os dispositivos legais julgados de maior relevância para a temática em questão.

Tecidas as considerações conceituais acerca do crime organizado, impõe-se analisar, de forma literal e taxativa, o dispositivo constitucional do artigo 5º, XLIV que institui como crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

O crime organizado consiste numa ação típica praticada na maioria das vezes por civis, entrementes, esta conduta não exclui



a convivência de determinados agentes públicos, inclusive policiais cujos meios empregados para a obtenção da atividade fim (lucro e poder), atentam contra os preceitos constitucionais, a ordem pública, o Estado de Direito e o Estado Democrático.

Vale dizer, as condutas típicas praticadas pelas organizações criminosas, tais como: roubos, furtos, homicídios, torturas, ameaças dentre outros, atentam contra a saúde e a segurança pública, ou seja, contrapõe-se aos preceitos constitucionais do artigo 1º, III e artigo 5º incisos, II, III, XI, XX, XXXVII, XLV e LIII.

A atuação de organizações criminosas, implica necessariamente e conseqüentemente, em condutas pautadas na coerção, na violência extrema, isto é, a atuação dos narcotraficantes representa um poder paralelo cujas punições são estabelecidas interna corporis.

Visando coibir esta conduta típica, e por outro lado, resguardar os direitos humanos considerados fundamentais, o legislador ordinário penalizou, de forma constitucional e, em caráter inafiançável o fato de vários indivíduos se associarem com escopo criminoso, e cujos meios empregados para consumação de tal fato delituoso fulcram-se na violência extrema.

Não obstante, erige-se a Lei 9.034 de 03 de maio de 1995 que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Em detida análise da referida norma penal, constata-se um recrudescimento penal em face dos agentes que contribuem incisivamente na formação e continuidade da sociedade criminosa. Note-se que, apesar de haver grande receptividade do Direito Penal Mínimo por parte da doutrina penal contemporânea, não devem os operadores do Direito – especialmente, os que militam na seara penal – cometerem o equívoco de confundir a aplicação do Minimalismo Penal com a inafastabilidade do recrudescimento penal.

Trata-se aqui, da aplicabilidade do princípio constitucional da proporcionalidade das penas, princípios este, esposado pelo Direito Penal Libertário. Deve-se imputar uma pena mais severa aos crimes de maior teor ofensivo ao corpo social, e penas mais brandas aos de menor potencial ofensivo.

Como corolário, torna-se dever do Estado, enquanto detentor do *lus Puniendi*, aplicar a punição equivalente ao delito cometido. Não somente pelo fato dos cidadãos pagarem impostos, ou por uma questão de aplicabilidade dos direitos fundamentais, tão pouco pelo fato de o Estado ser um ente social organizado, mas por todos estes fatores citados e inúmeros outros que, reunidos, tornam os cidadãos credores do Direito à paz.

Neste contexto, prescreve com percuciência Winfried Hassemer:

*Es a partir de determinados limites (que también son variables) que no se toleran las desviaciones que van más allá de la norma o que llegan a lesionarla. [...] La sanción no es únicamente la im-*

*posición de un mal; tal como de forma tan bella sostienen los penalistas, la sanción es ante todo la respuesta a la lesión de una norma y esto tiene una importante consecuencia. La lesión de una norma tiene que fundamentarse en una relación determinada que está cerca tanto del aspecto comunicativo como del normativo: la sanción se debe basar en la infracción de una norma y debe estar estrechamente vinculada a ésta, si es que en verdad quiere ser la respuesta a esa afectación. La sanción no debe ser la pura y unilateral imposición de un mal, sino debe manter un equilibrio con el daño causado. Por eso es que tiene que suceder la lesión, por lo cual tiene que darse prisa de tal manera que se aplique consecutivamente a la afectación causada y de esta forma pudiera ser, todavía, experimentada como una respuesta a la lesión producida. Luego la pena no puede superar en su intensidad a la intensidad de la lesión de la norma causada, por lo que debe ser proporcional a ésta, es decir, debe ser equitativa. [...] (HASSEMER, 2003, p. 13 e ss.).*

Se por um lado, constata-se a aplicabilidade da proporcionalidade das penas, por outro, vislumbra-se a hipótese de arrependimento posterior prevista precisamente no artigo 6º da referida norma penal. Trata-se da redução de um a dois terços da pena nas hipóteses em que o agente colaborar com o processo de investigação penal.

Outrossim, não se deve olvidar que a Lei 8.072/90 que versa sobre crimes hediondos dispõe, em seu artigo 8º parágrafo único que "o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2 (dois) terços.

A respeito do parágrafo único do artigo 8º, impõe-se tecer duas considerações. A primeira versa sobre mais uma infelicidade do legislador ao ser omissos na elaboração do dispositivo legal. Neste caso específico, o erro foi mais gravoso do que na Lei 9.034/95 onde constata-se a ausência conceitual de organização criminosa. Na Lei de crimes hediondos, sequer há a distinção entre quadrilha e bando, pior, não há previsão legal dos crimes cometidos pelas organizações criminosas. Infere-se daí, a segunda questão: na hipótese de crimes cometidos por organizações criminosas serão estes, sempre regulados por analogia? Tal tratamento poderia ensejar injustiças?

Levando-se a cabo que, a interpretação da norma penal deverá sempre ser feita *stricto sensu* e que os diplomas penais em questão são omissos, resta aos operadores do Direito

valerem-se dos conceitos doutrinários e da analogia; o que não escusam possíveis injustiças.

Em suma, aplicam-se no que couber, o Código de Processo Penal, Código Penal, a Lei de Combate ao Crime Organizado, a Lei de Crimes Hediondos, a Lei institutiva do SISNAD, e as demais normas penais vigentes.

Entretantes cumpre ressaltar que, no que tange ao tráfico de entorpecentes, as condutas criminalizadas são, basicamente, o transporte e a produção de narcóticos, ambos insculpidos nos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06. A referida Lei de combate às drogas inovou ao descriminalizar o mero uso de entorpecentes, isto é, o usuário passa a ser tratado como um doente que necessita de tratamento médico e psiquiátrico.

A descriminalização visa tão somente resguardar o direito dos dependentes químicos, que estão em um estado de vitimização, a um tratamento médico adequado.

### **3 O TRAFICANTE SOB O ASPECTO VITIMIZADOR: A AUSÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ENQUANTO PROMOTOR DA IGUALDADE E JUSTIÇA SOCIAL.**

Consiste em um “poder dever” do Estado Democrático de Direito promover a erradicação das desigualdades sociais e da criminalidade, cuja finalidade é a promoção do bem comum e da justiça social.

É dever do Estado promover políticas públicas de repressão e prevenção à criminalidade. Dentre ambas medidas, as mais importantes classificam-se como as políticas de prevenção. Prevenir a criminalidade, consiste, sobretudo, em promover de forma contínua a dignidade humana, isto é, promover os indivíduos que encontram-se em uma situação de marginalização social, ou simplesmente, de pobreza, de miserabilidade.

Obviamente, não se intenta demonstrar aqui, que o único fator decisivo do caráter criminógeno seria a pobreza ou a miserabilidade, mesmo porque, este é somente um dos multifários fatores contributivos para o caráter delitivo. Entretantes, a efetivação dos preceitos fundamentais-constitucionais fulcrados na elevação dos princípios jurídicos e valores humanos, contribuem significativamente para a redução da propensão à conduta delituosa.

Vale dizer, o narcotráfico consiste em uma opção racional, outrossim, resta-nos indagar: qual (is) o (s) motivo (s) desta opção?

As razões da conduta criminosa não se radicam somente na figura do criminoso, mas estende-se a toda a comunidade, especialmente ao Estado enquanto promotor e fiscalizador dos direitos e garantias fundamentais e, detentor do *Ius Puniendi*. Saliente-se que a responsabilidade do Estado é majorada se comparada a de um cidadão qualquer, isto porque aquele reúne em seu cerne o caráter jurídico e político, ou seja, o Estado resguarda em seu cerne

o poder dever de legislar e aplicar a norma aos casos *sub iudice*.

Logo, a ausência do Estado, ainda que de forma parcial, na efetivação dos preceitos constitucionais da equidade e da justiça social consiste em um dos fatores que impulsionam a opção racional do delito.

Gerando assim, um estado de dupla vitimização, qual seja: em primeiro plano, o narcotraficante torna-se vítima de uma atuação claudica do ente estatal, o que o conduz (de forma consciente e racional) à conduta delitiva na expectativa de adquirir de forma rápida e fácil dinheiro e poder; e em segundo plano, torna-se vítima da própria conduta criminosa uma vez que, o crime organizado figura-se como um “caminho sem volta”, isto é, prevalecem nas sociedades criminosas os tribunais e juízes de exceção, um autêntico poder paralelo.

Uma vez instaurado o estado de dupla vitimização, ou simplesmente, estado sobrevivimizador, verifica-se o aumento da complexidade fática. Vale dizer, uma vez erigida a sobrevivimização torna-se mais difícil reverter tal situação em virtude da multiplicidade de problemas oriundos do referido estado.

Entretantes, apesar de demonstrar-se complexo, não possui, e nem poderia possuir, o caráter de irreversibilidade. O estado sobrevivimizador pode ser minimizado, ou até mesmo erradicado, observando-se da forma mais plena possível os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da igualdade de todos perante a lei.

Neste sentido, elucida Celso Ribeiro Bastos a respeito da dignidade humana, a saber:

*A referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam is individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social. [...] Portanto, o que ele está a indicar é que um dos fins do Estado é propiciar as condições para que as pessoas se tronem dignas. É de lembrar, contudo, que a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto na qualidade de vida desumana quanto na prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido. (BASTOS, 2001, p. 472-473).*

Na mesma esteira, propala o referido constitucionalista a respeito da justiça social, *in verbis*:

*A Justiça é um dos valores fundamentais, transcendendo o próprio direito. [...] O homem revolta-se contra a injustiça. O dar a cada um o que lhe pertence parece constituir-se princípio mínimo para a*



*convivência humana. [...] Daí ter o Estado um papel importante na restauração desses desequilíbrios e desigualdades. Mas o que o Texto Constitucional impõe não é aquela igualdade acenada em países autoritários, e sim igualdade compatibilizada com a liberdade. Isso significa dizer que um valor não pode ser obtido pelo esmagamento do outro. No entanto, para que as injustiças sociais sejam vencidas, é necessário que se supere uma concepção egoísta de vida. Daí a Constituição agregar aos dois valores já referidos a solidariedade. (BASTOS, 2001, p. 490-491).*

Por derradeiro, Eros Grau sustenta que:

*A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. (MS 26.690, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 03/09/08, DJE de 19/12/08).*

Em suma, não se intenta sustentar que a criminalidade está arraigada somente ao potencial aquisitivo, educacional ou cultural, pois se assim fosse, não existiria criminalidade na classe média alta. Pelo contrário, intenta-se demonstrar que estes são apenas uma parte de uma gama de elementos que interferem no potencial criminoso, e que a falta de oportunidades para adquirir e manter uma vida digna pode, em alguns casos, ensejar a delinquência.

Vale ressaltar, o crime reside também em uma opção racional e modo de subsistência. A promoção do cidadão, enquanto ser dotado de dignidade, interfere significativamente na probabilidade à delinquir, isto é, reduz significativamente a chance de determinado indivíduo ingressar na criminalidade em busca de potencial aquisitivo.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em tom de síntese, pode-se constatar que o conceito de crime organizado não possui caráter estático, mas assim como o próprio fato, possui em seu âmago o caráter mutagênico.

Sob outro prisma, vislumbra-se que a intenção do legislador ao tipificar o tráfico, a produção, o armazenamento ou o transporte de entorpecentes justifica-se tão somente em virtude do poder-dever do Estado de proteger a saúde e a segurança pública. Vale dizer, o efeito nocivo que o narcotráfico produz põe em risco o bom funcionamento do corpo social, isto é, a violência física e psíquica, assim como os danos à saúde desencadeados pelo uso de narcóticos, afe-

ta não somente o usuário, mas todos os indivíduos que o cercam.

Com efeito, constata-se o estado de sobrevivitização que pode ser compreendido como o fato de a vítima tornar-se vítima dentro de um quadro já instaurado de vitimização. Tal estado aqui mencionado pode ser traduzido também como o acúmulo de diversos fatores vitimizadores em um único indivíduo. Trata-se de um problema complexo e pouco investigado na seara criminológica, isto é, constata-se que grande parte dos criminólogos estudam pontos estratégicos ou partes específicas da mesma, evitando, assim, conceber a plúride de fatores vitimológicos que podem recair sobre determinado indivíduo.

Neste diapasão, verifica-se que o estado de sobrevivitização não se limita somente na figura do narcotraficante que opta pelo crime como modo de subsistência (questão esta que será melhor laborada no artigo intitulado "O TRÁFICO DE ENTORPECENTES COMO POSTULADO FENOMÊNICO SUBSISTENCIAL"), mas estende-se ao usuário que torna-se vítima do crime organizado e da dependência química.

O narcotraficante, ainda que atue na seara criminal por uma opção racional, utilizando o narcotráfico como modo de subsistência, ainda sim, há por detrás desta atuação ilícita diversos motivos que o impulsionaram a delinquir. Este é o caráter sobrevivitizador que recai sobre o narcotraficante, ou seja, ele é vítima não somente das circunstâncias sociais, culturais, educacionais, econômicas ou genéticas, mas também da própria coerção imposta pela organização criminosa; pelo dever que há entre os membros desta de permanecerem fiéis à própria organização.

No mesmo sentido ocorre com o dependente químico, porém em situação mais gravosa. Este torna-se vítima não somente do próprio uso de narcóticos que ceifa a sua vida de forma paulatina, mas também da discriminação, da coerção imposta pelos narcotraficantes e até mesmo (em determinados casos) vítima do abandono familiar.

O legislador acertou ao conceber o dependente químico como um doente e não como um delinquente. De fato, a dependência química é uma patologia que surte efeitos psicológicos negativos no seio familiar do próprio dependente. Entrementes, cabe ao legislador evoluir no que tange à adequação da lei 9.034/95, bem como no Código Penal, no sentido de, estabelecer o conceito de organização criminosa e diferenciá-lo de quadrilha e bando.

#### **REFERÊNCIAS**

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 1.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Pequeno dicionário da língua portuguesa. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.

HASSEMER, Winfried. Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

LYRA, Roberto. Sociologia Criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PELEGRINI, Angiolo; COSTA JR, Paulo José da. Criminalidade organizada. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

## **NOTAS DE FIM**

1 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 CEJUFE/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. Professor e Pesquisador da Faculdade de Minas (FAMINAS-BH). 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: cristiankiefner@yahoo.com.br

2 Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Monitor de Hermenêutica e Argumentação Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e do Grupo de Pesquisa Direito, Constituição e Processo "José Alfredo de Oliveira Baracho". E-mail para contato: emmanuelversiani@hotmail.com



# A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA INSERÇÃO E MANUTENÇÃO DO IDOSO NO MERCADO DE TRABALHO – A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA

Guilherme Carvalho Monteiro de Andrade<sup>1</sup>

Brenda Lima Costa<sup>2</sup>

Thaís Bentes Leonel<sup>3</sup>

Thássyla Martins Athayde Lobato<sup>4</sup>

RESUMO: Visto que a população idosa vem crescendo no país, é preciso que as empresas, de forma a cumprir com a sua função social e primando pelo princípio da dignidade da pessoa humana, promovam a criação de medidas para a integral inserção do senil no mercado de trabalho. Embora ainda não haja programas públicos de capacitação e inclusão dos idosos, acredita-se que, somente por meio de incentivos ou sanções, os empresários passarão a contar com a mão de obra dos maiores de sessenta anos.

PALAVRA-CHAVE: Inserção do Idoso. Direito Empresarial. Mercado de trabalho. Função Social.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O papel da empresa na preservação da dignidade da pessoa humana do idoso; 3. Conclusão; 4. Referências

ÁREA DE INTERESSE: Direito Empresarial

## 1 INTRODUÇÃO

No momento em que completa seu aniversário de 10 anos, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) ainda se apresenta como regulamentação desconhecida para muitas pessoas, notadamente para empresários.

O referido estatuto, além de complementar dispositivos constitucionais no que tange às garantias aos direitos dos idosos, especificamente nos artigos 1º ao 7º (Lei 10.741/03)<sup>5</sup>, garante ao senil a possibilidade de continuidade no mercado de trabalho (artigos 26, 27 e 28º da referida lei).

Contudo, ainda existem diversos cidadãos que enxergam a população envelhecida com menosprezo e reputando que tais pessoas não podem mais participar do mercado de trabalho, em função da suposta diminuição da capacidade produtiva.

O objetivo do presente artigo é demonstrar o crescimento da população idosa no Brasil e o modo que a legislação atual dispõe sobre a inserção dessas pessoas no mercado de trabalho.

Será visto que ainda há muitas deficiências normativas e, principalmente, que faltam recursos administrativos do Estado para compelir a sociedade a promover a integral inclusão dos idosos.

Todavia, nada obstante tais dificuldades, pretende-se demonstrar que existe a obrigação do Estado, da sociedade e dos empresários de incluírem as pessoas idosas no seio da convivência social.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a

prestigiar o interesse coletivo em detrimento do individual, com mudanças significativas no que diz respeito à valorização da família, da criança e do idoso, por exemplo.

Dentro dessa ordem de idéias, a Carta Política de 1988 trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana, que se desdobra em vários outros princípios (como o da liberdade, da integridade física, da saúde, etc.) que buscam o bem-estar do ser humano e possuem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

No contexto constitucional vigente, em seu papel de ente jurídico, a empresa se apresenta como peça fundamental na construção de um novo paradigma, devendo cumprir a sua função social no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, leciona Modesto Carvalhosa:

*Na composição dos diversos interesses imbricados na atividade societária encontram-se os coletivos. Cabe ao administrador proporcionar meios de maximização dos lucros sociais, desde que atendidas as exigências do bem público. Não se trata, pois, de superar o aspecto contratual de lucratividade para levar em conta outros interesses. O que deve nortear a conduta do administrador é a harmonização dos fins sociais com os demais interesses da comunidade.<sup>7</sup>*

Adiante será demonstrado quão importante e obrigatória é a atuação da empresa na inserção e manutenção dos maiores de sessenta anos no mercado de trabalho, na qualidade de entidade exercente de uma função social.

## **2 O PAPEL DA EMPRESA NA PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO IDOSO**

As empresas nem sempre pautaram o exercício de sua atividade considerando a necessidade de buscar um fim social na execução de seu objeto.

Muito embora a batalha constante pela percepção de lucros seja inerente ao desenvolvimento de qualquer atividade empresarial, é possível dizer que, nos dias atuais, o explorador da atividade deve prezar pelo desenvolvimento sustentável dos negócios, com respeito aos próprios interesses e também aos bens coletivos e de terceiros.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 insere no ordenamento jurídico nacional essa necessidade de a empresa ter uma função social, conforme define a regra do artigo 170.<sup>8</sup>

Segundo Waldírio Bulgarelli, *"a função social da empresa deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno da empresa"*.<sup>9</sup>

O empresário passou a ter novas normas a serem seguidas, sendo que o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), nos artigos 966, 970, 971 e 974<sup>10</sup>, ainda que de modo sutil, enfatizou a função social da empresa, o que já havia sido feito pela Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), nos artigos 116, parágrafo único, e 154<sup>11</sup>.

Dentre as normas que visam o combate à discriminação no âmbito trabalhista estão a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente em seu artigo 7º, a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 1965, e a Lei 9.029/98.<sup>12</sup>

Mesmo assim, o Brasil está entre os primeiros lugares, no que diz respeito à prática da discriminação trabalhista que é ocorrente no mundo inteiro.

Buscando mudar essa realidade, a Organização das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho vêm realizando ações afirmativas que visam a eliminar as discriminações entre as diferentes parcelas da sociedade, colocando em prática as disposições legais já existentes para atingir a igualdade nas relações de trabalho.<sup>13</sup>

A Consolidação das Leis do Trabalho também coíbe a discriminação e dispõe sobre a necessidade de igualdade na seara trabalhista, o que pode ser verificado em seus artigos 5º e 461<sup>14</sup>. O obreiro também conta com a proteção do Ministério Público do Trabalho, que atua para proteger o trabalhador dos abusos praticados no âmbito trabalhista. Dentre as medidas de proteção do Ministério Público está o Programa Promoção de Igualdade de

Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho, criado com o objetivo de definir estratégias de atuação institucional, respeitando o princípio da unidade e a independência funcional, combate a exclusão social e a discriminação no trabalho, sua atuação ocorre principalmente no combate a discriminação de trabalhadores, inclusão de pessoas com deficiência ou reabilitadas no mercado de trabalho e proteção da intimidade dos trabalhadores.<sup>15</sup>

As normas existem e o fato social continua à mostra e sem a efetiva proteção, uma vez que os idosos não estão realmente inseridos de forma integral no mercado de trabalho.

Segundo o IBGE, em 1950, o número de pessoas com mais de 60 anos era de 204 milhões; já, em 1998, esse número aumentou para 579 milhões. De acordo com essa proporção, a estimativa é que, em 2050, a população mundial de idosos será de 1,9 bilhões.<sup>16</sup>

No que se refere à população idosa nacional, em 1940, os idosos correspondiam a 4,1% dos brasileiros; em 1970, a 5,1%; em 1980, a 6,1%; e, em 1991, chegavam a quase 7,4% da população brasileira.<sup>17</sup>

Surge, então, uma importante indagação: o Brasil está preparado para incluir esses idosos no mercado de trabalho, tanto no plano legislativo como por meio de execução de políticas públicas de incentivos a tal inserção?

A resposta não é simples, pois a inclusão de pessoas idosas no mercado de trabalho significa alterar a cultura das empresas, modificar a forma pela qual a atividade econômica é organizada, obrigá-las a redefinirem seu planejamento de custos.

A respeito da importância de transformar o paradigma legal em inclusão verdadeira do idoso, válida a colocação de Alexandre de Moraes:

*"Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado para com os cidadãos da terceira idade, que contribuiram para seu crescimento e desenvolvimento, o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento àqueles que construíram com amor, trabalho e esperança a história de nosso país tem efeito multiplicador de cidadania, ensinando às novas gerações a importância de respeito permanente aos direitos fundamentais, desde o nascimento até a terceira idade."*<sup>18</sup>

Também importante a opinião de Norberto Bobbio<sup>19</sup>, para quem *"a perspectiva negativa da velhice, presente na gênese de sua ideia, teve como maior consequência um fato do qual os velhos ainda*



*hoje não conseguiram superar: a sua exclusão da vida social."*

Dois caminhos surgem para suprir a necessidade debatida neste artigo: a) o incentivo do Estado aos empresários a inserirem os idosos por meio de concessão de benefícios econômicos; ou b) punição dos empresários que não cumprirem tal determinação legal, com sanções pecuniárias.

A criação de políticas públicas voltadas à capacitação dos idosos, por meio de oferta de cursos diversos, e a efetiva fiscalização por parte do Estado, são o único meio de o mandamento legal ser cumprido pelos empresários.

Vale destacar que grande parte dos idosos, inclusive os já aposentados, tem uma postura profissional ativa. Ora devido a questões financeiras, ora por necessidade de manterem-se em contato com o mercado no exercício de suas funções.

A inserção e manutenção do idoso no ambiente profissional são de suma importância, uma vez que o trabalho possibilita àquele sentir-se útil, aumentando sua auto-estima e evitando o desenvolvimento de doenças, como a depressão, que é cada vez mais crescente nessa faixa etária.<sup>20</sup>

Exemplos positivos dessa política de inserção do idoso não faltam, como destaca notícia veiculada no Jornal Estadão, abaixo transcrita:

*"É o caso do contabilista da FBM Consulting, Osvaldo Cesarino, de 59 anos. Aposentado há seis anos, ele investiu em uma consultoria própria nos primeiros anos de "liberdade" e depois foi convidado pela empresa para voltar ao mercado de trabalho em 2011. Hoje, ele presta consultoria para os clientes da FBM e cumpre uma carga horária de oito horas por dia.*

*Atividade. "Gosto de ficar ativo. Tenho experiência e muito gás para queimar. Já trabalhei 12 horas por dia. Para mim o que faço hoje é tranquilo. É uma forma de complementar a minha renda mensal - afinal todos sabem do encolhimento dos salários com a aposentadoria - e me manter ocupado", ressalta.*

*Outro que não quer trocar a vida corporativa por nada é o consultor de recursos humanos da BDO RCS Nelson Moschetti, de 68 anos. Aposentado há 16 anos, teve pouco tempo de descanso antes de ingressar na empresa em 2001. Desde então, dedica boa parte do seu dia a desenvolver projetos de gestão para os clientes da empresa. "Meu xodó é o treinamento gerencial que ofereço para profissio-*

*nais que ocupam cargos de chefia. Afinal, todo chefe precisa saber gerenciar uma equipe", comenta.*

*Para ele, além do complemento salarial, trabalhar é uma forma de se manter "atenado" e aprender. "Nunca podemos acreditar que não temos mais nada para conhecer. É muito gratificante ensinar aos jovens e trocar experiências com eles. Já aprendi muita coisa e vou continuar aprendendo".<sup>21</sup>*

É imperioso destacar que o Estado deve fornecer meios próprios para o idoso manter sua própria subsistência, sem obrigá-lo a trabalhar após a aposentadoria, mas como forma de complementar sua renda, já que os poucos proventos normalmente auferidos não costumam cobrir as despesas mais básicas. O idoso deve ter a opção entre continuar em sua atividade profissional ou parar de trabalhar.

A senilidade não pode ser vista como um obstáculo à continuação das atividades profissionais, pois o idoso tem muito a oferecer às empresas com a sua experiência e conhecimento, além de que a inserção dessa população no mercado de trabalho ajuda a desenvolver a economia do país.

Lamentavelmente, grande parte das empresas ainda trata os idosos de forma diferenciada e pré-conceituosa, utilizando-se da idade como um dos primeiros e mais relevantes critérios para dispensar ou contratar funcionários.

José Afonso da Silva chama a atenção para esse tratamento desigual:

*"A idade tem sido motivo de discriminação, mormente no que tange às relações de emprego. Por um lado, recusa-se emprego a pessoas mais idosas, ou quando não, dão-se-lhes salários inferiores aos dois demais trabalhadores. Por outro lado, paga-se menos a jovens, embora para a execução de trabalho idêntico ao de homens feitos. A Constituição traz norma expressa proibindo diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de idade (art. 7º, XXX). À vista desse texto, fica interdito estabelecer idade máxima para o ingresso no serviço, como tem ocorrido até agora."<sup>22</sup>*

Além de ilegal, revela-se grande equívoco pensar que o trabalhador idoso é improdutivo, que tem menor força física e maior lentidão intelectual.

Várias empresas sinalizaram que essa realidade não é assim, sendo importante citar, apenas para ilustração do raciocínio, caso como o da rede de supermercados mineira Verde, que passou a

recrutar idosos para diversas funções, exatamente imbuída do espírito de aproveitar essa mão de obra no exercício da atividade empresarial. Confira-se abaixo trecho de notícia veiculada no Jornal O Tempo a respeito desse caso:

*Para driblar a falta de mão de obra qualificada, as empresas estão ampliando o perfil de contratação. Conseguir colocação no mercado de trabalho na terceira idade está deixando de ser um problema. O embalador do supermercado Verdemar Ely de Sá Gonçalves, de 70 anos, confirma essa situação. Aposentado, ele decidiu voltar à ativa. "Não gosto de ficar parado. Quando aposentei, fiquei três anos sem trabalhar, mas cansa ficar em casa sozinho", conta ele. Além do reforço no orçamento, o trabalho na terceira idade ajuda na socialização. "Tenho amizade com os colegas de trabalho e com os clientes. Também sou muito bem tratado por todos na empresa. O trabalho aqui é muito bom", diz o viúvo, pai de quatro filhos e que já desempenhou diversas funções em toda a sua vida, como vigilante, porteiro, além de atuar na área de manutenção industrial.* <sup>23</sup>

Outro exemplo importante para reforçar o argumento é o do indiano Muhammad Yunus, conhecido como o banqueiro dos pobres, que se popularizou por emprestar dinheiro a moradores de uma aldeia, sem a cobrança de juros e sem data certa para o pagamento da dívida. Muhammad Yunus criou, então, a primeira instituição financeira que não se baseia apenas em política de resultados econômico-financeiros, mas também humanísticos. Muito apropriado citar a colocação feita pelo referido banqueiro acerca da necessidade de os empresários participarem da inclusão social dos excluídos em todos os seguimentos da sociedade. Confira-se:

*Nós acreditamos que a pobreza não tem lugar numa sociedade civilizada, e sim nos museus.' (...) Sua ação e seus valores não veem os pobres como sobra da sociedade, mas como seres humanos que merecem alcançar a cidadania, a vida digna*<sup>24</sup>

Muhammad Yunus, ganhador do Prêmio Nobel da Paz e é considerado o grande mentor do microcrédito, demonstra ao mundo capitalista que a atividade de uma empresa não pode se limitar a busca pelos resultados econômico-financeiros, devendo, também pautar-se pela concretização de sua função social.

Alguns empresários brasileiros mostram que entenderam a importância dessa política de inclusão trazida especialmente pelo Estatuto do Idoso, diploma que garante aos maiores de sessenta anos

o direito ao exercício de atividades profissionais de acordo com suas condições físicas, intelectuais e psíquicas, no qual veda a discriminação no âmbito trabalhista e a fixação de idade máxima para o trabalho, com exceção dos casos em que a natureza do cargo exigir.

Sobre esse ponto, importantíssima a opinião do gerente de expertise da empresa Hays, André Magro:

*Com a situação econômica favorável ao Brasil, muitas empresas estão trazendo novos projetos para o País. E são projetos de longo prazo, que necessitam de mais gente. E mesmo com o volume de profissionais que se formam todos os anos nas universidades, haverá um déficit de mão de obra. Por isso, os aposentados e seniores serão muito requisitados. Além de dominarem perfeitamente a sua área, trazem resultados imediatos à corporação. Muitos, inclusive, voltam ao mercado como consultores", comenta o gerente de expertise da Hays, André Magro.* <sup>25</sup>

Mas, o que fazer em relação aos empresários que não cumprem esse papel que a lei impôs?

É necessário que o Estado atue de forma mais ativa na execução de políticas pró-inclusão dos idosos no mercado de trabalho, criando sanções para as empresas descumpridoras dessa obrigação legal e também incentivos àquelas que pretendem se valer desse tipo de mão de obra.

Uma proposta de inclusão foi apresentada pela desembargadora do trabalho mineira Maria Lúcia Cardoso de Magalhães, no artigo "A discriminação do trabalhador idoso - responsabilidade social das empresas e do estado"<sup>26</sup>, por meio da qual a autora sugere que algumas empresas utilizem o trabalho do idoso por tempo parcial<sup>27</sup>, o que possibilitaria, além da utilização da mão de obra idosa, a renovação do quadro funcional, assim como permitiria o compartilhamento de experiência entre os mais velhos com jovens que estão apenas começando no mercado de trabalho.

Sugere também referida autora que as empresas promovam cursos de atualização, que poderiam propiciar a reciclagem dos trabalhadores e a revisão de funções. Além disso, a mencionada desembargadora propõe a implantação do Programa de Preparação para a Aposentadoria - PPA- que surgiu nos Estados Unidos na década de 50 e veio a ser implantado no Brasil a partir do SESC na década de 70 em São Paulo. Esse programa é composto por dois módulos: no primeiro, discutem-se as questões relativas ao envelhecimento; no segundo, apresentam-se os recursos socio-culturais e de serviços à comunidade propícios aos idosos.<sup>28</sup>

A aludida autora sugere, ainda, que a redução da contri-



buição previdenciária patronal sobre o rendimento pago aos empregados idosos seja outra medida adotada, pois, "poderia servir de estímulo à contratação de pessoas nessa faixa etária, já que a diminuição dos encargos trabalhistas é uma das maiores demandas da classe empresarial".<sup>29</sup>

Esses sistemas de prestações sociais visam proteger os trabalhadores de diversos riscos, como: pobreza, doença, invalidez, velhice e desemprego. Essa proteção se dá através de incentivos financeiros e de uma postura ativa dos Estados membros que coordenam políticas econômicas e sociais, traçando metas para que haja uma efetiva melhora na condição de vida dos trabalhadores. No ano de 2010, dentre as metas traçadas, estava o aumento da taxa de emprego para 50% da população entre a faixa etária de 55-64 anos de idade.<sup>30</sup>

Além dos incentivos financeiros, há também incentivos sociais, que apoiam a procura de trabalho e formação profissional por parte dessa classe.

Essa política de prestação social foi experimentada na União Européia<sup>31</sup>, tendo os Estados Membros interferido na realidade social e atuado para minimizar os efeitos do desemprego e da desigualdade social.

Além dessas propostas, há, também, outra alternativa para a continuidade da participação do idoso no mercado de trabalho, como a abertura do terceiro setor, onde os serviços voluntários e os de utilidade poderiam ser geridos por idosos.

O desenvolvimento do diálogo entre as gerações (idosa e jovem) para troca de experiências e informações, assim como medida preventiva, propõe a promoção da formação profissional ao longo da vida.<sup>32</sup>

Referido programa irá promover a criação de postos de trabalho para pessoas com mais de 60 anos de idade, em contrapartida as empresas terão benefícios com redução de 50% do valor dos contratos, nas alíquotas das contribuições sociais destinadas ao Serviço Social da Indústria (Sesi), Serviço Social do Comércio (Sesc), Serviço Social do Transporte (Sest), Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat), Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), bem como salário educação e para o financiamento do seguro de acidente do trabalho.

Além disso, o programa visa preparar os trabalhadores, com um ano de antecedência para a aposentadoria através de novos projetos sociais e esclarecimento sobre direitos e cidadania.<sup>33</sup>

Como visto, além de base legal, a inserção do idoso no mercado de trabalho, tem inúmeras formas de ser implementada.

Diante de tantas possibilidades, não é aceitável que algu-

mas empresas continuem discriminando a população idosa, pois o cidadão com mais de sessenta anos tem direito de ser inserido e mantido no mercado de trabalho, possuindo, na grande maioria dos casos, ampla contribuição física e intelectual a oferecer aos empresários.

Se as empresas não estão fazendo isso que se falou acima de forma espontânea, cabe ao Estado obrigá-las a executar essa determinação legal, por meio de ações afirmativas, tais como através de imposição de sanções aos inadimplentes.

A título comparativo, a Lei 8.213/91 criou a obrigação de as empresas promoverem a inserção dos portadores de necessidades especiais no mercado de trabalho, sendo essa talvez uma das soluções para o problema ora em debate, pois o Brasil adquiriu experiência em termos de políticas de ações afirmativas, com erros e acertos que podem ser aproveitados para a inclusão dos idosos.

A aplicação de multa<sup>34</sup> às empresas em razão da não contratação de deficientes para o exercício de funções pode ser, analogicamente, aplicada a não contratação do idoso, de modo a incentivar que se diminua a discriminação pelo requisito da idade.

Para ilustrar o raciocínio, cita-se o caso da empresa Recofarma Indústria do Amazonas Ltda., condenada na 3ª Vara do Trabalho em Brasília (Processo 00010-80.2013.5.10.00.0003) indenizar os danos morais coletivos causados pela ausência de contratação do mínimo de trabalhadores deficientes previsto pelo artigo 93 Lei 8213/91. Além dessa indenização, referida empresa foi obrigada a contratar, em até seis meses, empregados com deficiência ou reabilitados, até atingir o mínimo de quatro por cento dos seus empregados, sob pena de pagar multa diária de mil reais por vaga não preenchida.<sup>35</sup>

A imposição de sanção não é a melhor das políticas, mas talvez seja a solução efetiva para a inclusão do idoso no mercado de trabalho.

É preciso ressaltar, todavia, que as empresas não podem ser compelidas a cumprir essa obrigação legal se o Estado e a sociedade não auxiliarem os empresários na capacitação dos idosos para a inserção e manutenção nas atividades laborais.

Com base nesse argumento, vários juízes tem indeferido pedido de condenações de empresas pelo não cumprimento de cotas de deficientes, quando provado que a ré da ação judicial tentou contratar portador de necessidade especial e não conseguiu.<sup>36</sup>

A sociedade precisa se preparar para enfrentar esse aumento constante na expectativa de vida da população, modificando sua estrutura, a fim de priorizar e resguardar a dignidade e o convívio em sociedade de pessoas com mais de 60 anos, segundo normas expressas previstas no texto da lei, como os artigos 3º, incisos I, III, IV, 227 e 230 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>37</sup>.

### 3 CONCLUSÃO

O presente artigo trabalhou a obrigatoriedade dos empresários em assumir seu papel de agentes inclusores de idosos em ambientes profissionais.

Restou demonstrado que existe uma grande necessidade social, devido à exponencial majoração dessa população idosa, bem assim que há carência de oferta de mão de obra qualificada no mercado de trabalho brasileiro.

Numa situação em que a sociedade necessita de empregados qualificados, não é razoável que parte da mão de obra seja simplesmente desprezada, apenas em função de sua idade biológica.

O fator idade não pode ser utilizado como critério (único, nem principal) de inserção ou manutenção do profissional no mercado, porque essa atitude do empresário caracteriza grave discriminação à dignidade da pessoa humana do idoso.

Embora não haja programas públicos (em quantidade e qualidade adequadas) de capacitação e inclusão dos idosos, acredita-se que somente por meio de incentivos ou sanções os empresários passarão a contar com a mão de obra dos maiores de sessenta anos.

Um país que pretende ser grande não pode desconsiderar aqueles que trabalharam pelo crescimento da nação e que podem continuar laborando para o seu desenvolvimento.

### 4 REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Adriana de Oliveira. Velhos institucionalizados e família: entre abafos e desabafos. Campinas-SP: Editora Alínea, 2009. (Coleção velhice e sociedade).

ALMEIDA, Maria Christina de. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. Revista de Direito Argumentum, Universidade de Marília, v. 3 (ISSN - 1677-809X) Marília: UNIMAR, 2003.

ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez/UNICAMP, 1995.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. Tempo de memória: de senectude e outros escritos autobiográficos. Tradução: Daniela Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOMFIM, Benedito Calheiros. Estatuto do idoso. Revista Jurídica Consulex, Ano VII, n.162, 15 de outubro/2003.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. 10a edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Lei de Sociedades Anônimas, Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. 10a edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULGARELLI, Waldírio. Sociedades Comerciais. 10 Ed. Atlas: São Paulo, 2001.

CAIXETA, Maria Cristina Diniz. Combate à discriminação. Revista Mens Legis, Ano 2008, p. 44-45.

CARTA DOS IDOSOS À NAÇÃO BRASILEIRA. Avaliando a aplicação do Estatuto do Idoso. Revista A Terceira Idade. São Paulo, v.16, n.34, p.1-104, out./2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 34. edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Comentários sobre a Profissionalização e o Trabalho do Idoso (comentários aos arts. 26 a 28, da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso).

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ONAGA, Marcelo; VITAL, Nicholas. A busca por um Brasil competitivo. Revista Exame. ed. 987. Ano 45, n. 4, reportagem de 9.3.2001.

\_\_\_\_\_. Os sentidos do trabalho. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

RULLI NETO, Antônio. Proteção legal do idoso no Brasil: universalização da cidadania. São Paulo: Fiuza, 2003.

SANTOS, Silvana Sidney Costa. Programa de preparação para a aposentadoria - PPA: compromisso da empresa com o funcionário. Disponível em [http://www.uol.com.br/cultvox/novos\\_artigos/aposentadoria.pdf](http://www.uol.com.br/cultvox/novos_artigos/aposentadoria.pdf).

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18 ed. São Paulo: malheiros Editores, 2000, pag. 228.

SOUSA, Ana Maria Viola de. Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar. São Paulo: Alínea, 2004.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília 2006.



Disponível em: <http://www.fetaeg.org.br/site:asp?secao=noticias&pub=464> . Acesso em 15 dez. 2013 às 15h.

Disponível em: <http://periodicos.unitau.br/ojs2.2/index.php/humanas/article/viewFile/454/419> . Acesso em 15 dez. 2013 às 16h10min.

Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/pid/revista-1.htm> . Acesso em 16 de dez às 10h.

Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2007/08/01/lucia-vania-propoe-medidas-para-inserir-idosos-no-mercado-de-trabalho> . Acesso em 16 de dez às 20h30min.

Disponível em: [http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_78/maria\\_lucia\\_cardoso\\_magalhaes.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_78/maria_lucia_cardoso_magalhaes.pdf) Acesso em 23 de dez às 10h23min.

Disponível em: [http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod\\_canal=44&cod\\_noticia=20244](http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_canal=44&cod_noticia=20244) . Acesso em 23 de dez às 11h50min.

Disponível em: <file:///C:/Users/win%20xp/Documents/Grupo%20de%20estudos/O%20Resgate%20da%20dignidade%20humana%20do%20idoso%20atrav%C3%A9s%20do%20trabalho%20-%20Artigos%20-%20Jus%20Navigandi.htm> . Acesso em 6 de jan de 2014 às 10h58min.

Disponível em: <http://www.linguee.com.br/portuguesfrances/traducao/presta%E7%F5es+sociais.html> . Acesso em 2 de fev de 2014 às 18h37min.

## NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito Empresarial. Professor de Direito Empresarial do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e de Cursos de Pós-Graduação em Direito do IBMEC. Coordenador da Comissão de Minas Gerais do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial (IBRADEMP-MG). Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial (GEPEM) do Centro Universitário Newton Paiva Autor de artigos científicos, pareceres e palestrante.

2 Aluna do 9º Período do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Monitara da Disciplina Direito Empresarial e do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial (GEPEM) do Centro Universitário Newton Paiva.

3 Aluna do 8º Período do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial (GEPEM) do Centro Universitário Newton Paiva.

4 Aluna do 7º Período do Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial (GEPEM) do Centro Universitário Newton Paiva

5 Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

6 Art. 26. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respei-

tadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

7 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 281.

8 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

9 BULGARELLI, Waldírio. Sociedades Comerciais. 10 Ed. Atlas: São Paulo, 2001.

10 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1o Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

11 Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurí-

dica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

§ 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

§ 2º É vedado ao administrador:

12 Disponível em: <http://mirandaereis.blogspot.com.br/2007/05/discriminao-no-mbito-das-relaes.html>. Acesso em 14 fev. 2013 às 19h03min.

13 Disponível em: <http://mirandaereis.blogspot.com.br/2007/05/discriminao-no-mbito-das-relaes.html>. Acesso em 14 fev. 2013 às 19h03min.

14 Art. 5º. A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

Art. 461. 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.

15 Disponível em: [http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal\\_do\\_mpt/area\\_de\\_atuacao/discriminacao/!ut/p/c5/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN\\_E3cjA88QU1N3L7OgsFBfM6B8pFm8AQ7gaEBAt5d-VHpOfhLQnnCQzb-jVOppC5PHY5OeRn5uqX5AbURkckK4IAFiz3fcl/dl3/d3/L2dJQSEvUU-t3QS9ZQnZ3LzZfQUdTSUJCMUEwTzRHMjBJVDU1R0o2UIZQUTI/](http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/discriminacao/!ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgsFBfM6B8pFm8AQ7gaEBAt5d-VHpOfhLQnnCQzb-jVOppC5PHY5OeRn5uqX5AbURkckK4IAFiz3fcl/dl3/d3/L2dJQSEvUU-t3QS9ZQnZ3LzZfQUdTSUJCMUEwTzRHMjBJVDU1R0o2UIZQUTI/). Acesso em 14 fev. 2013 às 20h06min.

16 Disponível em: <http://www.fetaeg.org.br/site.asp?secao=noticias&pub=464>. Acesso em 15 dez. 2013 às 15h00min.

17 Disponível em: <http://periodicos.unitau.br/ojs-2.2/index.php/humanas/article/viewFile/454/419>. Acesso em 15 dez. 2013 às 16h10min.

18 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 805.

19 BOBBIO, Norberto. Tempo de memória: de senectude e outros escritos autobiográficos. Tradução: Daniela Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 1997.

20 Disponível em: <http://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/3913/depressao>. Acesso em 16 dez. 2013 às 17h30min.

21 Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,idosos-voltam-ao-mercado-de-trabalho,850072,0.htm>. Acesso em 16 dez de 2013 às 17h50min.

22 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18 ed. São

Paulo: malheiros Editores, 2000, pag. 228.

23 Disponível em: <http://www.otempo.com.br/super-noticia/empresas-investem-em-idosos-na-m%C3%A3o-de-obra-1.73054>. Acesso em 16 de fevereiro de 2014 às 17h.

24 Disponível em: [http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/estante/estante\\_264059.shtml](http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/estante/estante_264059.shtml). Acesso em 20 de janeiro de 2014 às 14h25min.

25 Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,idosos-voltam-ao-mercado-de-trabalho,850072,0.htm>. Acesso em 17 de jan de 2014 às 11h20min.

26 Disponível em: [http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_78/maria\\_lucia\\_cardoso\\_magalhaes.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_78/maria_lucia_cardoso_magalhaes.pdf). Acesso em 23 dez às 10h50min.

27 O trabalho a tempo parcial é aquele em que o trabalhador apresenta, menos de 25 horas semanais de jornada de trabalho. Trata-se de uma flexibilização da jornada de trabalho que está prevista atualmente na CLT no artigo 58-A, acrescido com a MP 2164-41 de 2001.

28 Disponível em: [http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal\\_do\\_mpt/area\\_de\\_atuacao/discriminacao/!ut/p/c5/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN\\_E3cjA88QU1N3L7OgsFBfM6B8pFm8AQ7gaEBAt5d-VHpOfhLQnnCQzb-jVOppC5PHY5OeRn5uqX5AbURkckK4IAFiz3fcl/dl3/d3/L2dJQSEvUU-t3QS9ZQnZ3LzZfQUdTSUJCMUEwTzRHMjBJVDU1R0o2UIZQUTI/](http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/discriminacao/!ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgsFBfM6B8pFm8AQ7gaEBAt5d-VHpOfhLQnnCQzb-jVOppC5PHY5OeRn5uqX5AbURkckK4IAFiz3fcl/dl3/d3/L2dJQSEvUU-t3QS9ZQnZ3LzZfQUdTSUJCMUEwTzRHMjBJVDU1R0o2UIZQUTI/). Acesso em 14 fev. 2013 às 20h06min.

29 Disponível em: [http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_78/maria\\_lucia\\_cardoso\\_magalhaes.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_78/maria_lucia_cardoso_magalhaes.pdf). Acesso em 23 de dez. 2013 às 10h23min.

30 Disponível em: [http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal\\_do\\_mpt/area\\_de\\_atuacao/discriminacao/!ut/p/c5/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN\\_E3cjA88QU1N3L7OgsFBfM6B8pFm8AQ7gaEBAt5d-VHpOfhLQnnCQzb-jVOppC5PHY5OeRn5uqX5AbURkckK4IAFiz3fcl/dl3/d3/L2dJQSEvUU-t3QS9ZQnZ3LzZfQUdTSUJCMUEwTzRHMjBJVDU1R0o2UIZQUTI/](http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/discriminacao/!ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgsFBfM6B8pFm8AQ7gaEBAt5d-VHpOfhLQnnCQzb-jVOppC5PHY5OeRn5uqX5AbURkckK4IAFiz3fcl/dl3/d3/L2dJQSEvUU-t3QS9ZQnZ3LzZfQUdTSUJCMUEwTzRHMjBJVDU1R0o2UIZQUTI/). Acesso em 14 fev. 2013 às 20h06min.

31 Disponível em: [http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal\\_do\\_mpt/area\\_de\\_atuacao/discriminacao/!ut/p/c5/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN\\_E3cjA88QU1N3L7OgsFBfM6B8pFm8AQ7gaEBAt5d-VHpOfhLQnnCQzb-jVOppC5PHY5OeRn5uqX5AbURkckK4IAFiz3fcl/dl3/d3/L2dJQSEvUU-t3QS9ZQnZ3LzZfQUdTSUJCMUEwTzRHMjBJVDU1R0o2UIZQUTI/](http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/discriminacao/!ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgsFBfM6B8pFm8AQ7gaEBAt5d-VHpOfhLQnnCQzb-jVOppC5PHY5OeRn5uqX5AbURkckK4IAFiz3fcl/dl3/d3/L2dJQSEvUU-t3QS9ZQnZ3LzZfQUdTSUJCMUEwTzRHMjBJVDU1R0o2UIZQUTI/). Acesso em 14 fev. 2013 às 20h06min.

32 Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/pid/revista-1.htm>. Acesso em: 16 de dez às 10h.

33 Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/mate>



rias/2007/08/01/lucia-iania-propoe-medidas-para-inserir-idosos-no-mercado-de-trabalho. Acesso em 16 de dez. 2013 às 20h30min

34 A multa é a prevista no art. 133 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, calculada na seguinte proporção, conforme estabelece a Portaria nº 1.199, de 28 de outubro de 2003:

para empresas com 100 a 200 empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de zero a 20%;

para empresas com 201 a 500 empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de 20 a 30%;

para empresas com 501 a 1.000 empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de 30 a 40%;

para empresas com mais de 1.000 empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de 40 a 50%.

§ 1º O valor mínimo legal a que se referem os incisos I a IV deste artigo é o previsto no art. 133 da Lei nº 8.213, de 1991.

§ 2º O valor resultante da aplicação dos parâmetros previstos neste artigo não poderá ultrapassar o máximo estabelecido no art. 133 da Lei nº 8.213, de 1991.

35 Disponível em: [http://www.granadeiro.adv.br/template/template\\_clipping.php?id=12371](http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?id=12371). Acesso em 6 de mar. 2014 às 23h13min.

36 A esse respeito, ver artigo publicado em <http://www.conjur.com.br/2013-jan-15/empresa-nao-multada-nao-preencher-cota-deficiente>

37 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;

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. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

# AS DIFICULDADES DAS EMPRESAS DO SETOR PRIVADO PARA O CUMPRIMENTO DA LEI DE COTAS FACE À CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Leandro Henrique Simões Goulart<sup>1</sup>

Patrícia Maria Vila Nova de Paula<sup>2</sup>

RESUMO: O presente estudo pretende enfatizar as maiores dificuldades na inclusão de pessoas com deficiência nas empresas do setor privado, visa ainda esclarecer sobre as normas, jurisprudências e pensamentos doutrinários jurídicos envolvidos na discussão, em casos de reserva de vagas, verificando como os empresários brasileiros vêm enfrentando os problemas relativos à dificuldade do cumprimento da norma que estabelece a reserva legal das vagas.

PALAVRAS-CHAVE: Inclusão Social; Pessoas com deficiência; Empresas do Setor Privado; Reserva Legal; Dificuldades para a eficácia da Lei de Cotas.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O sistema de cotas para inserção das pessoas com necessidades nas empresas do setor privado no Brasil; 3. As dificuldades das empresas do setor privado para o cumprimento das cotas; 4. A Exclusão da base de cálculo das cotas de cargos a serem ocupados por empregados de plena capacitação física e mental; 5. Considerações finais.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional

---

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 no Brasil representou um marco em relação aos direitos sociais para as pessoas com deficiência, pois visou retirar a figura até então presente do assistencialismo, para oferecer espaço à integração social, buscando promover meios de acesso para facilitar o convívio social deste grupo.

Neste sentido foi criada a Lei n.8.213, de 24.07.1991, que em seu artigo 93, estabelece a obrigatoriedade de que as empresas do setor privado com 100 (cem) ou mais funcionários incluam em seus quadros de empregados uma cota com pessoas com deficiência, como também dispõem sobre os procedimentos de dispensa deste empregado.

Entretanto, a eficácia deste dispositivo vem sendo discutida tanto pela doutrina, como nos tribunais, sob a ótica de que a determinação legal deve vir precedida de políticas públicas que visem à implantação de providências, com a finalidade auxiliarem o cumprimento do sistema de cotas de forma digna e justa.

Assim, neste contexto, a proposta é promover uma reflexão sobre o tema no sentido de conhecer algumas das dificuldades enfrentadas pelas empresas do setor privado para o cumprimento da norma, em relação ao preenchimento da cota para pessoas com deficiência.

## 2 O SISTEMA DE COTAS PARA INSERÇÃO DAS PESSOAS COM NECESSIDADES NAS EMPRESAS DO SETOR PRIVADO NO BRASIL

O sistema de cotas foi criado com a finalidade de possibilitar o ingresso dos diversos grupos, sejam eles: negros; índios; deficientes e estudantes de escolas públicas, nas áreas de educação, saúde e trabalho. Visando sempre manter a igualdade de oportunidades destes grupos perante a sociedade.

Visto para muitos autores como uma das ações afirmativas de maior relevância dos últimos tempos.

Sobre o assunto, leciona Costa:

*O sistema de cotas, ou sistema de reserva legal, consiste em um mecanismo compensatório utilizado para a inserção de determinados grupos sociais em nosso contexto comunitário, facilitando o exercício dos direitos ao trabalho, à educação, à saúde, ao esporte etc. É uma forma de ação afirmativa com o intuito de tentar promover a igualdade, o equilíbrio de oportunidades entre diversos grupos sociais. (2008, p.105)*

O sistema de cotas voltado para inserção das pessoas com deficiência no setor privado é um grande avanço, no sentido de promover a inclusão através do trabalho.



Sem dúvida, existe a satisfação das pessoas em contribuírem para o crescimento da sociedade em decorrência de seus esforços exercendo sua cidadania e buscando cada vez mais a dignidade por meio do trabalho.

A Lei 8.213, de 24.07.1991, dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Determinando em sua subseção II que trata da habilitação e da reabilitação profissional o artigo 93, que estabelece o percentual obrigatório que as empresas do setor privado devem reservar à inserção de pessoas reabilitadas ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas.

O dispositivo trata de reabilitado e pessoa portadora de deficiência habilitada, sendo neste momento importante estabelecermos a diferenciação entre os termos: reabilitada é pessoa que adquiriu por algum motivo limitação para o trabalho; o deficiente habilitado é aquele que já possuía limitação, mas que se encontra habilitado para exercer certas funções.

Art.93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.....	5%.
IV - de 1.001 em diante.....	5%.

Logo após a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, esta Lei representou a oportunidade das pessoas com deficiência, a ingressarem no mercado de trabalho do setor privado.

Entretanto, somente após quase uma década é que a referida lei obteve a sua regulamentação, através do Decreto 3.298/99, demonstrando que apesar da preocupação do legislador em inserir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho do setor privado, houve uma demora expressiva nas providencias necessárias ao cumprimento da lei.

Além desta previsão de obrigatoriedade da reserva de cargos para as pessoas com deficiência, o referido artigo também trata em seu inciso 1º, que a dispensa por contrato determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

*Artigo 93 [...]*

*§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imo-*

*tivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.*

Tal determinação visa proteger o grupo, não sendo possível ser interpretada como uma forma de assegurar o emprego da pessoa com deficiência, mesmo porque determina a obrigatoriedade do percentual e não do empregado. Neste sentido, Mendonça ressalta que:

*À finalidade da norma é assegurar o percentual estabelecido em lei para os trabalhadores com deficiência e reabilitados nos quadros das empresas, "a fim de garantir-lhes uma atividade profissional diária, onde possam obter condições de vida mais digna, além de uma maior interação social. (2010, p.115)*

Outro ponto importante a ser esclarecido, diz respeito à contratação de substituto semelhante, em que a lei determina a substituição por outra pessoa com deficiência e não a substituição de pessoa com a mesma deficiência seja ela habilitada ou reabilitada, pois desta forma estaria contribuindo para discriminação quanto à espécie de deficiência. Assim ensina Costa:

*Não significa que uma vaga, antes ocupada por uma pessoa com deficiência visual, só poderá ser preenchida por outro com a mesma deficiência. Garante-se, sim, a vaga, a outro portador de deficiência/beneficiário reabilitado, independentemente da deficiência. Admite-se a substituição daquela vaga por outra, uma vez que o objetivo é garantir vaga compatível, qualquer que seja para preenchimento da cota existente. (2008, p.153)*

Portanto, fica evidente que intenção do legislador é que a norma seja cumprida, ou seja, o percentual de cotas seja alcançado, contribuindo para a finalidade que é a inclusão social do grupo por meio do trabalho no setor privado.

Caberá também ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), fornecer listas de profissionais habilitados e reabilitados aptos ao desempenho das funções solicitadas sob pena das empresas estarem isentas do cumprimento de sua obrigação de contratar, de acordo com a regra preconizada no artigo 476, do Código Civil/2002, que dispõe que uma parte não pode exigir o implemento do outro, antes de cumprida a sua obrigação.

Ainda, segundo o artigo 93 da Lei 8213/91,

*§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados*

*e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.*

Contudo, apesar da lei completar hoje quase 22 anos, as empresas do setor privado ainda encontram sérias dificuldades quanto à inserção de pessoas com deficiência nas empresas do setor privado.

O Estado, visando fiscalizar e controlar o desenvolvimento das ações relativas ao trabalho, criou vários órgãos tais como: Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Ministério Público (MPT), Ministério Público Estadual (MPE), Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), Secretarias Estaduais e Municipais de Assistência Social, de Educação e Saúde, Entidades integrantes do Sistema "S", Instituições e Associações que lutam pelos direitos das pessoas com deficiência, dentre outras. Cabe ressaltar a atuação de dois órgãos:

O Ministério do Trabalho e Emprego que desempenha papel de destaque, pois trabalha (fiscalizando), buscando suprimir todas as formas de discriminação, proporcionando, através de ações, estabelecer a igualdade de chances a este grupo tão prejudicado historicamente.

Segundo artigo 36, §5º, Decreto n.3298/1999:

*Art.36*

*[...]*

*§ 5º Compete ao ministério do trabalho e Emprego estabelecer sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, bem como instituir procedimentos e formulários que propiciem estatísticas sobre o número de empregados portadores de deficiência e de vagas preenchidas, para fins de acompanhamento do disposto no caput deste artigo.*

Existe uma parceria entre Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e outros órgãos governamentais e não governamentais, que visam combater a desigualdade e discriminação, criando um ambiente propício à integração. Segundo o referido Ministério,

*O MTE firmou parcerias com órgãos governamentais e não governamentais, dando continuidade às ações de promoção de igualdade e oportunidades no trabalho, de forma a pôr em prática as Convenções 100 e 111 da OIT, ratificada pelo Brasil nas décadas de 50 e 60, respectivamente. A principal estratégia tem sido a articulação e a integração de políticas que visam ao fortalecimento institucional para superar as várias formas de discriminação.*

A fiscalização do cumprimento da lei compete aos auditores-fiscais do trabalho, segundo o artigo 36, §5º, do Decreto n. 3.298/99, que podem lavrar auto de infração com a consequente imposição de multa administrativa. Podendo encaminhar relatório ao Ministério Público do Trabalho para as devidas medidas que julgarem adequadas, conforme disposto no artigo 10, §5º, do Decreto n. 3.298/99.

O Ministério público do trabalho órgão também responsável pelo cumprimento da Lei, na figura de seu Procurador, primeiramente tenta compor a situação através do Termo de ajustamento de conduta (TAC), que estipulará prazo para adequação da situação, ou seja, cumprimento da norma, além de multa pelo descumprimento.

Persistindo a situação de descumprimento o MPT poderá ajuizar Ação Civil Pública, que fixará multa inerente à obrigação de contratar, até que a cota se preencha, bem como indenização social pelo descumprimento da Lei.

Entretanto, a realidade mostra-se que as empresas do setor privado, mesmo na eminência de sofrer sérias penalidades, vêm enfrentado dificuldades para o cumprimento da Lei.

Nas palavras de Benatti, Presidente da Seção de Transporte da Confederação Nacional de Transporte,

*Não é pressionando, com discursos ou com multas, que se resolve a questão; é necessário inteligência em relação à lei, que precisa de flexibilidade e de entendimento conforme a atividade. Ele reiterou o argumento de que falta qualificação a boa parte dos deficientes. (2011, 1)*

Neste contexto, há de analisar o caso concreto, visto que muitas empresas não medem esforços para a contratação, mas infelizmente não encontram profissionais habilitados ou reabilitados no mercado para exercerem as funções disponibilizadas no setor privado para que se evitem ajuizamentos de ações civis precipitadas.

É o dispõe a jurisprudência:

*RECURSO DE REVISTA, AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONTRATAÇÃO DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA OU MENTAL. O quadro fático delineado no acórdão regional é no sentido de que não houve qualquer verificação pela autarquia previdenciária (INSS) de que estivesse a empresa a descumprir o artigo 93 da Lei 8.213/1991, a saber, a existência de vaga capaz de ser provida por pessoa reabilitada ou deficiente habilitado. E, também, porque foi constatada a existência de trabalhadores em tal situação no quadro da empresa, embora ainda em número menor que o exigido por lei, mas sem indicativo de que novas houvessem deixado de ser*



*providas por pessoas reabilitadas ou deficientes habilitados. Recurso de revista não conhecido. (TST – 2ª Turma – processo RR – 746/2000-007-10-85 Publicação: DJ – 05/09/2008 – Ministro Relator Renato de Lacerda Paiva).*

Assim, percebe-se que o Ministério Público atua como fiscalizador em prol do cumprimento da Lei agindo com firmeza e determinação, contudo há de se levar em conta a dificuldades das empresas quanto ao cumprimento da Lei, fatos muitas vezes alheios a sua vontade.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 5º, dispõe que ao interpretar uma norma o aplicador deve estabelecer critérios voltados para estabelecer o fim social, ou seja, para qual finalidade aquela norma foi criada pelo legislador.

Buscar a função social da norma é aplicar a norma ao caso concreto, tendo como parâmetro a sua finalidade social e o bem comum. Conforme Trentini, em sentença proferida no Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, nos autos do processo 00443200602902005, que tramita na 29ª Vara do Trabalho de São Paulo,

*É inoportuno, portanto, obrigar as empresas, indistintamente, à contratação sem critérios, apenas pelo fato do contratado possuir deficiência. Com efeito, a lei objetiva proteger tais pessoas e permitir-lhes meios dignos de socialização e sobrevivência, sem transformá-los em meros atores insensíveis, colocados em qualquer posição funcional apenas para servir à matemática fria constante na norma legal. (2012, p.1)*

Desta forma, embora a norma estabelecida no artigo 93 expresse que as empresas estão obrigadas a preencher referidas vagas, a real finalidade da norma (interpretação teológica) é garantir às pessoas portadoras de deficiência determinado número de vagas, para evitar a concorrência entre estes e os demais trabalhadores em condições desiguais.

Neste sentido, tem-se observado nos tribunais superiores brasileiros um movimento no sentido de interpretar a norma de forma teológica, buscando entender a real intenção do legislador ao criar a norma.

Cabe citar, neste interim, parte da decisão proferida no acórdão de uma Ação Civil Pública do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, no processo 0196400-23-2008-5-20-0002, in verbis: *A intenção do legislador, ao criar o sistema de cotas, previsto no art.93 da Lei 8.213/91, foi permitir o acesso dos portadores de deficiência ao merca-*

*do de trabalho e ao convívio social, e, desse modo, buscar a igualdade de oportunidades. Comprovado nos autos que o empregador buscou preencher as vagas destinadas aos portadores de deficiência através de envio de ofícios às instituições correlatas, sem, entretanto, obter êxito, não há de falarem descumprimento da norma supracitada.*

Sobre este assunto o doutrinador José Afonso da Silva (2008, p.66) tem o seguinte entendimento:

*[...] O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.*

Deste modo, aplicação fria e literal da norma sem considerar a realidade fática pode representar injustiça. Deve-se ter como objetivo a verdadeira finalidade da norma, ou seja, a inclusão das pessoas deficientes no mercado privado de forma digna, utilizando-se do bom senso e o conceito de justiça.

### **3 AS DIFICULDADES DAS EMPRESAS DO SETOR PRIVADO PARA O CUMPRIMENTO DAS COTAS**

A Lei 8.213/91 estabelece em seu artigo 93 a obrigatoriedade de que as empresas com 100 (cem) ou mais funcionários incluam em seus quadros de empregados uma cota com pessoas com necessidades especiais.

Entretanto, a eficácia deste dispositivo vem sendo discutida sob a ótica de que a determinação legal deve vir precedida de ações afirmativas que visem à implantação de providências, com a finalidade de promover a inclusão deste grupo, possibilitando a efetiva igualdade constitucional.

Segundo entendimento de Costa,

*No Brasil, a questão do acesso ao mercado de trabalho da pessoa com deficiência, e sua conseqüente inclusão social, ocorre de forma limitada. A política de inclusão social dessas pessoas, por meio do trabalho, praticamente restringe-se ao sistema de cotas. Somos defensores da adoção de outras ações afirmativas para conferir efetividade ao direito ao trabalho da pessoa por-*

*tadora de deficiência, entendemos que as cotas, isoladas, são insuficientes para garantir tal direito. (2008, p.121-122)*

Muitas empresas do setor privado vêm enfrentando dificuldades para o cumprimento da Lei por motivos alheios a sua vontade, dificuldades estas que passam despercebidas pelos auditores fiscais.

Sobre este assunto, Mendonça aduz que:

*Ao contrário do que boa parte da doutrina pensa acerca da questão da inclusão social da pessoa com deficiência, a nossa experiência revelou que muitas empresas se preocupam com o tema, disponibilizando vagas reservadas para as pessoas com deficiências. Chegam, inclusive a promover campanhas internas para a contratação das pessoas com deficiência, mas ao final, não conseguem atingir a cota legal por problemas que muitas vezes são ignorados pelos auditores fiscais do trabalho. (2010, p.173)*

Em decorrência desta situação fática, as empresas têm recorrido ao Poder Judiciário, na busca de estabelecer equilíbrio entre o cumprimento da norma e os problemas existentes que impedem sua eficácia. E de forma especial, os recentes entendimentos dos Tribunais sinalizam para a aplicação do princípio da razoabilidade na interpretação e aplicação da norma legal.

Percebe-se a evidente preocupação do Judiciário em avaliar a real situação fática vivida pelas empresas do setor privado, no sentido da dificuldade da admissão de pessoas portadoras de necessidades especiais em condições de exercer as funções disponibilizadas no mercado de trabalho.

Neste contexto, surgem discussões acerca destas dificuldades, que serão alvo de exame do tema problema da presente pesquisa. Destaca-se, ainda, que o objetivo deste estudo é chegar a um posicionamento fundamentado de acordo com a Constituição Federal, e com os demais princípios norteadores do direito brasileiro.

Uma das grandes dificuldades apontadas pelo setor privado é a falta de qualificação dos candidatos para as vagas disponibilizadas.

A este respeito Costa destaca que:

*[...] as políticas públicas na área da educação não são suficientes. Segundo dados do IBGE, dos que tem o primeiro grau completo ou oito anos de estudo, apenas 10% são pessoas com deficiência, contrariando este quadro, o nível de exigência das empresas para contratar é alto, além da falta de vontade pura e simples. (2008, p.128)*

Por outro lado, o Presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (Conade), Moisés Bauer, expõe que, "Há preconceito e "corpo mole" por parte dos empresários, que utilizam a falta de qualificação como "desculpa" para não contratar deficientes".

As empresas do setor privado se defendem alegando que o não cumprimento da determinação legal, relativa ao sistema de cotas para pessoa com deficiência, muitas vezes está na especificidade da atividade desenvolvida pela empresa, que cada vez mais precisa de profissionais altamente especializados. Sobre o referido assunto, Manica, gestora do programa de ações inclusivas do Serviço Nacional de aprendizagem (SENAI), explica que:

*Um dos principais obstáculos enfrentados pela entidade é a baixa escolaridade dessas pessoas, já que cerca de 60% delas seriam analfabetas - ou seja, sem os pré-requisitos mínimos para serem capacitadas. Ela também ressaltou que esse grupo é formado, em boa parte, por adultos com mais de 30 anos ou em idade avançada. (2011, p.1)*

Assim, as empresas por mais que precisem preencher a cota, não tem encontrado no mercado mão de obra suficiente. E quando encontra, muitas vezes, esbarra na não qualificação dos candidatos para exercer determinadas funções.

Nos ensinamentos de Costa,

*Cumprir o sistema de cotas é uma tarefa bastante difícil em determinados setores, como vigilância, trabalho em minas e subsolo, atividades altamente insalubres. Contudo, não há em nossa legislação, nem na que está a iminência de surgir previsão para a não-incidência de cota ou modificação do percentual, considerado o tipo de atividade exercida. (2008, p.117)*

Desta forma, não basta à existência de pessoas com deficiência para o cumprimento da norma. Faz-se necessária a capacitação destas pessoas, assegurando-lhes formação técnica e profissional adequada. O Estado é responsável direto pela qualificação destas pessoas, contudo, o que fica evidente é a falta de políticas públicas eficazes para resolver o problema.

O poder judiciário vem em reiteradas decisões buscando resolver conflitos, em que as empresas são penalizadas com multas pesadas, devido não encontrarem pessoas qualificadas para exercer os cargos disponibilizados. Cabe ressaltar trecho da fundamentação da decisão da Desembargadora Silvestre:

*A louvável iniciativa do legislador de instituir um sistema de cotas para as pessoas portadoras de deficiência, obrigando as empresas a preen-*



*cher determinados percentual de seus quadros de empregados com os denominados PPDs, não veio precedida nem seguida de nenhuma providência da Seguridade Social, ou de outro órgão governamental, no sentido de cuidar da educação ou a formação destas pessoas, sequer incentivo fiscais foram oferecidos às empresas. A capacitação profissional é degrau obrigatório do processo de inserção do deficiente no mercado de trabalho. (Processo 03506-2006-081-02-00-8. TRT 2ª Região. DJ: em 12/08/2008)*

Desta forma, é injusto que as empresas do setor privado sejam penalizadas, através de sanções, em razão do descumprimento de tal legislação, pois a lei obriga a empresa a contratar, mas não leva em consideração a inércia do Estado que possui a obrigação de contribuir para a capacitação deste grupo.

A administração Pública precisa regular sua atuação sempre dentro do princípio da legalidade, como também seus atos administrativos devem ser norteados, através do princípio da razoabilidade, o que expressa dizer, que a Administração Pública não está impedida de cumprir a lei, mas deverá aplicá-la buscando a correta finalidade da norma.

Percebe-se a evidente preocupação do Judiciário em avaliar a real situação fática vivida pelas empresas do setor privado, no sentido da dificuldade da admissão de pessoas com deficiência em condições de exercer as funções disponibilizadas no mercado de trabalho. A este respeito, cita-se a sentença proferida pelo MM Juiz da Vara de Unaí/MG, decisão que foi alvo de ratificação pelo Tribunal de 2ª instância, nos seguintes termos:

*[...] em suma, comungo, do entendimento exarado pelo d.juízo sentenciante, segundo o qual o recorrido demonstrou, efetivamente, que envidou esforços na busca por candidatos para preenchimento das vagas para deficientes físicos habilitados e/ou reabilitados do INSS, o que se infere das cópias das correspondências enviadas ao SINE, ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Unaí/MG e ao INSS, mas que, todavia, não obteve êxito na tentativa de admissão desses trabalhadores, como se vê das respostas enviadas pelas referidas entidades (fls.29/35), demonstrando que o cumprimento da obrigação legal se tornou impossível em virtude da inexistência de apresentação ou indicação de trabalhadores portadores de deficiência ou reabilitados. (Processo 0053200-72.2007.5.03.0096 – Ação Declaratória – julgado em 30/11/2007. DOU 03/12/2007)*

Neste sentido, deve ser levado em consideração todo um contexto, que envolve a postura e atitudes de cada empresa do setor privado na busca do cumprimento da norma.

Também deve ser levada em consideração, a postura do Estado no que diz respeito ao tratamento diferenciado dado entre os artigos 36 e 37 do Decreto 3.298/99 que regulamentou a Lei 8.213/91.

O artigo 36 do Decreto 3.298/99 veio confirmar o já disposto na Lei que obriga as empresas do setor privado a contratarem pessoas deficientes a partir do número total de empregados da empresa.

Em contra partida no artigo 37, do referido Decreto que trata da reserva de vagas para o setor público, privilegiou o setor ao permitir que haja dedução de postos de trabalho em que o candidato necessite da capacidade plena. Conforme se verifica artigo 38, II, do referido Decreto. Ambos os dispositivos transcritos abaixo:

*Art.37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.*

*Art.38. Não se aplica o disposto no artigo anterior nos casos de provimento de:*

*I - [...]*

*II - cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato.*

Percebe-se claramente que o Estado tratou o assunto de forma diferenciada, ou seja, quando a obrigação de contratar for sua, a regra é que será necessário que haja a dedução de postos de trabalho em que o candidato necessite da capacidade plena.

Entretanto, para o setor privado a regra deve ser outra, ou seja, considera-se o número total de empregados de uma empresa, não podendo ser deduzido nenhum posto de trabalho em que o candidato necessite da capacidade plena.

Diante desta situação, fica claro que o Estado ao impor a determinação ao setor privado da contratação sobre o número total de vagas, como forma de promover a igualdade ao grupo das pessoas com deficiência, viola o princípio da igualdade, pois se eximiu do dever cumprir a determinação nos mesmos moldes estabelecidos para o setor privado.

O Estado por meio de seus órgãos públicos exige o cumprimento da lei de cotas para pessoa com deficiência, utilizando-se para tanto como já foi mencionado, dos órgãos fiscalizadores que podem aplicar multas, bem como ajuizar ações civis públicas contra as empresas do setor privado.

Realmente a fiscalização constitui uma ferramenta de grande relevância, visto que obriga o comprometimento do setor privado em contribuir para a inclusão deste grupo.

Entretanto, estes órgãos do governo não vêm considerando a atual situação fática das empresas do setor privado, que encontram dificuldades que vão além de sua vontade de contratar.

Assim é o entendimento de Mendonça:

*Não há lógica alguma em punir-se uma empresa pelo fato de um terceiro (candidato a deficiência), que não possui obrigação nenhuma de celebrar contrato de trabalho (ao contrário das empresas que são obrigadas a contratar), rejeitar o cargo/vaga oferecida. (2010 p.153)*

Cabe ressaltar que a obrigação de disponibilizar cotas para as pessoas com deficiência constitui dever das empresas do setor privado, bem como utilizar todos meios para que a disponibilização das vagas seja de conhecimento de toda a sociedade.

Contudo, não há como celebrar um contrato de trabalho sem que as partes tenham vontade de firmá-lo. Portanto não é justo que as empresas do setor privado sejam penalizadas por disponibilizarem as vagas, utilizarem todos os meios para conseguirem o preenchimento dos cargos, e infelizmente não haja interessados suficientes. Para Mendonça,

*Desse modo, o limite de exigência da lei de cotas está diretamente condicionado à reserva de vagas, sendo que se a empresa comprovar que tentou localizar candidatos para as vagas e que promoveu a reserva legal do possível, não pode ser onerada por eventual insucesso. Há, nesse caso, que se prestigiar o princípio da boa-fé tão esquecido em nosso ordenamento jurídico. (2010 p.167)*

Portanto, antes de punir sem qualquer critério, deve levar em consideração os esforços das empresas do setor privado na busca do cumprimento da determinação legal, analisando todo o contexto demonstrado pela contratante, sob a pena de transformar a inclusão social do grupo em apenas um número a ser alcançado, ignorando o seu objetivo, seu fim social.

Um exemplo de sistemas de cotas que teve ser alvo de elogios pela sociedade é o sistema de cotas raciais, em que as universidades federais reservam percentuais legais de vagas nos diversos cursos. Todavia não são penalizadas no caso de não preenchimento integral de todas as vagas.

#### **4 EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS COTAS DE CARGOS A SEREM OCUPADOS POR EMPREGADOS DE PLENA CAPACITAÇÃO FÍSICA E MENTAL**

As empresas do setor privado deparam com sérias e grandes dificuldades para o preenchimento das cotas determinadas pelo artigo 93 da Lei 8.213/91, no que tange a fiscalização feita pelos auditores.

A alegação é de que para lavratura do auto de infração, o auditor deva excluir da base de cálculo o número de cargos cujo exercício dependa de empregados com plena capacitação física e mental.

A discussão seria de que para algumas atividades, a exemplo dos trabalhadores da área de segurança, limpeza, construção civil dentre outras, em que uma pessoa com suas capacidades físicas e mentais plenas já encontram dificuldades para trabalhar, sendo muito mais ariscado para uma pessoa com deficiência.

No intuito de exemplificar esta real situação, a presente pesquisa optou em demonstrar a dificuldade vivida por empresas do ramo de transporte rodoviário em que a grande maioria de seus funcionários exerce função específica, qual seja a de motorista rodoviário, em que exige do empregado toda a capacitação física, mental e psicológica.

##### **4.1 Da Função Específica de Motorista**

Os empregados que desempenham a função de motorista, por determinação da legislação e do Departamento Nacional de Trânsito, em decorrência do interesse coletivo, precisam, obrigatoriamente, ter plena capacidade de trabalho, não sendo autorizada redução da capacidade laborativa.

O exercício da função de motorista de transporte coletivo de passageiros exige habilitação profissional específica, uma vez que é necessária a aprovação em curso técnico profissional especializado e em curso de treinamento em prática veicular e em situação de risco, conforme legislação em vigor.

Além das dificuldades que imperam no trânsito das grandes cidades e rodovias, exigindo mais do que conhecimento técnico, mas atenção e cuidados constantes, o que traz em maior pressão sob o empregado.

De acordo com Lopes (2005), “é imprescindível à modificação da norma legal para que se criem exceções, considerando a atividade”. Para Mendonça deve-se observar o princípio da razoabilidade ao dispor que:

*Por uma questão de razoabilidade e de justiça e, principalmente pelo fato da nossa legislação pátria não fazer qualquer distinção entre as empresas contratantes, impondo cotas iguais para empregadores que atuam em atividades distintas, cabe a fiscalização do trabalho, em especial à DRT, o dever de firmar acordos com essas em-*



*presas prevendo saídas criativas que corrijam essa omissão legal sem se esquecer da inclusão social, mas prestigiando o princípio da isonomia por meio de tratamento igual das empresas iguais e o tratamento desigual das empresas diferenciadas. (2010, p.191)*

Neste sentido, as empresas do setor de transportes vêm invocando o princípio da razoabilidade, alegando a dificuldade de encontrar pessoas com deficiência habilitadas e capacitadas para exercer a função de motorista.

Acrescentam que não basta a existência de pessoas com deficiência desempregadas para cumprir a cota prevista na lei, mister se faz a capacitação destas pessoas, assegurando-lhe formação técnica e profissional adequada, e isto é papel do Estado em qualificá-las, o que infelizmente não se tem visto uma política pública voltada para esta situação.

Invocam o §4º do artigo 147, da Lei 9.503/97, do Código de Trânsito Brasileiro, que impõem limites à obtenção de carteira categoria D, necessária ao exercício da profissão, quando àqueles que possuem deficiência mental ou progressividade de doença que possa diminuir a capacidade para conduzir o veículo.

*Art.147 O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito, na seguinte ordem:*

*I – de aptidão física e mental*

*§4 Quando houver indícios de deficiência física, mental ou de progressividade de doença que possa diminuir a capacidade para conduzir o veículo, o prazo previsto no § 2º poderá ser diminuído por proposta do perito examinador.*

Neste sentido, cita-se a decisão que julgou o mandado de segurança sobre o assunto em tela:

*EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – INCLUSÃO DE MOTORISTAS NA BASE DE CÁLCULO PARA DEFINIÇÃO DO NÚMERO DE EMPREGADOS DEFICIENTES FÍSICOS CONTRATADO PELA EMPRESA – IMPOSSIBILIDADE - Da simples leitura dos artigos 145 e 147 do código de trânsito Brasileiro é possível se concluir que a atividade de motorista de coletivos não pode ser realizada por pessoas desprovidas de aptidão física e mental, já que se trata de profissão peculiar com exigências legais e específicas. Assim, merece ser concedida a segurança requerida para que os motoristas sejam excluídos da base de cálculo da cota de empregados*

*dos deficientes físicos que as empresas representadas pelo impetrante são obrigadas a contratar. (Mandado de Segurança 01743-2010-025-03-00-7 RO, Julgamento em 13/03/2012).*

Cabe ressaltar que neste julgamento o Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, por sua Quinta turma, decidiu por unanimidade, em dar parcial provimento para conceder a segurança impetrada, determinando que os cargos de motoristas sejam excluídos da base de cálculo da cota de empregados.

Dentre os fundamentos apontados pelo judiciário, foram à segurança pública, pois colocaria em risco a vida de cidadãos inocentes no trânsito das grandes cidades, que cada vez está mais caótico e que mesmos na hipótese de adaptação dos veículos, não seria justa imputar às empresas do setor privado a responsabilidade pelo custo desses veículos, uma vez que a não há amparo legal neste sentido.

Não se pode negar que a obrigatoriedade de cumprir a cota se faz necessária, pois cumpri seu papel de função social, entretanto não há como fechar os olhos para a omissão existente na lei, no sentido de não regulamentar situação como a ausência de capacitação técnica dos candidatos para o desempenho de disseminadas profissões, como o risco de permitir que o façam sem o preenchimento de plenas aptidões que diminuam o risco de acidentes.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho está profundamente ligada aos princípios constitucionais. Em que garantem a dignidade da pessoa humana e promoção da igualdade.

Percebe-se que ao longo dos anos o legislador cada vez mais se preocupava com a inclusão social das pessoas com deficiência, promovendo a criação de ferramentas eficazes para colaborar para a inclusão desta classe a muito ignorada e humilhada ao longo da história da humanidade.

Uma destas ferramentas foi à inclusão através do trabalho que constitui sem dúvida uma oportunidade para que a pessoa com deficiência adquira a chance de independência que vai além do econômico-financeira, pois promove o exercício da cidadania, buscando cada vez mais a dignidade por meio de seus esforços.

A Lei 8.213, de 24/07/1991 estabeleceu o sistema de cotas para as pessoas com deficiência, que representa a igualdade material ou substancial que consiste em tratar os iguais de maneira igual, na medida de suas desigualdades, ou seja, promove o tratamento diferenciado, visando equilibrar a situação de desigualdade.

Contudo, apesar da lei completar hoje quase 22 anos, as empresas do setor privado ainda encontra sérias dificuldades quanto à inserção de pessoas com deficiência nas empresas do setor privado.

Ocorre atualmente um desequilíbrio latente entre oferta e a demanda de portadores de deficiência, seja pela falta de qualificação, adequação a norma a realidade, omissão de órgãos do governo, dentre outras dificuldades.

Assim sendo a aplicação fria e literal da norma sem considerar a realidade fática pode representar injustiça. Deve-se ter como objetivo a verdadeira finalidade da norma, ou seja, a inclusão das pessoas deficientes no mercado privado de forma digna, utilizando-se do bom senso e o conceito de justiça.

Ao final da presente pesquisa, comprovada a hipótese inicial, sustentou-se, então, que a inclusão social das pessoas com deficiência no setor privado, deve ser pautada nos alicerces do princípio da igualdade e razoabilidade.

Buscando a interpretação (teológica), que embora a norma expresse que as empresa estão obrigadas a preencher referidas vagas, a real finalidade é garantir ao grupo determinado número de vagas, para evitar a concorrência entre estes e dos demais trabalhadores em condições desiguais.

Trata-se de discriminação positiva, com finalidade semelhante ao que justificou a criação de cotas nas universidades públicas, o que também ocorre com a norma do art.37, inciso VIII, da Constituição Federal/1988 em relação ao servidor publico.

Cabe o Estado promover políticas públicas que propicie ao grupo segurança e confiança para participar da sociedade por meio de seus esforços, possibilitando estímulos e garantias iniciais para que eles ingressem no setor privado e profissionalizem.

Não se pode negar que a obrigatoriedade de cumprir a cota se faz necessária, pois cumpri seu papel de função social, entretanto não há como fechar os olhos para a omissão existente na lei, no sentido de não regulamentar situação como a ausência de capacitação técnica dos candidatos para o desempenho de disseminadas profissões, como o risco de permitir que o façam sem o preenchimento de plenas aptidões que diminuam o risco de acidentes.

## REFERÊNCIAS

BENATI, Flavio. Pessoas com deficiência podem ter prioridade em processos na justiça. CONGRESSO DE INCLUSÃO SOCIAL. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/04/14/pessoas-com-deficiencia-podem-ter-prioridade-em-processos-na-justica>>. Acesso em: 15/10/2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 19 nov 2013.

\_\_\_\_\_. Convenção 159 da OIT. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/fisca\\_trab/inclusao/legislacao\\_2\\_1.asp](http://www.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/legislacao_2_1.asp)>. Acesso em 21 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto 3.298/1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm) Acesso em 15 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto 5.296/2004 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm). Acesso em 26 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7853 de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm)>. Acesso em: 03 mar.2013.

\_\_\_\_\_. Lei 12.735/2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm). Acesso em 22 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Portaria 1.199/2003 Disponível em: [http://www.arantesdepaiva.adv.br/pagina/cotas\\_para\\_deficientes](http://www.arantesdepaiva.adv.br/pagina/cotas_para_deficientes). Acesso em 20 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Vade Mecum. 13 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

COSTA, Sandra Morais de Brito. Dignidade Humana e Pessoa com Deficiência Aspectos Legais e Trabalhistas. São Paulo: LTr, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença. Belo Horizonte: ARRAES, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & principio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES, Glauca Gomes Vergara. A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho. A efetividade das leis brasileiras. São Paulo: LTr, 2005.

LORENTZ, Lutiana Macur. A luta do direito contra a discriminação no trabalho, disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub61.html>. Acesso em 31/01/2013.

\_\_\_\_\_. A Norma da Igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência. São Paulo: LTR, 2006.

MANICA, Loni Elisete. Pessoas com deficiência podem ter prioridade em processos na justiça. CONGRESSO DE INCLUSÃO SOCIAL. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/04/14/pessoas-com-deficiencia-podem-ter-prioridade-em-processos-na-justica>>. Acesso em: 15/10/2012.



MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. Ciência e conhecimento científico. In: Metodologia científica. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. Lei de Cotas Pessoas com Deficiência A visão Empresarial. São Paulo: LTr, 2010.

PORTAL MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/noticias/>> Acesso em set.2012.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7° ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2008.319 p.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. Classe: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Processo: 0196400-23-2008-5-20-0002. Órgão Julgador: Câmaras Cíveis Isoladas. Data de Publicação: 31/01/2008. Disponível em <<http://www.trt20.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 12 mai. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. Classe: AÇÃO DECLARATÓRIA. Processo: 0196400-23-2008-5-20-0002. Julgamento em 30/11/2007. DOU 03/12/2007. Disponível em <<http://www.trt20.jus.br/busca/?tb=proc>>.

Acesso em: 2 abr. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. Processo: 03506-2006-081-02-00-8. Desembargadora Rita Maria Silvestre. TRT 2ª Região. DJU: 12/08/2007. Disponível em <<http://www.trt20.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 12 de maio de 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Classe: MANDADO DE SEGURANÇA. Processo: 01743-2010-025-03-00-7 RO. TST - 2ª Turma - processo RR - 746/2000-007-10-85 Publicação: DJ - 05/09/2008 - Ministro Relator Renato de Lacerda Paiva. Julgamento em 13/03/2012. Disponível em <<http://www.tjro.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 2 abr. 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 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

# BIODIREITO E O PENSAMENTO TÓPICO DE THEODOR VIEHWEG

Janice Silveira Borges<sup>1</sup>

Michael César Silva<sup>2</sup>

Sergio de Abreu Ferreira<sup>3</sup>

RESUMO: O pensamento tópico, enquanto técnica de pensar o problema para construir a solução, apresenta-se como alternativa, para o Direito em seus trabalhos hermenêuticos, que irão embasar o estudo das diversas questões polêmicas que envolvem o Biodireito.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética. Biodireito. Pensamento Tópico.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Bioética e o Biodireito; 3 O pensamento tópico de Theodor Viehweg 4; A Tópica e o Biodireito; 5 Conclusão; Referências.

ÁREA DE INTERESSE: Biodireito

---

## 1 INTRODUÇÃO

Os avanços da Biotecnologia e da Biomedicina favoreceram o desenvolvimento da Bioética e do Biodireito. Diante da nova realidade, o pensamento formal-positivista do Direito teve que ser revisto, pois os casos concretos apresentados não se encaixavam na “moldura” positivista de premissas em que a premissa maior (lei) se amolda à premissa menor (fato). Necessário foi, e ainda é, reestruturar as normas jurídicas para atender a nova realidade. Diante disso, o pensamento tópico pode ser apresentado como uma opção para se iniciar a construção de soluções para casos concretos diante da ausência legislativa normatizadora. Segundo Bruno Torquato, “a crise do positivismo permitiu questionamentos acerca de verdades pré-concebidas e alterou a lente observadora, focando-se primeiro no caso concreto e utilizando de princípios construídos na situação fática.”

## 2 A BIOÉTICA E O BIODIREITO

O neologismo Bioética é originado das palavras gregas bios (vida) e ethike (ética) e foi, pela primeira vez, utilizado em 09 de novembro de 1962, em um artigo publicado na revista Life intitulado “Eles decidem quem vive e quem morre”. Esse artigo abordava o programa de hemodiálise da cidade de Seattle, EUA. O número de pacientes que sofria de insuficiência renal crônica era maior que a capacidade de atendimento do centro especializado. Tentando resolver o problema, foi criada uma comissão de pessoas não médicas para selecionar quem iria ser submetido ao tratamento, contrariando a ética da vida.

Perante a comunidade internacional, o termo Bioética foi reconhecido quando o médico oncologista Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, publicou em janeiro

de 1971, a obra “Bioethics: bridge to the future”. (DINIZ, 2001, p.12). Na referida obra, utilizou-se o termo Bioética para expressar uma nova disciplina, que empenha a Biologia, em prol, de uma melhoria da qualidade de vida do ser humano em relação ao ecossistema, preservando, assim a harmonia universal. (DINIZ, 2001). André Hellegers, fundador do “Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study”, em julho de 1971, fez uma releitura dos textos de Van Potter e conceituou Bioética como a ética das ciências relacionadas à vida (DINIZ, 2001), sendo, portanto, o primeiro uso institucional do termo, utilizado para abordar a relação médico/paciente.

Em 1991, foi criado o Comitê Internacional de Bioética, pela Unesco, que se destinava a elaborar a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem, apresentada em 25 de julho de 1997. O documento vinculou a Bioética, a genética e os direitos humanos no seu mais amplo aspecto, tendo sempre como parâmetro a dignidade da vida humana, que se desdobra na não discriminação fundamentada, nas características genéticas do indivíduo, no consentimento prévio, livre e informado dos objetivos da pesquisa e tratamento ou diagnóstico relacionados com genoma humano, na confidencialidade da informação genética, no acesso irrestrito dos progressos da biomedicina, dentre outros.

Em julho de 2000, na cidade de Gijón, Astúrias, foi apresentada a Declaração Bioética de Gijón, que defendeu o uso da Biotecnologia, somente em prol do bem estar da humanidade, do desenvolvimento sustentável, da conservação do meio ambiente e da paz mundial. Diante da Declaração Bioética de Gijón, várias instituições sentiram a necessidade de ter uma Comissão de Ética, que pudesse orientar os profissionais filiados a tomar decisões frente a casos concretos de natureza conflitiva de aspectos éticos.



Atualmente, o conceito de Bioética passou a abranger a luta pela qualidade de vida, desde o nascimento até a morte, de forma a sistematizar o tratamento de temas relacionados ao aborto, ao genoma humano, à clonagem, à fome, à reprodução assistida, entre outros, impondo limites à Biotecnologia e à experimentação que se relacionam, direta e indiretamente, com a vida humana digna, que é a motivação maior do Estado Democrático de Direito e com uma garantia jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. Dentre os vários conceitos atribuídos à Bioética pode-se destacar: "conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares tendentes a solucionar questões éticas que o avanço das tecnologias biomédicas tem provocado." (MEIRELLES, 2001. p.87).

Os questionamentos da Bioética não se limitaram ao âmbito da Biologia e da Medicina, mas também ao da Filosofia, da Sociologia e do Direito. Este sentiu a necessidade de construir e elaborar uma nova disciplina: o Biodireito, que se refere ao "ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biotecnologia e da medicina." (BARBOZA, 2001. p.2).

A Bioética apresenta ao Biodireito casos práticos sem soluções jurídicas legalmente positivadas, o que faz com que os estudiosos do Direito realizem um trabalho hermenêutico na construção de uma resposta. Em uma tentativa de nortear a solução para os casos concretos ligados aos avanços biotecnológicos, em 1974, a National Commission for the Research (DINIZ, 2001) apontou os princípios da autonomia, da beneficência (não maleficência) e da equidade como sendo princípios fundantes da Bioética.

Apesar das diferentes interpretações que a análise dos princípios proporciona, há um consenso em torno destes, enquanto norteadores da Bioética, e conseqüentemente do Biodireito, podendo ser vistos como "pontos de partidas" para a solução das questões polêmicas sobre o tema.

Na realidade, a organização social vem refletindo sobre seus próprios valores, conceitos, questões, chegando a alguns pontos comuns, que não possuem o caráter de verdade absoluta, pois o avanço da biotecnologia é mais rápido do que a formação da opinião social, e diante da descoberta de uma nova questão, poderá esta rever, novamente, seus ideais, para assumir posicionamento diverso do anteriormente adotado. Diante disso, apresenta-se o pensamento tópico como uma alternativa para iniciar os trabalhos de busca de soluções.

### **3 O PENSAMENTO TÓPICO DE THEODOR VIEHWEG**

Theodor Viehweg (1979) começa sua obra *Tópica e jurisprudência*, analisando os estudos de Gian Batista Vico. Esse estudioso propõe uma conciliação do tipo de estudo antigo com o moderno; tal conciliação pressupõe conhecimento das

contraposições desses tipos de estudos. Dentre essas contraposições, a mais relevante refere-se aos métodos científicos: o antigo caracterizado como tópico (herança da Antiguidade) e o moderno como crítico ou cartesiano. Segundo Vico, ao método cartesiano deveria ser intercalado o método tópico.

A Tópica é o quarto livro das seis obras do *Organon* de Aristóteles. A finalidade desse tratado é encontrar um método que garanta argumentar sobre todo e qualquer problema colocado e evitar, na sustentação de um argumento, que se diga algo que lhe seja contrário. (ARISTOTELES apud CHAUI, 2002. p.480).

Aristóteles defende que a tópica é uma alternativa de pensamento para a construção do método argumentativo. A tópica seria, assim, um raciocínio dialético (e não apodíctico), no qual parte-se de um problema qualquer para se chegar a uma solução, mas essa será dada por uma tarefa de análise de proposições (premissas) que parecem verdadeiras, com base em uma opinião reconhecida, de forma a evitar contradições, que possam ser sustentadas no discurso. Assim, propõe Aristóteles, que "quando se quer fazer uma pergunta, o que se deve descobrir primeiro são os topos que se deve empregar para se obter o raciocínio dialético; em segundo lugar, deve-se colocar as perguntas concretas, em si mesmas [...]" (ARISTOTELES apud VIEHWEG, 1979, p.27), em uma determinada ordem, dirigindo-as adequadamente ao interlocutor.

Nessa linha de raciocínio, os "topoi", são pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade; quando enumerados podem ajudar, em relação a cada problema, a obter raciocínios dialéticos. De acordo com uma fundamentação filosófica profunda, pode-se obter um catálogo de "topoi" que se orientam por áreas de problemas e que possuem uma considerável quantidade de pontos de vistas que, em si mesmos, não têm mais consequência conceitualmente determinada. (VIEHWEG, 1979, p.27).

Em uma análise da teoria de Aristóteles, observa-se que a dimensão dada à tópica é política, vez que o autor preocupa-se com a decisão do problema e com a adesão a essa por parte do auditório; daí o uso de opiniões comuns (aceitáveis) para solucionar um problema.

Apesar da grande abrangência do pensamento tópico aristotélico, Aristóteles não admitia a aplicação desse pensamento ao Direito, porque para ele a tópica é uma alternativa de pensamento, quando não se trabalha com a verdade, com a busca da verdade. O Direito dever buscar é a verdade ("epistenie").

Aristóteles entedia que a tópica estava voltada para a Ágora (plenário de discussão política), sua preocupação era com a decisão e a adesão a essa decisão, que não se poderia alcançar pelo Direito. Em Aristóteles, a "doxa" (dúvida) não pode ser admitida,

mas pode ser considerada com o fim de se produzir a adesão desejada, porquanto serve com um referencial possível, como afirmações que parecem verdades, portanto, verossímeis.

O pensamento tópico desenvolvido por Cícero vê os “topoi” como “loci”, isto é, sedes, lugares comuns. A tópica seria um procedimento de busca de premissas. Em Cícero,

*a tópica surge precisamente no campo da invenção, da obtenção de argumentos; e um argumento é, para Cícero, uma razão que serve para convencer de uma coisa duvidosa (rationem quae rei dubiae faciat fidem); os argumentos estão contidos nos lugares ou locus – os topoi gregos-, que são, portanto, sedes ou depósitos de argumentos; a tópica seria a arte de achar os argumentos [...]. (ATIENZA, 2002. p.64-65).*

Cícero vê o Direito como algo inventado a partir de problemas. Portanto, admite o uso da tópica no Direito, dando, inclusive, um caráter mais prático à tópica; para tanto, ordena os “topoi” ou “loci” em forma de catálogos ou repertórios, agrupando-os “em função de termos técnicos que se ligam a determinado assunto, promovendo-lhes a qualidade de “topoi” científicos; e outros, mais gerais ou ‘atécnicos’ que sevem a qualquer tipo de problema [...]” (CAMARGO, 2003, p.149). No entanto, todas as modalidades de “topoi” possuem a função de servir à discussão de problema, enquanto os catálogos visam fixar e construir um entendimento comum.

Após o estudo sobre o pensamento tópico de Aristóteles e de Cícero, Viehweg começa a desenvolver seu próprio pensamento tópico, defendendo que a tópica é uma técnica (“techne”) do pensamento problemático, que permite nos casos de “falta de um caminho” (lacuna, contradição, ausência, etc...) indicar comportamentos para tais situações, para não ficar preso, sem saída. Para tanto, propõe interpretar o Direito sob a perspectiva de um sistema aberto, não exaustivo em si mesmo, que busque a solução dos conflitos de forma casuística com base na argumentação retórica.

O intérprete parte da percepção do problema, analisando as várias possibilidades dentro do sistema (aberto), em busca da solução para o caso concreto. Nesse contexto, Lorenzetti assevera que “[...] o Direito não é um sistema meramente dedutivo, e sim um sistema dialético, orientado ao problema, uma recompilação de pontos de vista sobre o problema em permanente movimento; é aberto e pragmático.” (LORENZETTI, 1998, p.80).

Assim, o problema atua sempre como guia, podendo ser considerado como toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer, necessariamente, um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há de levar a sério e para aquela há de buscar uma resposta como

solução. (VIEHWEG, 1979, p.34).

Viehweg, em uma crítica ao formalismo positivista, constata que “a constante vinculação ao problema impede o tranqüilo raciocínio lógico para trás e para diante, que dizer, a redução e a dedução.” (VIEHWEG, 1979, p.39).

Segundo Viehweg, os “topoi” têm sentido quando vistos a partir do problema, na medida em que cada um deles pode ser considerado como “mais adequado” ou “menos adequado”, em um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Pode-se afirmar que diante de um problema, há vários “topoi” (isto é, pontos comuns verossímeis) que podem ser utilizados para a solução do problema, mas qual o topo deverá ser utilizado será um trabalho retórico. Assim,

*a tópica assume uma estrutura dialógica que desponta sobre uma base retórico-argumentativa de feição intersubjetiva. Suas premissas legitimam-se na aceitação do interlocutor, da mesma forma que o comportamento dos autores é orientado pela previsibilidade de oposição do adversário. Para a tomada de decisão, é necessário o consenso; e que em disputa fica provado, em virtude de aceitação, passa a ser admissível como premissa para outros raciocínios de ordem dialética. [...] A abertura para o diálogo sujeito à crítica traz transparência e legitimidade às decisões não apenas por que suas premissas gozam de respeitabilidade, mas também pelo poder de persuasão de suas teses, à medida que elas conseguem sobreviver ao ataque das críticas e erradicar progressivamente equivocidades. Não existe, pois respostas corretas ou verdadeiras, mas argumentos que se impõem pela força do convencimento. (CAMARGO, 2003, p.154).*

Desenvolver um pensamento que possa ser considerado tópico significa fixar o problema, analisar pontos de vista próximos e pontos de vista contrários, mantendo “princípios, conceitos, postulados com caráter problemático, no sentido de que jamais perdem a sua qualidade de tentativa” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p.328) e, ao final, por meio da argumentação (retórica) obter a solução do problema.

Os princípios, conceitos e postulados, afinal, podem ser considerados pontos de partida (topo), pois são ligados ao consenso comum e podem ser revistos ao longo da argumentação, no intuito de eliminar contradições dentro da pluralidade do sistema jurídico.

Um outro ponto importante do pensamento tópico de Viehweg é a sua rejeição pelos valores. Buscam-se soluções que se pau-



tem em sistemas axiomáticos, não permeados de valoração, isso é uma tentativa de evitar parcialidade do julgador na decisão. Por esse raciocínio, também seria evitada a construção de sistemas fechados, eivados de valoração, e previamente elaborados pelo legislador para conceber todas as situações do cotidiano.

*Para que sejam possíveis construções desse tipo, que é condição, segundo Viehweg, para que o direito realize a justiça, é preciso que o problema, e não um sistema axiomático prévio, absoluto e perfeito, tome a primazia no processo de argumentação, permitindo a construção de sistemas móveis em torno de casos concretos a partir do problema da justiça. (GALUPPO, 2003, p.178).*

Com base em tudo que fora dito, Viehweg construiu seu próprio modelo tópico de jurisprudência, que deverá obedecer aos seguintes pressupostos:

*1) a estrutura total da jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema; a aporia fundamental é o problema de determinar o que é o justo aqui e agora. 2) As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições, precisam e só podem ser compreendidas a partir dele. 3) Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve a sua vinculação com o problema. É preciso evitar qualquer outra. (MEHWEG apud ATIENZA, 2002, p.70).*

Apesar da enorme importância do pensamento tópico, não se encontra este isento de críticas. Os críticos apontam suas análises, afirmando que o pensamento tópico é impreciso e equívoco em noções conceituais. Segundo Atienza, "o conceito de topos foi historicamente equívoco [...] e é usado em vários sentidos: como equivalente a argumentos, como enunciados de conteúdo e como formas argumentativas [...]". (ATIENZA, 2002, p.71). Além disso, os críticos afirmam que

*o modelo de funcionamento da jurisprudência proposto por Viehweg é ingênuo. Ele praticamente se limita a dizer que a jurisprudência deve buscar soluções justas. Mas 'o problema, naturalmente, não consiste em fazer proclamações vazias sobre a justiça, e sim em criar algum tipo de método – ou pelo menos algum elemento de controle – que permita discutir racionalmente as questões de justiça.' (ROBERTO, 2003, p.90).*

Contudo, a principal crítica que é feita ao pensamento tópico, segundo Atienza, é o fato deste não ver o papel importante que a

lei, a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; pois a tópica fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de grande generalidade. (ATIENZA, 2002, p.75).

Essas críticas, no entanto, acabaram por contribuir para a elaboração de um novo pensamento denominado de novíssima retórica que, nos dizeres de Boaventura Santos, "deve privilegiar o convencimento em detrimento da persuasão, deve acentuar as boas razões em detrimento da produção de resultados." (SANTOS, 2002, p.104).

O referido autor defende que a novíssima retórica deverá intensificar a dimensão dialógica intersticial da nova retórica e convertê-la no princípio regulador da prática argumentativa, pois assim, as premissas da argumentação ("topoi") podem ser analisadas e debatidas mais profundamente. (SANTOS, 2002). Nesse contexto, pode-se dizer que o pensamento tópico é democrático, pois obedece ao diálogo entre a pluralidade de comunidades, vez que há diversos tipos de auditórios, que estão em constante rotação.

Nessa perspectiva, "o mérito fundamental de Viehweg é não ter construído uma teoria, e sim ter descoberto um campo para investigação." (ATIENZA, 2002, p.78-79). Assim, o que, inicialmente, expunha apenas o ponto de partida do processo argumentativo que finalizava a construção de uma decisão passa a ser utilizado e desenvolvido por outros juristas, como Perelman (1998), embora com fundamentos e conclusões diferentes dos de Viehweg.

No pensamento desenvolvido por Perelman, a tópica é reverenciada como um elo entre a argumentação e a retórica. Em Perelman, a argumentação ganha em importância, na medida em que o orador tem diante de si um auditório que o convida a se expressar a partir de lugares comuns, aceitos por todos e identificados pelo seu sentido amplo.

Viehweg, por seu turno, teve a oportunidade de descrever as diferenças entre a tópica de primeiro grau e a tópica de segundo grau, as quais se referem aos lugares ditos comuns e específicos. Desse modo, a retórica revela-se como a capacidade de dizer argumentativo que pressupõe a adesão do auditório, qual será o "topoi" que irá prevalecer no contexto do discurso, para que o mencionado orador procure convencer seus ouvintes. (PERELMAN, 1998).

Destaca-se no pensamento de Perelman (1998) que os lugares-comuns desempenham função análoga ao dos axiomas no sistema formal, mas com esses não guardam o mesmo sentido, pois necessitam de um tipo de adesão que não se confunde com a evidência, pois na dialética prevalece a dúvida, sugerindo a necessidade da argumentação. Viehweg, a seu turno, expõe que

*en general, habrá que conceder que, cuando se busca una fundamentación que incluya la determinación*

*de los axiomas, uno se encuentra, por así decirlo, automáticamente, con la retórica. Posiblemente, en su desarrollo ulterior, ella es adecuada para retrotraer toda nuestra actividad intelectual a un contexto práctico, en el cual se vinculan las condiciones lógicas y éticas de esta actividad. Si esto es así, entonces toda argumentación tiene su última ratio en el método del argumentar.* (MEHWEG, 1991, p.172).

Perante o que, brevemente, foi exposto, os trabalhos de Viehweg tentam unir a Moral e o Direito. A Moral consiste em uma conduta interna que fornece substratos para a formulação e aplicação do Direito. O Direito, a seu turno, pode ser visto como uma ordem nas soluções de conflitos.

Assim sendo, pode-se dizer que a Bioética é subárea de conhecimento da filosofia, e, portanto, seus questionamentos são abertos, suas premissas são provisórias, analisa e questiona valores morais. Quanto ao Biodireito, há uma imposição ao que se considera certo sobre algo que é duvidoso, existe “[...] procedimento dogmático. Há normas de direito positivo que fornecem uma estrutura de soluções intra-sistêmicas.” (NAVES, 2002, p.135). Nesses termos, “a zetética relaciona-se com a dogmática, na medida em que fornece fundamentos, bases valorativas a serem incorporadas pelo sistema dogmático.” (NAVES, 2002, p.135).

#### **4 A TÓPICA E O BIODIREITO**

O pensamento positivista que via o Direito como mero corpo sistemático de normas, com apego excessivo às palavras da Lei já sofria críticas desde a formação da Escola Histórica do Direito, no início do séc. XIX.

Esse movimento defendia que o Direito deveria ser o resultado dos estudos da doutrina científica sobre as organizações sociais, que são também organizações históricas formadas pelo costume, que seria capaz de demonstrar o verdadeiro “espírito do povo”, reproduzido através de conceitos.

Essas idéias acabaram por formar um pensamento conceitual, culminando uma Jurisprudência dos Conceitos, na qual o Direito era oriundo de um pensamento lógico-indutivo – dedutivo, no qual, por indução, tem-se um princípio que, por dedução, era capaz de servir como juízo concreto em uma decisão.

Mesmo com toda a força das idéias positivistas, essas se mostraram insuficientes. Não consideravam os valores humanitários que, atualmente, em sua grande maioria, estão contidos em princípios positivados, respeitando o Devido Processo Legislativo, exigido no paradigma do Estado Democrático de Direito.

O pensamento tópico de Viehweg, construído e publicado na década de 1950, insere-se no contexto das Teorias da Argumen-

tação Jurídica, que se opuseram à lógica formalista positivista, tentando conciliar a justiça e a segurança. Aproximadamente na mesma época em que Viehweg retomou a retórica e construiu seu pensamento argumentativo tópico, a comunidade científica levantou questões éticas e morais diante do uso de novas tecnologias em experimentos com seres humanos, durante o regime nazista, em especial na II Guerra Mundial.

O Tribunal de Nuremberg em 1945-46, editou o Código de Nuremberg, que condenava as experiências realizadas com seres humanos pelos médicos nazistas e estabelecia regras para experimentos que envolviam seres humanos. Iniciavam-se, nesse momento, as preocupações com a repercussão da biotecnologia na sociedade. Em 1964, o Código de Nuremberg foi revisto pela Organização Mundial da saúde e essa revisão deu origem à Declaração de Helsinque, que atrelou a pesquisa biomédica a valores éticos. Nessa época, pesquisadores e cientistas viram a necessidade de impor limites à aplicação da tecnologia existente, que era invasiva, em muitos casos, à saúde do homem e desconhecida, até então, pela maioria da sociedade leiga.

Em uma tentativa de preservar o ser humano, tais profissionais estabeleceram moratória de um ano, por volta de 1969, nas pesquisas de engenharia genética. A moratória foi, sobretudo, um ato da comunidade científica que sentia a necessidade de estabelecer normas de comportamento capazes de disciplinarem as pesquisas. Entretanto, foi suspensa pela própria comunidade científica, pela indústria farmacêutica e pelo sistema de saúde os quais desejavam fazer dos novos campos do conhecimento, possibilidades de comercialização e atendimento médico amplo.

Os resultados foram altos investimentos, descobertas de novas doenças, novas curas para doenças que atormentavam a sociedade, e também uma série de invenções e pesquisas nunca antes imaginadas, como a possibilidade de fertilização extracorpórea de gametas, a possibilidade de criopreservar esses embriões, as células-tronco, a clonagem. Situações fáticas que não podem ser vistas sob a ótica positivista regra-fato, justamente por não ser possível encaixar a “moldura” da Lei a essas situações. A busca de controle absoluto das relações jurídicas demonstrou-se inconsistente, principalmente em relação aos avanços das sociedades modernas, notadamente do Biodireito.

Os casos apresentados ao Biodireito necessitam de solução. Não há normas previamente estabelecidas para regulá-los, a sociedade não possui mais um consenso universal sobre os vários aspectos morais, éticos e valorativos de situações que envolvem os avanços da Biotecnologia. Então, nada mais favorável do que a utilização de um pensamento problemático, fundado na análise das possibilidades do sistema.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços da ciência, notadamente a partir do desenvolvimento tecnológico, permitiram a manipulação bioquímica de diversos elementos, como por exemplo, as células-tronco, que até a metade do século passado, estavam fora do alcance humano. Esses avanços acabaram por colocar em xeque o pensamento moderno frente aos valores éticos e morais e à "moldura" jurídica do positivismo.

O momento presente deve observar não mais os contornos firmes e inflexíveis da norma escrita ou do precedente fixados; mas as circunstâncias do fato, descrito por Viehweg, como a situação a ser problematizada, que carece de uma solução a ser dada em torno dos "topoi", que ao fato se ligam, sem utilizarem de mecanismos pré-determinados.

A razão para a utilização do pensamento problemático e a rejeição do formalismo positivista são justificáveis, vez que aquele oferece um campo de possibilidades abertas, que respeitam a pluralidade de opiniões da sociedade. A sociedade chamada plural foi conduzida por inúmeras transformações em todos os seus seguimentos, em especial no Direito Privado, houve transformações na família, na propriedade e no contrato, nos cinquenta últimos anos do século passado.

Diante da teorização de Viehweg, inúmeras críticas foram construídas, talvez pelo fato de o ser humano ainda não ter se adaptado à situação de insegurança, que o momento informa e que a teoria argumentativa tópica de Viehweg se dispõe a enfrentar. Os casos descritos no texto sobre Biodireito não estão distantes da realidade de incerteza, vez que estão inseridos num contexto que não informa uma única norma orientadora de solução, mas sim um conjunto de princípios que representam, na lição de Viehweg, lugares comuns, que devem ser identificados no caminho da decisão.

Diante disso, o caminho apontado por Viehweg voltado para as questões de Biodireito, considerando-o uma ciência dogmática, mas que trabalha com elementos da zetética, passa pelo incessante atuar do intérprete em sua busca pela identificação dos "topoi" mais próximos de uma decisão que, antes de tudo, seja justa. Para Atienza, "o mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria, e sim ter descoberto um campo de investigação. Algo, ao fim e ao cabo, que parece se encaixar perfeitamente no 'espírito' da tópica." (ATIENZA, 2002, p.78-79).

Nessa mesma ordem de raciocínio, segue a lição de Tércio Ferraz Jr.,

*como técnica de pensamento, a tópica (material e formal) leva a argumentação judicial a um jogo eminentemente assistemático, em que se tem observado ausência de rigor lógico, impossibilidade de redução das decisões a silogismos etc.*

*Ressalta-se, ao contrário, o uso abundante das distinções, das redefinições de velhos conceitos, das analogias, das interpretações extensivas, do retorquir, das ironias, da exploração técnica das ambigüidades, das vaguesas, das presunções, tudo conforme a boa retórica. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p.326).*

As perspectivas da tópica são úteis no caso do Biodireito, na medida em que esse campo de atuar do Direito está sempre sujeito a forças endógenas presentes na sociedade submissas a influências da Biomedicina e Biotecnologia, a clamarem por uma Biosegurança a partir do Direito, que não mais passa pelos velhos e arcaicos métodos jurídicos, mas suscita uma metodologia dinâmica e dialética, capaz de permitir a interseção dos diversos novos fatores éticos mundializados, a fim de proporcionarem a salvaguarda da pessoa humana enquanto partícipe de uma sociedade aberta e plural.

## REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica Perelmam, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.
- BARBOZA, Heloísa Helena. A insuficiência de conceitos da Bioética e do Biodireito. In BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (Coords.). Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles. Vol. I. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e Biodireito. In BARBOZA, He-

Ioísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (Coords.). Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao Biodireito: da zetética à dogmática. In SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, PUC Minas, 2002.

PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica. São Paulo; Martins Fonte, 1998.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Teoria do Método Jurídico: a contribuição de Theodor Viehweg. In FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na tradição paradigmática. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VIEHWEG, Theodor. Tópica y filosofía del derecho. Trad. Jorge M. Sefia. Barcelona: Gedisa, 1991.

#### **NOTAS DE FIM**

1 Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual Civil pelo CAD / Gama Filho. Especialista em Direito Civil pela UCAM. Advogada. E-mail: janiceborges@hotmail.com

2 Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado. E-mail: michael@adv.oabmg.org.br

3 Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pela UFRJ. Advogado. E-mail: sabre@oi.com.br



# CASSAÇÃO DE MANDATO DE PREFEITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A DEFESA DOS AGENTES POLÍTICOS

Júlia Reghin Gomes da Costa<sup>1</sup>

Arthur Magno e Silva Guerra<sup>2</sup>

**RESUMO:** A cassação de Prefeitos é matéria extremamente polêmica no atual contexto constitucional brasileiro. O processo político-administrativo, para desconstituição do seu mandato é regida por um Decreto-lei, editado em plena época da ditadura militar brasileira: o de número 201/1967. Este estudo realiza análise preliminar de alguns aspectos primordiais relacionados às denominadas infrações político-administrativas que podem ensejar a perda do mandato de Prefeito. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, a interpretação, leitura e aplicação da referida norma deve ser coadunada com a exigível principiologia democrática, com especial foco, na incidência do princípio do devido processo legal, durante as etapas regentes do julgamento. Nesse sentido, analisa o supra-referenciado instrumento normativo, abordando aspectos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cassação de mandato de prefeito; infrações político-administrativas; Decreto-lei nº 201/67.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A autonomia municipal; 2.1. Os poderes municipais: Executivo e Legislativo; 2.2. A responsabilidade dos Prefeitos; 3. Crimes de responsabilidade; 3.1. Terminologia adequada: “crimes de responsabilidade” ou “infrações político-administrativas”?; 3.2. Decreto Lei 201/67 à luz da CF/88; 4. Análise das condutas e as penas cabíveis; 5. Julgamento político; 5.1. Tribunal Político: a Câmara de Vereadores; 5.2. O devido processo legal; 5.2.1. Atos do processo: a ordem adequada; 5.2.2. Legitimidade; 5.2.3. Quóruns de deliberações; 5.2.4. Citação, Notificações e Intimações; 5.2.5. Validade e nulidade dos atos: os vícios formais; 6. Devido Processo Legal nos Tribunais; 7. Considerações Finais; Referências.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Administrativo

## 1 INTRODUÇÃO

O Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, elencando hipóteses, em que esses agentes políticos podem sofrer punição pela prática de atos não condizentes com o exercício de sua função. Ele traça as normas de julgamento, tanto nos casos de ‘infrações político-administrativas’, quanto nos casos de cometimento de denominados ‘crimes funcionais’.

Ocorre que o Decreto-lei nº 201 foi editado na vigência da Constituição de 1967, em pleno regime ditatorial e autoritário. Por conseguinte, existem dúvidas quanto à forma de sua aplicabilidade, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito ao princípio constitucional da separação dos Poderes<sup>3</sup>.

Seus artigos 4º e 5º dispõem, especificamente, sobre as infrações político-administrativas, cabendo àquele relacionar hipóteses de infrações, de forma exemplificativa; e, a esse, determinar o procedimento que deve ser seguido pela Câmara dos Vereadores, quando do julgamento político do Prefeito.

O procedimento é formal, contudo se difere do processo judicial já que se trata na realidade de um julgamento ‘político’ assemelhando, muito, ao do impeachment de Presidente da República, previsto na Constituição Federal de 1988.

Apesar de se tratar de julgamento com essa natureza, Vereadores são vinculados ao procedimento<sup>4</sup> fixado pelo Decreto-lei nº 201/67, não podendo desrespeitar também os princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico, sob pena de ser o julgamento anulado por meio de processo judicial. O Judiciário apenas não tem competência para (re)analisar o mérito da questão, mas tem plena aptidão para anular o processo, bem como o julgamento, por presença de vício formal.

Nunca é demais lembrar que o Judiciário tem o dever-dever de examinar os atos do Poder Legislativo no tocante aos aspectos da legalidade, já que se tratam de questões que envolvem erros, na forma e no rito de um processo administrativo, com grave consequência para a democracia: cassação do mandato público de um mandatário.

Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles (2001):

*O processo e o julgamento das infrações político-administrativas competem exclusivamente à Câmara de Vereadores, na forma prevista na lei municipal pertinente, e os trâmites da acusação e da defesa devem atender não só aos preceitos das normas pertinentes, como as disposições regimentais da corporação, para validade da deliberação do plenário. Trata-se de um processo político-administrativo (e não legislativo), de natureza parajudicial e de caráter punitivo, por isso mesmo sujeito aos rigores formais legais e à garantia de ampla defesa. É processo autônomo e independente da ação penal do crime de responsabilidade, mas vinculado (e não discricionário) às normas municipais correspondentes e ao regimento da Câmara quanto à tramitação e aos motivos ensejadores da cassação do mandato do acusado, pelo quê se torna passível de controle judicial sob esses dois aspectos, ou seja, quanto à regularidade do procedimento e à existência dos motivos (MEIRELLES, 2006, p. 768-769).*

Assim, para que o esforço da Câmara de Vereadores no sentido de averiguar a ocorrência de infrações político-administrativas por parte do Prefeito não sejam em vão ou, seqüencialmente, arbitrários, devem os membros da Casa Legislativa se atentarem a todos os detalhes procedimentais, previstos do Decreto-lei nº 201/67, em observância 'Devido Processo Legal'. Afinal, como se verá mais adiante, o desrespeito ao referido princípio é o principal fator de anulação do julgamento político pelo Judiciário, via mandado de segurança.

## **2 A AUTONOMIA MUNICIPAL**

O conceito de Município se modificou diversas vezes ao longo da história do Brasil conforme se alteraram as Formas de Estado e de Governo adotadas. Embora todas as Constituições do Brasil previssem em seus textos a autonomia municipal, esta apenas se concretizou a partir da Constituição de 1946. Desde então, os municípios são independentes dos governos Federal e Estadual, dotados de rendas próprias para prover os serviços locais, promover a eleição de seus governantes, dentre outras atribuições.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 1º e 18, integrou o Município na Federação, já que se caracteriza como peça essencial da organização político-administrativa brasileira (MEIRELLES, 2006, p. 44). Além disso, ampliou a autonomia dos Municípios nos aspectos político, administrativo e financeiro. O capítulo

IV da Carta Magna é dedicado exclusivamente à organização dos Municípios, concedendo-lhe poder de elaborar sua própria lei orgânica, manteve a eleição direta para vereadores e extinguiu a possibilidade de nomeação para prefeitos de qualquer Município<sup>5</sup>.

O artigo 30 da Constituição de 88 elencou as matérias de competência privativa dos Municípios, dentre elas, legislar sobre assuntos de interesses locais (inciso I), suplementar a legislação federal e estadual no que couber (II) e instituir e arrecadar tributos de sua competência (III). Além de competências exclusivas, o artigo 23 trouxe as matérias de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entre as quais podemos ressaltar: zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (I) e cuidar da saúde e assistência pública bem como da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (II).

Assim, nas palavras de Hely Lopes Meirelles,

*A atual Constituição da República, além de inscrever a autonomia como prerrogativa intangível do Município, capaz de autorizar até a intervenção federal, para mantê-la ou restaurá-la, quando postergada pelo Estado-membro (art. 34, VII, "c"), enumera, dentre outros, os seguintes princípios asseguradores dessa mesma autonomia: a) poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria); b) poder de autogoverno, pela eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores; c) poder normativo próprio, ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar; d) poder de auto-administração: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas<sup>6</sup>.*

Apesar de todas essas atribuições conferidas ao Município pela Carta Magna, este não tem competência para traçar normas sobre a responsabilidade de seus agentes bem como os procedimentos para aplicação de eventuais penalidades. Isso porque, somente à União compete legislar sobre direito civil, penal e processual, nos termos do artigo 22, I, da Constituição.

Dessa forma, o Município fica adstrito às leis criadas pela União a respeito da responsabilidade civil e penal de seus agentes públicos, não podendo inovar nesse âmbito sob pena de desrespeito à Constituição da República.

### **2.1. Os Poderes Municipais: Executivo e Legislativo**

O princípio da 'Separação dos Poderes' está previsto nos arts. 2º e 60, §4º, III da Constituição da República de 1988,



aí consagrado como cláusula pétrea. Segundo este princípio, os poderes denominados de Executivo, Legislativo e Judiciário, são independentes e harmônicos entre si, e existem para evitar uma tendência centralizadora e autoritária do Poder Público (COSTA, 2005, p. 137). Esse modelo prevalece tanto no âmbito Federal, como Estadual e Municipal<sup>7</sup> e nada mais é que um sistema de distribuição de funções o que implica quem, for das hipóteses constitucionais de atipicidade, um poder não pode exercer as atribuições do outro.

Os órgãos somente são independentes no que se refere à organização de seus serviços e ao exercício das atribuições que lhe são próprias, mas se entrosam e se subordinam mutuamente na consecução da contenção do poder pelo poder. O que significa que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário desempenham as suas funções de modo preponderante e não exclusivo, podendo cada um deles realizar excepcionalmente uma função material do outro Poder, de maneira acessória (FIÚZA; COSTA, 2007, p. 193).

Na esfera municipal o Poder Legislativo é exercido pela Câmara de Vereadores e tem como funções precípuas a criação de leis, bem como a fiscalização. Hely Lopes Meireles (2006) esclarece que

*A atribuição típica e predominante da Câmara é a normativa, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos municípios no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão-somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada nem aplica as rendas locais; apenas institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personificado no prefeito (MEIRELLES, 2006, p. 605).*

Já o Poder Executivo é chefiado pelo Prefeito, destacando-se entre suas funções os atos de governo (indelegáveis) e as administrativas (delegáveis). As funções de governo compreendem o exercício político do mandato, ou seja, a representação do Município bem como a condução dos negócios públicos municipais, além das funções co-legislativas, quais sejam: iniciar projetos de lei, sancionar, vetar, promulgar leis e enviar mensagens à Câmara (CASTRO, 2006, p. 172).

As funções administrativas do Prefeito, nas palavras de José Nilo de Castro

*(...) encarnam a maior parte de suas atividades, desde a execução de leis, a movimentação da máquina administrativa, a arrecadação dos tributos municipais, a guarda dos bens municipais, a execução dos serviços públicos, diretamente ou por seus auxiliares (CASTRO, 2006, p. 172).*

## **2.2. A Responsabilidade dos Prefeitos**

O Prefeito, como pessoa pública, chefe do Poder Executivo Municipal, detentor de inúmeras atribuições, deve zelar pelos bens públicos, não podendo usufruir destes como se seus fossem. Pelos seus atos o Prefeito pode ser responsabilizado penal, político-administrativo ou civilmente, dependendo da natureza do ilícito. Ensina Nelson Nery Costa (2005) que:

*A responsabilidade penal resulta do cometimento de crime ou de contravenção, podendo ser crime funcional, especial ou comum. Os crimes funcionais podem ser gerais, previstos nos artigos 312 e 327, do Código Penal, ou específicos, crimes de responsabilidade, tipificados no art. 1º do Decreto-lei nº 201, de 27.02.1967, ou crimes de abuso de autoridade, previstos na Lei Federal nº 4.898, de 9.12.1965 (COSTA, 2005, p. 160)<sup>8</sup>.*

Já a responsabilidade político-administrativa origina-se da violação de deveres funcionais pelo Prefeito, sujeito a controle da Câmara de Vereadores conforme artigos 4º e 5º do Decreto-lei nº 201 de 1967<sup>9</sup>. Falaremos a seguir sobre os tipos de infrações que pode incorrer o Prefeito Municipal.

## **3. CRIMES DE RESPONSABILIDADE**

### **3.1. Terminologia Adequada: “Crimes de Responsabilidade” ou “Infrações Político-Administrativas”?**

Existia na doutrina e jurisprudência uma divergência quanto à correta terminologia a ser utilizada para as infrações cometidas pelos Prefeitos que poderiam ensejar a perda do mandato. Alguns doutrinadores, dentre eles, José Rubens da Costa (2000), sustentavam que:

*a denominação de ‘crimes de responsabilidade’ aos fatos jurídicos que causam a cassação do mandato não é correta tecnicamente, porque reserva-se a dicção crime aos ilícitos punidos com a restrição ao direito de liberdade (=prisão) (COSTA, 2000, p. 05).*

Essa divergência se arrefeceu, em 1994, quando do julgamento do HC 70.671.1-PI pelo Supremo Tribunal Federal, em que o então Ministro Carlos Mário da Silva Veloso consignou em seu voto:

(...) Sensibilizou-me, entretanto, o voto que proferiu o Sr. Ministro Paulo Brossard, a demonstrar que a jurisprudência da Casa 'tem como supedâneo um equívoco decorrente da equívocidade da locução crimes de responsabilidade; o Dec-Lei n. 201 a emprega em sentido diferente com que ela é empregada pela Lei 1.079/59, e o foi pela Lei n. 30, de 1892, bem como pela Lei 13.528, de 1959, revogada pelo Decreto-lei mencionado.' Ponho-me de acordo com a tese espousada pelo eminente Ministro Brossard. É que, conforme esclareci no voto que proferi no MS 21.689-DF, o Dec-lei n. 201, de 1967, estabelece, no seu art. 1o, os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara. Seguem-se, então, os incs. I a XV, a tipificarem os crimes de responsabilidade dos prefeitos. Acontece que esses crimes são, na verdade, crimes comuns: são julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1o), são de ordem pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1o, § 1o) e o processo desses crimes 'é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal' com, algumas modificações (art. 2o, incs. I a III). No art. 4o, o Dec-lei n. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essa infrações é que poderiam ser denominadas, na tradição do direito brasileiro, de crimes de responsabilidade. Aqui, tem-se o impeachment; lá, relativamente aos crimes do art. 1o, ação penal pública. (...) (BRASIL, 1995)

Assim, entendemos que a terminologia mais correta a ser utilizada, para atos que podem resultar na cassação do mandato de Prefeito é, de fato, "infração político-administrativa". No que tange aos delitos elencados no art. 1o do Decreto-Lei n. 201, de 1967, adequado chamá-los de "crimes funcionais", já que nada mais são do que crimes comuns, praticados no exercício de função, julgados, portanto, pelo Judiciário.<sup>10</sup>

### 3.2. Decreto Lei 201/67 à Luz da CF/88

Antes de adentrar propriamente na análise das infrações político-administrativas em espécie, cabe entender a origem do referido Decreto-lei e sua aplicabilidade ante a promulgação da Constituição de 1988.

Durante o período de Ditadura Militar, mais especificamente o período entre a promulgação da Constituição de 1967, em 24 de Janeiro, até o início de seu vigor, que só se daria em março, foram editados mais de 200 Decretos-leis, dispendo sobre diversas matérias (LÔBO, 2003, p. 90), dentre eles o Decreto-lei nº 201. Nesse contexto de Ditadura Militar, na vigência do Ato Institucional nº 4, de 1966, a edição do Decreto-lei nº 201, de 1967, visava certamente a centralização do poder, uma vez que não se limitava a traçar as diretrizes básicas do processo de cassação de mandato eletivo, mas regulava-lhe até os pormenores e os imprevistos (CARVALHO, 2012).

Ressalte-se que, durante o período de Ditadura Militar, não havia qualquer preocupação com os direitos individuais; porém, o Decreto-lei nº 201 teve o falo condão de respeito a princípios basilares do due process of Law, inconcebíveis à época, já que a intenção era mesmo possibilitar a "caça", àqueles prefeitos que não coadunassem com o sistema instaurado.

Ocorre que, após o advento da Constituição de 1988, surgiu grande discussão de ordem doutrinária a respeito da aplicabilidade ou não do Decreto-lei 201, de 1967 (FERREIRA, 1996, p. 120). Sobre o art. 29, X da Constituição Federal<sup>11</sup>, renumerado do inciso VIII, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1996):

*Julgamento do prefeito. Estabelece-se aqui um privilégio de foro em favor do prefeito municipal. É de se discutir o alcance desse privilégio. Abrangerá ele também o julgamento dos crimes de responsabilidade? E das chamadas infrações político-administrativas (Dec.-Lei n. 201/67, art. 4o)? Deve-se entender que sim. A função de julgar é inerente ao judiciário no sistema da "separação dos poderes", que a Constituição erige em princípio intocável (v. art. 60, §4o, III). Assim a atribuição dessa função a outro poder exige norma expressa e excepcional (FERREIRA, 1996, p. 120).*

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Edilene Lobo (2003), asseverou que:

*Quanto às aduções dos cultos juristas que defendem a vigência do Decreto-lei 201/67, temos que não procedem. O Decreto-lei era inconstitucional já no regime de exceção da Carta de 1967, porque o AI 4/66 só admitia normas dessa natureza para matérias afetas à segurança nacional e questões administrativas e financeiras. Como se sabe, o diploma em pauta versa matéria penal e político-administrativa.*



*O principal vício reside na origem. A edição da norma, usurpando-se a função normativa do Poder Legislativo, colide com os comandos do art. 2º da Constituição Federal. Só por aí se vê que é insustentável a tese de recepção tácita (LÔBO, 2003, p. 95).*

José Nilo de Castro (2006, p. 484-493) resume a opinião dos defensores da constitucionalidade do Decreto-lei 201/67 afirmando que à vista do fenômeno da recepção tácita, houve absorção das normas do Decreto-lei referido, não se podendo ver a contradição com a Constituição de 1988. Acrescenta que a competência para legislar sobre infrações político-administrativas é da União, porque a respectiva, natureza jurídica é de caráter punitivo. Sustenta ainda que a autonomia do Município é limitada ante a supremacia do Estado e da União, e que, em respeito ao princípio da simetria com o centro existe legislação específica dispondo a respeito das infrações político-administrativas.

Castro (2006, p. 486), ainda, ressalta que, como o art. 85 da Constituição remete à Lei Federal, dispor a respeito dos crimes de responsabilidade no âmbito Federal e Estadual, não há razão para afastar da Lei Federal a definição das infrações político-administrativas no âmbito municipal. E conclui:

*As mesmas razões de ordem constitucional que vicejavam a favor do Decreto-lei n. 201/67, sob a Constituição de 1967, não desapareceram sob a atual.*

(...)

*Não se faz aqui, evidentemente, apologia do Decreto-lei n. 201/67, fruto do autoritarismo, como tantos outros decretos-leis que disciplinam, em plenitude, atos, fatos e relações jurídicas sob a nova ordem constitucional. Defende-se-lhe a vigência, por não se encontrar, na sua abrangência, incompatibilidade vertical com a Constituição da República. Porquanto está ele vigente, não prevalecendo, data venia, teses de que o Prefeito só pode ser julgado pelo Tribunal de Justiça, de que a definição das infrações político-administrativas se inseririam no âmbito dos poderes reservados dos Estados-membros e de que possuiria a Câmara Municipal competência para definir as infrações político-administrativas, em seu regimento interno ou na Lei Orgânica, e para criar a figura do impeachment local<sup>12</sup>.*

Diante das divergências entre as duas correntes – uma que afirma; outra que nega a vigência do Decreto-lei nº 201/67 – o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de sustentar

a vigência do Decreto-lei 201/67 sob os seguintes argumentos, que elenca Edilene Lôbo a partir dos Habeas Corpus 69.850-RS, de 1993 e 70.671-PI, de 1994:

*o ordenamento anterior validou a integridade não só dos atos institucionais baixados pelo governo militar, como acervo normativo produzido por aqueles atos, com base no art. 181, III da EC de 1969 e 173, III, da Carta de 1967. Assim, a inconstitucionalidade do Decreto-lei em tela foi editada com os dispositivos colocados;*

*mesmo versando tipos penais, na sistemática constitucional extinta era possível que decretos leis assim o fizessem;*

*os vícios são menos do texto do Decreto-lei em exame do que da sua época. Seria muito o que na jurídica ordinária teria que ser derrubado, em homenagem à Carta de 1988, se se fizesse por causa da gênese dos textos e não pelo seu conteúdo;*

#### **4 ANÁLISE DAS CONDUTAS E AS PENAS CABÍVEIS**

As infrações político-administrativas, segundo Tito Costa (1998):

*são as que resultam de procedimento contrário à lei, praticadas por agente político, ou quem lhe faça legitimamente as vezes, e relativas a específicos assuntos de administração. O Prefeito, tanto quanto o Governador ou o Presidente da República, é um agente político; desempenha um múnus público, sem qualquer ligação profissional ou de emprego em relação ao Município (COSTA, 1998, p. 150-151).*

Acrescenta ainda CASTRO (2006, p. 480) que as infrações provêm de violação de deveres éticos, funcionais e governamentais locais, cujo objetivo é a perda do mandato eletivo que se pode dar pela cassação e extinção.

O art. 4º do Decreto-lei nº 201, de 1967, traz em seu caput a regra de que as infrações político-administrativas cometidas por Prefeitos municipais são sujeitas ao julgamento pela Câmara de Vereadores e punidas com a cassação do mandato (BRASIL, 1967). Trata-se, portanto, de julgamento político pela Câmara de Vereadores que pode resultar na cassação do man-

dato. Hely Lopes Meirelles (2006) distingue a cassação da extinção do mandato<sup>13</sup>:

*Cassação é a decretação da perda do mandato por ter o seu titular incorrido em falta funcional, definida em lei e punida com esta sanção. Extinção é o perecimento do mandato pela ocorrência de fato (morte), ato ou situação que torne automaticamente inexistente a investidura eletiva (renúncia, perda dos direitos políticos, condenação criminal com inabilitação para a função pública, etc).*

*A cassação de mandato compete ao plenário da Câmara, por ser ato constitutivo acentuadamente deliberativo e de índole político-administrativa (MEIRELLES, 2006, p. 700).*

Os incisos do artigo 4º do Decreto-lei nº 201/67, apenas exemplificam atos que, quando praticados por Prefeitos, no âmbito de suas atribuições, são imputadas como infrações político-administrativas. Conforme ensina Wolgran Junqueira Ferreira (1996):

*Servem apenas, unicamente e somente como exemplos a serem seguidos pelas Câmaras Municipais e não como lei a ser aplicada de imediato, fato que ocorre com os artigos 1º, 2º e 3º do Decreto-lei nº 201, anteriormente comentados (FERREIRA, 1996, p. 129).*

O inciso I do art. 4º guarda simetria com o art. 34, IV<sup>14</sup> e art. 85, II<sup>15</sup> da Constituição ao dispor que SE trata de infração político-administrativa impedir o funcionamento regular da Câmara. Considera-se que o Prefeito impede o regular funcionamento da Câmara de Vereadores quando se opõe ao livre desempenho de qualquer representante, deixa de repassar valores devidos, de acordo com o orçamento municipal ou dificulta o acesso dos Vereadores ao edifício da Câmara.

Já o inciso II do mesmo artigo, dispõe que impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída também trata-se de infração político-administrativa. Isso porque, cabe à Comissão de Inquérito Parlamentar nomeado pela Câmara Municipal, a verificação de atos e fatos que estejam transcritos em livros da Prefeitura ou quaisquer outros documentos que lá se encontrem, por esse motivo, tem livre acesso a todos os documentos. O mesmo direito possui o Tribunal de Contas, que atua como órgão auxiliar do controle externo, quando da realização da auditoria anual (FERREIRA, 1996, p. 132).

Também, trata-se de infração político-administrativa, pre-

vista no inciso III do art. 4º, desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular. Parte da doutrina entende este inciso como inconstitucional já que, não se pode pretender que o chefe de um dos poderes, no caso, do Poder Executivo, submeta-se como mero subordinado caso convocado pela Câmara de Vereadores, não cabendo às Leis Orgânicas dos Municípios estabelecer a obrigatoriedade de comparecimento do Prefeito para dar explicações (LÔBO, 2003, p. 111).

Há quem entenda que as Leis Orgânicas dos Municípios podem, sim, estabelecer a obrigatoriedade do Prefeito comparecer à Câmara para dar explicações sobre fatos constantes do próprio requerimento de convocação, podendo, inclusive, fixar prazo para o seu comparecimento (FERREIRA, 1996, p. 133).

Já quanto aos pedidos de informação dos quais também trata o inciso III, a doutrina majoritária entende serem regulares, desde que devidamente aprovados pelo plenário e formalmente encaminhados pelo Presidente da Câmara e, apenas justo motivo pode justificar o seu desatendimento (LÔBO, 2003, p. 112).

A publicação da lei é essencial para torná-la íntima do público e, quando efetivada, torna-se obrigatório o seu cumprimento. Cabe ao Prefeito Municipal tomar as medidas cabíveis para efetivar a publicação das leis dentro do prazo de 15 dias, prazo este que, apesar de não ser estabelecido diretamente, conclui-se pela lógica do processo legislativo e pela simetria com o art. 66, §1º<sup>16</sup> da Constituição Federal (FERREIRA, 1996, p. 134). Portanto, o inciso IV também elenca como infração político-administrativa do Prefeito retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade.

Deixar de apresentar à Câmara, no devido tempo, e em forma regular, a proposta orçamentária, dispõe o inciso V do art. 4º. Trata-se de infração político-administrativa porque tem o Prefeito prazo determinado e forma regular para apresentar proposta orçamentária à Câmara. O prazo é fixado pela Lei Orgânica do Município, e, quanto à forma, existe uma série de elementos prefixados, como por exemplo na Lei nº 4.320/64, que devem ser observados para a apresentação do orçamento (FERREIRA, 1996, p. 135).

O inciso VI prevê como infração político-administrativa descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro. Explica Edilene Lôbo (2003) que:

*No que tange às despesas, subdivide-se [o orçamento], grosso modo, em categorias às quais correspondem dotações orçamentárias assentadas em elementos de despesas: pessoal, material de consumo, material permanente, serviços e encargos, etc. Os comandos para essa classificação advêm da Lei 4.320/64, a qual possibilita, ainda, que o orçamen-*



*to contenha mecanismos de remanejamento parcial das dotações orçamentárias. Fora desses limites, o Prefeito corre o risco de cometer a violação do orçamento, rompendo não só a lei, como também o pilar da Administração Pública, qual seja: o "princípio da legalidade" (LÔBO, 2003, p. 119)*

Assim, apesar de o orçamento não ser totalmente rígido, ele deve ser observado no tocante às dotações fixadas, sob pena de incorrer em infração o Prefeito.

Já o inciso VII do art. 4º dispõe tratar-se de infração político-administrativa praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática. Wolgran Junqueira Ferreira esclarece que este inciso prevê duas hipóteses: a) praticar, contra expressa disposição de lei ato de sua competência; b) omitir-se, na prática, de ato de sua competência (FERREIRA, 1996, p. 139).

A primeira trata-se de infração por ato comissivo e caracteriza o denominado excesso de poder, em que o Prefeito possui a competência para praticar determinado ato, mas ao fazê-lo se excede diante dos parâmetros conferidos pela lei (FERREIRA, 1996, p. 139). Trata-se de uma espécie de ato ilícito.

A segunda versa sobre o Prefeito que deixa de praticar determinado ato que, por fixação legal, lhe compete. A omissão é tão grave quando a comissão, tanto que esta infração político-administrativa é a mesma tipificada pelo Código Penal, em seu artigo 319<sup>17</sup>, sob a epígrafe de Prevaricação (FERREIRA, 1996, p. 140-141).

Edilene Lôbo (2003) acrescenta que a norma do inciso VII reprime, na realidade, a possibilidade de violação ao princípio da legalidade, espinha dorsal da administração pública e continua:

*Toda conduta tendente a desafiar esse mandamento é refutada com veemência, chegando mesmo a ser tratada como criminosa, a teor do inciso XIV do art. 1º do Decreto Lei 201/67.*

*Mais do que a proteção à lei, pretendeu-se proteger o núcleo do sistema. Operar contra a lei em conduta omissiva ou comissiva, quebrando um dos elos, tende a abalar toda a cadeia normativa. (LÔBO, 2003, p. 121-122)*

Trata-se também de infração político-administrativa, prevista pelo inciso VIII do art. 4º omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura. Tal dispositivo visa à proteção dos bens públicos, rendas, direitos ou interesses do Município, tentando evitar o descaso, alcançando também aqueles de propriedade do

Estado e da União que estejam sob a administração do Município. Edilene Lôbo (2003) elucida que:

*O dever de cuidar do patrimônio público é de matriz constitucional, elevando aos píncaros a proteção aos bens e interesses públicos e exigindo dos Administradores constante vigilância. Eles vão desde as ruas, praças, prédios até os títulos, dinheiro, automóveis, edifícios, papéis, móveis, máquinas, animais e outros (LÔBO, 20013, p. 123-124).*

O inciso IX prevê como infração político-administrativa ausentar-se do Município, por tempo superior ao permitido em lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara dos Vereadores. É sabido que o chefe do Município precisa deslocar-se da sede, a fim de tratar de interesses municipais, normalmente, em viagens aos centros de poder político. Por este motivo, é comum a previsão de ausência do Prefeito por tempo determinado nas Leis Orgânicas Municipais e, caso ultrapassado o prazo determinado, o Prefeito incorre em infração (LÔBO, 20013, p. 124).

Também pode o Prefeito afastar-se da Prefeitura, mas, para tanto, deverá estar devidamente autorizado pela Câmara de Vereadores, cabendo o exercício do cargo, na duração do afastamento, ao seu substituto legal, conforme FERREIRA (1996, p. 143) que complementa:

*Não pode [o Prefeito] afastar-se do cargo sem licença do Legislativo, assim como, se seu substituto legal aceitar o cargo, os atos praticados por este são eivados de nulidade absoluta. Isto, porque, o substituto é incompetente e os atos praticados por pessoa incompetente são plenamente nulos e a sentença que assim o considerar será declaratória.*

Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo, dispõe o inciso X do art. 4º do Decreto-lei 201/67. Previsão semelhante está contida no art. 55, II da Constituição da República, porém, na visão de Edilene Lôbo é um dos dispositivos mais difíceis de se dar cumprimento, pela subjetividade dos dois núcleos: "decoro" e "dignidade", afinal, a conduta pode ser indecorosa para uns e regular para outros (LÔBO, 20013, p. 125).

Wolgran Junqueira Ferreira (1996, p. 144) define o decoro como "decência, respeito de si mesmo e dos outros". E elenca três elementos objetivos, apontados por Tito Costa e Miguel Reale, que, se não forem constatados, não imputam determinada atitude como falta e decoro, mas apenas exercício normal de poder inerente ao mandato político, são eles:

*a) existência de dolo, isto é, de manifesto propósito*

de denegir a instituição legislativa ou outro órgão do Estado merecedor de respeito; b) gratuidade da crítica, isto é, total ausência de fundamento para legitimar o juízo formulado, bastando para legitimá-lo a simples ocorrência de indícios quanto à conveniência ou à irregularidade do ato impugnado; c) agressividade dispensável, com descortesia incompatível com o alegado objetivo de defesa do bem público FERREIRA (1996, p. 144).

Edilene Lôbo (2003) ainda acrescenta que

*Para detectar a ausência de decoro ou de dignidade no desempenho do cargo, é preciso senso comum, imparcialidade e sentimento de justiça sob pena de tentar impor um modelo de "moral social por atacado", desrespeitando-se as peculiaridades de cada qual (LÔBO, 2003, p. 127-128).*

Ressalte-se que, como já dito anteriormente, as hipóteses de infrações político-administrativas elencadas no art. 4º são meramente exemplificativas, cabendo à Câmara dos Vereadores identificar as demais condutas que podem ser consideradas com infrações.

## 5 JULGAMENTO POLÍTICO

### 5.1. Tribunal Político: a Câmara de Vereadores

Apontados indícios de prática de infração político-administrativa, caberá à Câmara de Vereadores processar e julgar o Prefeito, conforme as disposições do art. 5º do Decreto-lei nº 201, de 1967: "Art. 5º. O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo".

Trata-se, portanto, de julgamento eminentemente político, já que compete ao órgão Legislativo Municipal. Meirelles (2006, p. 700) explana:

*Na cassação o plenário decide se o titular do mandato deve perde-lo, ou não, em face da falta cometida ou da situação de fato que se apresente em conflito com as disposições legais que regem o exercício do cargo ou função eletiva;(...)*

*Para a cassação há necessidade de quórum e observância da tramitação legal e regimental estabelecida para essa deliberação (...)*

No mesmo sentido, Edilene Lôbo (2003) aclara que o julgamento político, assim como o jurídico, é extremamente vincula-

do, não deixando margem à discricionariedade, não se admitindo, portanto, atos e procedimentos à margem da lei.

*Só porque político, não se pode admitir a parcialidade, a arbitrariedade, nem a injustiça. Assim como o judicial, o julgamento político deve ser fundamentado. É da fundamentação que se extraem os motivos, os argumentos que demonstrem, com base nas provas, que o réu tenha praticado a conduta imputada (LÔBO, 2003, p. 141).*

José Nilo de Castro (2006, p. 480) explica que a cassação de mandato eletivo, por ser ato vinculado, deve ser apreciado pelo Poder Judiciário no que diz respeito à formalidade do procedimento de cassação e à legalidade intrínseca dos elementos internos do ato ou fato motivadores da medida punitiva. Mas conclui:

*O que, entretanto, é interdito, subtraído ao Judiciário é invadir o campo próprio dos atos interna corporis, valorando função política que a ordem jurídica conferiu ao Legislativo, com exclusividade, indo ao mérito da cassação, nvisando-a por esse motivo. O Judiciário não pode substituir o julgamento político-administrativo da Câmara pelo seu. A teoria dos motivos determinantes se impõe aqui, no particular, pela qual todo ato, quando tiver sua prática motivada, fica vinculado ao motivo exposto. Daí não se busca no Judiciário, saber se foi justa, injusta, inconveniente ou severa a deliberação da Câmara, se esta deveria perdoar ou não o acusado, pois este juízo é de mérito, e a Justiça não pode substituir a deliberação da Câmara Municipal por um pronunciamento de mérito do Judiciário (CASTRO, 2006, p. 480-481).*

### 5.2. O Devido Processo Legal

O devido processo legal é princípio previsto no art. 5º, LIV da Constituição da República e consiste em garantia de todos os litigantes, seja em processos judiciais, administrativos ou legislativos. De acordo com esse princípio, deve o processo ser regido em obediência à lei, entendida aqui como as regras previstas no ordenamento jurídico (GAVIORNO, 2013), não podendo o julgador inovar quanto ao procedimento que deve ser observado.

*A Constituição Federal de 1988, ao explicitar a observância do devido processo legal para a limitação da liberdade ou de bens, em seu artigo 5º, inciso LIV, alcança o processo administrativo, o que é*



*reiterado quando trata da ampla defesa e do contraditório no inciso seguinte (ANJOS FILHO, 2008).*

A norma constitucional não traz limitação funcional, pelo contrário, é dirigida ao Poder Público como um todo, já que a garantia do devido processo legal visa proteger o cidadão contra o arbítrio das autoridades, independente de sua se sua função é típica do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário (LIMA, 1999, p. 16).

Hoje o devido processo legal é tratado tanto sob o aspecto procedimental, reconhecido antes mesmo da posituação do princípio na Constituição de 1988, quanto sob o aspecto substantivo, que atua não apenas perante o judiciário na resolução de litígios, mas também frente aos poderes Executivo e Legislativo (LIMA, 1999, p. 189).

Uma vez demonstrado que os atos componentes do processo político-administrativo de cassação do Prefeito estão diretamente atrelados às ilegalidades e irregularidades do Processo como um todo, macula-se-lhe, o Direito a um "devido Processo Legal".

O dispositivo que traz o princípio do devido processo legal está inserido na Constituição no rol dos direitos fundamentais, ou seja, todas as normas previstas no art. 5º foram consideradas pelo legislador como essenciais para a existência do Estado Democrático de Direito (PAMPLONA, 2004, p. 76-77).

Dessa forma, é inegável a importância do devido processo legal para que se possa haver julgamento correto e justo do acusado e, independente do procedimento ou do órgão julgador, ele deve ser observado, sob pena de ser anulado.

### **5.2.1. atos do processo: a ordem adequada**

O procedimento para julgamento de Prefeito é insaturado a partir de denúncia encaminhada ao Presidente da Câmara de Vereadores<sup>18</sup>. O autor deverá produzir petição formal, clara, articulada e descritiva do ilícito, devidamente instruída com as provas do alegado, porém, como se trata de procedimento administrativo, dispensa a presença dos requisitos da peça judicial previstos no art. 282 do Código de Processo Civil (LÔBO, 2003, p. 129).

Edilene Lôbo (2003) explica que as denúncias serão consideradas ineptas, quando:

*não forem apresentadas por cidadão brasileiro; não descreverem fatos que tipifiquem infrações político-administrativas; não apresentarem provas; e, na ausência delas, não justificarem a impossibilidade de exibi-las, nem indicarem o local onde possam ser encontradas (LÔBO, 2003, p. 1300).*

De posse da denúncia, o Presidente determinará a leitura da denúncia e consultará a Câmara sobre o seu recebimento.

A denúncia será recebida caso a maioria dos presentes na sessão delibere nesse sentido.

Havendo o recebimento da denúncia, será constituída, na mesma sessão, uma comissão processante composta por três Vereadores sorteados entre os desimpedidos, já que, caso a denúncia seja feita por Vereador este fica impedido de compor a comissão. Dentre os três componentes sorteados serão eleitos o Presidente e o Relator<sup>19</sup>.

O inciso III do art. 5º do Decreto-lei nº 201, de 1967 dispõe que o Presidente da Comissão, ao receber o processo, iniciará os trabalhos em cinco dias. O denunciado será notificado, com a remessa de cópia da denúncia e documentos que a instruírem, para que, no prazo de dez dias, apresente sua defesa prévia. A defesa prévia deve ser feita por escrito e indicar as provas que pretende produzir, bem como rol de testemunhas, até o máximo de dez.

É possível que a notificação do acusado seja realizada por meio de edital caso esteja ausente do Município. Nesse caso, deverá ser publicada duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de três dias, pelo menos, contado o prazo da primeira publicação. Decorrido o prazo de defesa, a Comissão processante emitirá parecer dentro de cinco dias, opinando pelo prosseguimento ou arquivamento da denúncia. Se entender pelo arquivamento, o parecer será submetido ao Plenário para deliberação. Mas, se a Comissão opinar pelo prosseguimento, o Presidente designará desde logo, o início da instrução, e determinará os atos, diligências e audiências que se fizerem necessários, para o depoimento do denunciado e inquirição das testemunhas.

Concluída a instrução, será aberta vista do processo ao denunciado, para razões escritas, no prazo de cinco dias, e, após, a Comissão processante emitirá parecer final, pela procedência ou improcedência da acusação, e solicitará ao Presidente da Câmara a convocação de sessão para julgamento. Na sessão de julgamento, serão lidas as peças requeridas por qualquer dos Vereadores e pelos denunciados, e, a seguir, os que desejarem poderão manifestar-se verbalmente, pelo tempo máximo de quinze minutos cada um. Ao final, o denunciado, ou seu procurador, terá o prazo máximo de duas horas para produzir sua defesa oral<sup>20</sup>.

Concluída a defesa, será feita a votação pela Câmara. Para cada infração relacionada na denúncia será realizada uma votação, devendo o resultado ser proclamada imediatamente pelo Presidente da Câmara. Caso haja a condenação, será expedido decreto legislativo de cassação de Prefeito. Mas, se houver absolvição o Presidente determinará o arquivamento do processo, sendo que, em qualquer das hipóteses, o Presidente da Câmara deverá comunicar o resultado à Justiça Eleitoral<sup>21</sup>.

O processo de cassação de Prefeito deve ser concluído no prazo máximo de noventa dias, contados da efetivação da noti-



ficação ao acusado. Caso não seja realizado o julgamento dentro desse prazo, o processo será arquivado, sem prejuízo de nova denúncia ainda que sobre os mesmos fatos (art. 5º, VII, do Decreto-lei 201/67). Wolgran Junqueira Ferreira (1996) entende que:

*Este prazo de noventa dias é absolutamente inaceitável, pois tudo leva à sua prescrição.*

*Assim, o advogado de defesa poderá arrolar testemunhas residentes na Capital Federal, ou na Capital do Estado, para que se transcorram os noventa dias que ensejam o arquivamento do processo (FERREIRA, 1996, p. 158).*

*Por este motivo, o ilustre autor defende que haja o afastamento do Prefeito, desde que seja aceita a denúncia, por um prazo de cento e oitenta dias. Transcorrido tal prazo o Prefeito retorna ao cargo sem prejuízo de sua continuidade (FERREIRA, 1996, p. 159).*

### 5.2.2. legitimidade

No que tange à legitimidade para a apresentação da denúncia, Edilene Lôbo aclara que, apesar de o inciso I, do art. 5º do Decreto-lei 201/67 mencionar que será do eleitor, na realidade, é de qualquer cidadão que prove tal condição. Isso porque:

*Cidadania não se confunde com o título de eleitor. Não só os que podem votar têm direito a governo íntegro, probo e transparente. Assim, a razão assiste àqueles que afirmam poder a denúncia ser feita por cidadão nato ou naturalizado, analfabetos ou maiores de setenta anos, mesmo não incluso no rol de eleitores (LÔBO, 2003, p. 130).*

Posição diversa adotam alguns autores, como Wolgran Junqueira Ferreira (1996, p. 150) que entende necessária a condição de eleitor já que apenas este tem o poder de escolher seus governantes, cabendo também somente a ele a faculdade de apresentar denúncia para seu afastamento do cargo.

Quanto à possibilidade de a denúncia ser apresentada por Pessoa Jurídica, é comum o entendimento de que não é admissível, da mesma forma em que não se admite o denunciante travestido por interposta pessoa (LÔBO, 2003, p. 130).

Admite-se que a denúncia seja apresentada por Vereador, que, se assim o fizer, ficará impedido de votar sobre a denúncia bem como de integrar a Comissão processante, podendo, apenas, praticar atos de acusação. Isso porque, como ressalta Edilene Lôbo, a imparcialidade é princípio que deve ser observado a teor do caput

do art. 37 da Constituição da República e, nessa esteira, não só o Vereador denunciante deverá ser impedido, mas também os parentes, amigos íntimos ou inimigos do denunciado, assim como o Vereador arrolado como testemunha (LÔBO, 2003, p. 131).

Interessante notar que, quando a autoria parte de vereador que, anteriormente já se tenha manifestado politicamente como um adversário ferrenho do Prefeito ou, até mesmo, já tenhaaviado ao Parquet alguma espécie de denúncia formal, com intuito oposicionista ao denunciado (natureza inquisitiva) ou na Comissão Processante (natureza decisória) vê-se maculada a garantia constitucional do devido processo legal, já que “retira a imparcialidade, a neutralidade e a isenção do julgamento do processo que pode resultar na cassação do mandato de prefeito pela Câmara Municipal”.<sup>22</sup>

### 5.2.3. quóruns de deliberações

Em apenas dois momentos serão os Vereadores chamados a deliberar no curso do processo: quanto ao recebimento da denúncia e ao final, para julgar pela condenação ou absolvição do Prefeito. O art. 5º, II, do Decreto-lei nº 201/67 dispõe que a deliberação plenária pelo recebimento da denúncia poderá ser por maioria simples dos presentes. Ocorre que, existe grande divergência doutrinária, quanto a esse quórum.

Edilene Lôbo (2003, p. 132) sustenta que tal determinação é equivocada já que o art. 86 da Constituição da República, em idêntica correspondência com o instituto da cassação municipal, só admite a “acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados”. Assim, em respeito ao princípio da simetria com o centro, o quórum para recebimento da denúncia é qualificado, ou seja, de dois terços dos membros da Câmara de Vereadores, caso contrário a denúncia será arquivada.

Já Wolgran Junqueira Ferreira argumenta que o quórum para recebimento da denúncia de maioria simples é adequado, não existindo a necessidade de observância do quórum especialíssimo previsto no art. 86 da Constituição no processo de impeachment do Presidente.

Já quanto ao quórum para a cassação do mandato de Prefeito, a doutrina é unânime em aceitar o de dois terços dos membros da Câmara fixado no art. 5º, VI do Decreto-lei nº 201/67.

### 5.2.4. citação, notificações e intimações

A comunicação dos atos processuais ao acusado tem ligação direta com o princípio da ampla defesa, mandamento constitucional inserto no art. 5º, LV da Constituição da República. Isso porque, se o processo correr sem o conhecimento do acusado, não terá ele meios para se defender das acusações.

Assim, o inciso IV, do art. 5º determina que o denunciado deverá ser intimado de todos os atos do processo, pessoalmente, ou



na pessoa de seu procurador, com a antecedência, pelo menos, de vinte e quatro horas, sendo-lhe permitido assistir as diligências e audiências, bem como formular perguntas e reperguntas às testemunhas e requerer o que for de interesse da defesa.

Wolgran Junqueira Ferreira explica que, por este dispositivo, fica garantido ao acusado, sob pena de cerceamento de defesa:

- a) *intimação de todos os atos processuais com antecedência de vinte e quatro horas;*
- b) *direito de assistir às diligências e audiências;*
- c) *formular perguntas e reperguntas às testemunhas;*
- d) *requerer o que for de interesse da defesa, requerimentos que devem ser deferidos e providenciados pelo Presidente da comissão processante.*<sup>23</sup>

A respeito da notificação a qual se refere o inciso III, do art. 5º, do Decreto-lei nº 201/67, esta guarda correspondência com a citação no processo comum já que serve para cientificar o acusado da existência da denúncia e do prazo de dez dias de que dispõe para apresentar defesa prévia. Portanto poderá ser realizada pessoalmente, por meio postal ou por edital, se porventura o denunciado estiver fora do Município ou se esquivando de seu recebimento. Neste último caso, o instrumento notificativo será publicado duas vezes no órgão de imprensa oficial, com intervalo mínimo de três dias entre uma publicação e outra. Ressalte-se que, pela dificuldade que acarreta ao réu, a notificação por edital deve ser usada em último caso (LÔBO, 2003, p. 134), assim como no processo judicial.

### **5.2.5. validade e nulidade dos atos: os vícios formais**

Conforme já foi dito, cabe ao Poder Judiciário se pronunciar sobre a regularidade do procedimento de cassação de mandato de Prefeito, bem como declarar a nulidade de atos processuais e até mesmo do julgamento, caso seja apurado algum vício procedimental, não observância ao Decreto-lei nº 201/67 ou aos princípios constitucionais como da ampla defesa e contraditório.

Pela análise da jurisprudência, percebe-se comum a anulação do processo de cassação de Prefeito por vício no procedimento ou inobservância das regras processuais pelos Vereadores. Dessa forma, podemos dizer que a presença de vícios formais no procedimento caracteriza-se como uma “tábua de salvação” dos Prefeitos.

Muita vez, existe a prática de infração político-administrativa pelo Prefeito, a apresentação da denúncia, mas a partir desse ponto, os responsáveis pelo andamento do processo e julgamento, no caso os membros da Câmara de Vereadores, não se atentam para a forma como os atos processuais devem

ser praticados e, por esse motivo, não é rara a anulação do julgamento que cassa o mandato de Prefeito, via mandado de segurança, em especial, dada a ofensa a direito líquido e certo à observância do devido processo legal lato sensu.

## **6 DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS TRIBUNAIS**

Cabe, a essa altura, examinar alguns posicionamentos adotados pelos Tribunais pátrios, para exercer o controle externo do processo de cassação de mandato de Prefeito, já que, como explicitado anteriormente, o julgamento pode ser apreciado pelo Judiciário no que tange à formalidade do procedimento e à legalidade dos atos ou fatos motivadores da medida punitiva.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já se manifestou diversas vezes a respeito de cassações de mandatos de Prefeitos pela Câmara de Vereadores, no sentido de que é necessária a estrita observância do procedimento previsto no Decreto-lei nº 201/67 para que seja válido o julgamento e a conseqüente cassação do mandato, conforme ilustra o julgado do Mandado de Segurança 1.0000.11.073097-5/000:

*O processo para cassação de Prefeito Municipal deve estar isento de irregularidades formais, devendo ser observada pela Comissão a formalidade insuperável do procedimento previsto no DL nº 201/67, cuja desobediência invalida, por vício formal, o julgamento da respectiva infração político-administrativa.*<sup>24</sup>

O Relator do referido julgamento, Des. Edilson Fernandes, deixou bem claro na fundamentação de seu voto, ao final acompanhado pelos demais Desembargadores responsáveis pelo julgamento, o dever do Judiciário em verificar a regularidade do procedimento de cassação e julgamento de Prefeito, argumentando que:

*Cabe ao Poder Judiciário apenas o pronunciamento sobre a regularidade do processo de cassação de mandato do Prefeito, velando pela observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, sendo-lhe defeso o ingresso no mérito administrativo, principalmente no que se refere à imputação de determinada conduta ao acusado, sob pena de violar cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 60, §4º, III), que determina independência e separação dos Poderes (art. 2º).*

Ao final, foi concedida a segurança para declarar a nulidade dos atos praticados pela Comissão Processante, isso porque, o procedimento previsto no Decreto-lei nº 201/67, determina que a

Comissão seja formada por três vereadores sorteados e não indicados. De forma que a escolha de um representante de cada partido fere a impessoalidade e burla a previsão de sorteio contida no referido Decreto-Lei, maculando o procedimento de nulidade.

No sentido de obediência ao due process of Law, esta mesma Corte entende, quanto ao impedimentos na constituição de comissão processante:

*ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - PREFEITO - INFRAÇÃO POLÍTICO ADMINISTRATIVA - INSTAURAÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE - CONSTITUIÇÃO MEDIANTE INDICAÇÃO E NÃO POR SORTEIO - INOBSERVÂNCIA DO ART. 5º, I, DO DL Nº 201/67 - NULIDADE.*

*O processo para cassação de Prefeito Municipal deve estar isento de irregularidades formais, devendo ser observada pela Comissão a formalidade insuperável do procedimento previsto no DL nº 201/67, cuja desobediência invalida, por vício formal, o julgamento da respectiva infração político administrativa. No caso de processo de cassação de mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações político administrativas, existindo hipótese de impedimento de qualquer Vereador de participar do sorteio para compor a comissão processante, deve ser convocado o respectivo suplente, condição sem a qual a deliberação não poderia ocorrer, pena de verificar a nulidade do procedimento (art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67). (TJMG - 6ª Cciv)*

Importante lembrar que as regras do Regimento Interno da Câmara de Vereadores, igual modo, vinculam a ocorrência do processo. Sua desobediência, macula de morte o andamento, levando à conseqüente nulidade.

*EMENTA: RECEBIMENTO DE DENÚNCIA CONTRA PREFEITO. PROCESSO DE APURAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO PRÉVIA E ELABORAÇÃO DE RELATÓRIO. EXIGÊNCIA DO REGIMENTO INTERNO. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - A questão da responsabilidade administrativa do Prefeito se insere nas matérias de interesse local de competência legislativa do Município. - O regimento interno da Câmara Municipal deve dispor sobre a atuação dos Vereadores e o desenvolvimento do processo de apuração de infração político-administrativa de Prefeito. - Estando previsto no Regimento*

*Interno que a instauração do processo dependeria de providência preliminar de investigação do conteúdo da denúncia e elaboração de relatório por Comissão Especial, sujeito à aprovação do plenário, a falta da sua realização acarreta a nulidade do ato de recebimento da denúncia e enseja ofensa a direito líquido e certo do acusado. - Hipótese em que a norma do regimento interno não ultrapassa o poder regulamentar, apenas disciplinando o modo pelo qual deveria ocorrer o recebimento da denúncia pelo Plenário da Câmara, prevendo medida que visa evitar o desvio de finalidade do processo de CASSAÇÃO de mandato e o desperdício de recursos com incidentes manifestamente infundados, servindo como instrumento de eficiência da atuação legislativa. - SEGURANÇA concedida. (...) A inobservância do procedimento regimental acarreta ofensa ao devido processo legal, por não poder o acusado ser surpreendido em relação ao rito a ser observado para a apuração dos fatos relatados na denúncia, devendo a forma de processamento ser estabelecida previamente. (...)*

*Outra exigência que foi olvidada no caso, diz respeito ao ato de recebimento da denúncia, que, segundo estabelecido no art. 104 do Regimento Interno da Câmara Municipal, por ter se realizado no período noturno, iniciando-se às 18 horas, teria natureza de SESSÃO EXTRAORDINÁRIA.*

*Essa forma de reunião dos membros da Câmara exige CONVOCAÇÃO especial pelo Prefeito, o Presidente da Câmara ou a requerimento da maioria absoluta dos seus membros, com prévia declaração de motivos (art. 105 do Regimento Interno).<sup>25</sup>*

No C. Superior Tribunal de Justiça, igual modo, privilegia-se a observância dos princípios constitucionais, principalmente, do devido processo legal e da ampla defesa. A título exemplificativo:

*3. Na fundamentação do aludido ato anulatório, considerou-se que a deliberação do plenário afrontou a Constituição da República, o Decreto-lei n. 201/67 e o Regimento Interno da Câmara, tendo sido reconhecidos a não-observância do prazo para a conclusão do processo apuratório, o cerceamento de defesa do acusado, a não-observância do devido processo legal, o vício na intimação do acusado e a designação da sessão de julgamento do processo de cassação em dia em que não havia*



*expediente. Amparou-se o mencionado ato, ainda, na citada decisão do Tribunal de Justiça que concedera liminar ao Prefeito cassado (fl. 165).<sup>26</sup>*

O referido julgado é referente a Medida Cautelar que, em última análise, teve como objetivo promover a manutenção do mandato de Prefeito cassado pela Câmara de Vereadores cuja validade ainda está sendo discutida no Judiciário. Argumentou-se:

*Observa-se que está em jogo é o exercício de mandato outorgado através de eleições populares, que garantiu à população municipal a soberania na escolha do Prefeito.*

*Ressalte-se que, no Estado de Democrático Direito, o mandato eletivo deve ser respeitado, sendo aconselhável, em regra, que o titular da investidura popular espere, no exercício do cargo, o julgamento de processo judicial pendente - salvo em casos de evidente excepcionalidade -, para que não seja comprometido o direito constitucional ao livre exercício do mandato eletivo e a soberania popular.*

Conclui-se, portanto, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de se preservar o Prefeito no exercício do mandato até que se decida, em definitivo, pela cassação, isso porque, o Prefeito fora devidamente eleito pela maioria dos cidadãos, de forma democrática, devendo ser respeitada a soberania popular.

Esse Colendo Tribunal, também, entende que em casos excepcionais, em que houver evidente prática de infração político-administrativa, o Prefeito pode ser afastado de seu cargo até julgamento final pela Câmara, mas, ressalte-se, mais importante é que o próprio Município não tenha prejuízos diante do afastamento do Chefe do Executivo, por esse motivo não pode ser banalizado, já que pode embaraçar o "funcionamento" normal do Município.

Enfim, quanto ao Supremo Tribunal Federal, percebe-se igual zelo pela aplicação dos princípios e normas constitucionais. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 687/PA, ob relatoria do Ministro Celso de Mello, julgada em 02/02/1995, entendeu o Pretório Excelso que a Constituição estadual não pode impor, ao Prefeito Municipal, o dever de comparecimento perante a Câmara de Vereadores, isso porque, apesar de o Estado-membro ter poder de organização, que lhe permite possui a própria ordem constitucional, esse poder não é irrestrito.

*A Constituição estadual, portanto, representa, no plano local, a expressão jurídica mais elevada do poder autônomo que a Lei Fundamental*

*da República atribuiu aos Estados-membros no âmbito da organização federativa consagrada na Constituição Federal.*

*Essa eminente prerrogativa constitucional, contudo, não se reveste de caráter absoluto. Acha-se submetida, ao contrário, quanto ao seu exercício, a expressivas limitações jurídicas impostas pela própria Carta Federal, que, no "caput" do seu art. 25, preceitua:*

*Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*

*(...)*

*Tal prescrição normativa também implica clara transgressão ao princípio da separação dos poderes, pois expõe o Chefe do Executivo a u estado de submissão institucional ao Poder Legislativo municipal, sem guardar qualquer correspondência com o modelo positivado na própria Constituição da República.*

Assim, sendo essa norma declarada inconstitucional, não pode o Prefeito ficar submetido a ela e, muito menos, ter seu mandato cassado em virtude de sua aplicação.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A busca pela cassação de um Prefeito, pelas Câmaras Municipais, com fundamento no Decreto-lei nº 201/67, vem acentuando-se diuturnamente. Mesmo sendo editado no período de Ditadura Militar, com objetivo certo de concentração do poder, o referido Decreto-lei tem seus méritos, principalmente, se analisado à luz do atual ordenamento constitucional-democrático, para efetivar ampla defesa ao denunciado, que possui, durante o processo, vários momentos para apresentar e sustentar suas alegações, embora, ao final, seja mesmo política decisão.

Ocorre que, apesar de não ter as formalidades do processo judicial, o procedimento político-administrativo traçado pelo Decreto-lei nº 201/67 tem suas especificidades, com fixação de quóruns, prazos e atos procedimentais, o que, muitas vezes, passam despercebidos pelos edis, acarretando a nulidade do processo. Por esse motivo, essencial a possibilidade de controle judicial de forma a impedir o julgamento do Chefe do Executivo sem a observância ao devido processo legal e demais princípios constitucionais basilares do ordenamento jurídico.

Como pudemos ver, nosso tribunais, entendem que o Decreto-lei nº 201/67 está em plena vigência, diante de sua recepção pela Constituição de 1988, e zelam pela observância do procedimento

nele previsto, em todos os pormenores. Por inúmeras vezes já foi declarada a nulidade de procedimentos e julgamentos tendo em vista a verificação de vícios formais durante os atos processuais.

Feitas essas considerações, constata-se que o julgamento político por parte dos Vereadores, com muita frequência, mostra-se inútil, quando da sua necessária invalidação pelo Judiciário que, hoje, tem se mostrado como a “tábua de salvação” de prefeitos infratores, o agir dentro do preceito constitucionais de observância da garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em especial.

## REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Breves Anotações Sobre a Garantia do Devido Processo Legal no Processo Administrativo. In Revista Baiana de Direito, v. 1, p. 201-227, 2008. Disponível em: <[http://s3.amazonaws.com/manager\\_attachs/cms/downloads/2013/07/11-Roberio\\_Nunes\\_e\\_Geisa\\_de\\_Assis\\_-\\_Breves\\_anotações\\_devido\\_processo\\_legal\\_e\\_processo\\_administrativo\\_revisto.pdf?1372870052](http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/11-Roberio_Nunes_e_Geisa_de_Assis_-_Breves_anotações_devido_processo_legal_e_processo_administrativo_revisto.pdf?1372870052)>. Acesso em: 12/10/2013.

BRASIL, Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm)>. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27/02/1967. Acesso em: 02/08/2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02/08/2013.

CASTRO, José Nilo de. Direito Municipal Positivo. 6ª Edição Revista e Atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, José Rubens. Infrações político-administrativas e impeachment. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COSTA, Nelson Nery. Direito Municipal Brasileiro. 3ª Edição Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Tito. Responsabilidade de prefeitos e vereadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores: Decreto-Lei nº 201/67, comentários, legislação, jurisprudência de acordo com a Constituição Federal de 1988. 7 ed. São Paulo: EDIPRO, 1996.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. Aulas de Teoria do Estado. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro; GONÇALVES, William Couto. O devido processo legal e o processo justo. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/6.pdf>>. Acesso em: 12/10/2013.

LÔBO, Edilene. Julgamento de Prefeitos e Vereadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 15ª Edição Atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgar Neves da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

PAMPLONA, Danielle Anne. Devido processo legal: aspecto material. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

## NOTAS DE FIM

1 Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

2 Doutorando em Direito Público, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado, especialista, com Pós-Graduação lato sensu, em Direito Público Municipal, pela F.E.S. do Ministério Público de Minas Gerais. Professor de Direito Constitucional e Direito Eleitoral do Curso de Graduação em Direito da Centro Universitário Newton Paiva; Professor de Cursos de Pós-Graduação e Cursos Preparatórios para Concursos das carreiras jurídicas.

3 Apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter se manifestado no sentido de entender pela recepção do Decreto-lei, ainda há autores com entendimento divergente.

4 Eventuais irregularidades envolventes de erros procedimentais, rituais e processuais nos autos de uma Cassação, apontam, irremediavelmente, para o comprometimento do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 15ª Edição Atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgar Neves da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Pg. 45.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 15ª Edição Atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgar Neves da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Pg. 93.

7 Cabe lembrar que, no âmbito municipal, inexistente a previsão de organização do Poder Judiciário

8 A denominação “crimes” de responsabilidade não é pacífica, especialmente, para os penalistas que preferem reconhecer as condutas como “infrações” político-administrativas. A polêmica será tratada adiante neste estudo.

9 COSTA, Nelson Nery. Direito Municipal Brasileiro. 3ª Edição Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Pg. 162.

10 Ressalte-se que o objeto de análise deste trabalho são as infrações político-administrativas que têm como consequência direta a perda do mandato e, apesar de muitos autores ainda se referirem a elas como “crimes de responsabilidade”, utilizaremos a terminologia “infrações político-administrativas”.



11 Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça; (Renumerado do inciso VIII, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992).

12 CASTRO, José Nilo de. Direito Municipal Positivo. 6ª Edição Revista e Atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 495.

13 E completa afirmando que a cassação do mandato pela Câmara por infringência das hipóteses de proibições e incompatibilidades no exercício da prefeitura tornam o agente inelegível para as eleições que se realizarem no período subsequente ao seu término (MEIRELES, 2006, p. 706).

14 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...)

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

15 Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...)

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

16 Art. 66, §1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

17 Prevaricação - Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

18 art. 5º, I do Decreto-lei nº 201/67

19 art. 5º, II, do Decreto-lei nº 201/67

20 Art. 5º, V, do Decreto-lei 201/67, com redação dada pela Lei nº 11.966, de 2009

art. 5º, VI, do Decreto-lei nº 201/67

21 art. 5º, VI, do Decreto-lei nº 201/67

22 TJMG - MS 1.0000.08.477153-4/000. Relatora: Des. Maria Elza. DJ: 10/12/2008. Bem se sabe que não se confunde a natureza das atuações... Isso é óbvio. Mas o que se diz aqui é que a parcialidade política de vereador integrante da Comissão Processante que, anteriormente, já estivesse providenciando alguma maneira de punir o Prefeito, deve-se apurar com cautelas a sua imparcialidade.

23 FERREIRA, Wolgran Junqueira. Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores: Decreto-Lei nº 201/67, comentários, legislação, jurisprudência de acordo com a Constituição Federal de 1988. 7ª Edição. São Paulo: EDIPRO, 1996. Pg. 154.

24 EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - PREFEITO - INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA - INSTAURAÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE - CONSTITUIÇÃO MEDIANTE INDICAÇÃO E NÃO POR SORTEIO - INOBSERVÂNCIA DO ART. 5º, I, DO DL Nº 201/67 - NULIDADE - ORDEM CONCEDIDA.[...]. No caso de processo de cassação de mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações político-administrativas, a indicação de um representante de cada partido sob o argumento de assegurar a representação partidária na escolha dos membros da comissão processante, fere a impessoalidade e burla a previsão de sorteio contido na lei de regência. Existindo hipótese de impedimento de qualquer Vereador de participar do sorteio para compor a comissão processante, deve ser convocado o respectivo suplente, condição sem a qual a deliberação não poderia ocorrer, sob pena de verificar a nulidade do procedimento (art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67). (Mandado de Segurança 1.0000.11.073097-5/000. Rel. Des. Edilson Fernandes. Data da publicação: 16/03/2012).

O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações político-administrativas obedece a rito próprio previsto no artigo 5º do Decreto-Lei nº 201/67, sendo que demonstrada qualquer violação que comprometa o formalismo do procedimento e o exercício de sua ampla defesa no curso do procedimento tal fato é passível de correção pelo Judiciário, conforme orientação jurisprudencial pacífica desta egrégia Sexta Câmara Cível (MS nº 0306349-60.2010.8.13.0000, da minha relatoria, DJE: 15/10/2010 e MS nº 5026944-05.2009.8.13.0000, Rel. Des. Antônio Sérvulo, DJE: 11/06/2010).

25 TJMG. MS nº 1.0000.08.481769-1/000(1). Rel: Des. Heloísa Combat DJ /01/2009

26 STJ. MC 14089 / MG Medida Cautelar 2008/0082470-6. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data da Publicação: 16/09/2009: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO PARA RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DE PROVIMENTO DA CAUTELAR. PREFEITO. DECRETO LEGISLATIVO DE CASSAÇÃO. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. ANULAÇÃO DO ATO LEGISLATIVO. PERDA OBJETO DA AÇÃO JUDICIAL. REEDIÇÃO DO ATO DE CASSAÇÃO POSTERIORMENTE AO INÍCIO DO JULGAMENTO QUE DEFINIU A PERDA DE OBJETO. RESTABELECIMENTO DA LIMINAR CONCEDIDA NO MANDAMUS ORIGINAL. POSSIBILIDADE.

1. O recurso ordinário ao qual se pretende dar efeito suspensivo através da presente medida ataca acórdão que julgou prejudicado mandado de segurança ajuizado em razão de processo administrativo-político ensejador da cassação do mandato de Prefeito, ora requerente, por meio do Decreto legislativo n. 7/2006, datado de 12 de agosto de 2006 (fl. 111).

2. Impetrados mandado de segurança contra o referido ato, foi deferida liminar, pelo relator, em decisum datado de 15.9.2006 (fls.138/141). Tendo sido, posteriormente àquela decisão, editado o Decreto legislativo n. 8, que declarou nulo o citado Decreto legislativo n. 7/2006 - cassando, portanto, o mandato do Prefeito. [...]

7. Malgrado inexistia nos autos cópia do Regimento Interno daquela Câmara - para que seja aferida a procedência da fundamentação do Decreto legislativo n. 1/2007, que anulou o Decreto legislativo n. 8/2006 -, é certo que tal providência - que talvez possa afastar vício quanto ao quorum exigido - não é bastante para elidir, por si só, a nulidade do Decreto legislativo n. 7/2006, permanecendo, portanto, os vícios de origem, a justificar o restabelecimento do provimento liminar outrora deferido. [...]

10. Outro não é o sentido do art. 216 do Código Eleitoral, do art.15 da Lei

Complementar n. 64/90 (Lei das Inelegibilidades) e do art. 20, caput e parágrafo único, da Lei n. 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa).

11. No que tange ao periculum in mora, verifica-se que a ocorrência de perigo de lesão irreversível revela-se manifesta, pois o mandato eleitoral é conferido a prazo fixo não sendo possível a sua prorrogação pelo tempo em que o seu detentor esteve dele afastado, caso obtenha um provimento judicial favorável, o que também indica a excepcionalidade da hipótese a justificar o conhecimento da presente cautelar.



# A EFETIVA APLICABILIDADE DA LEI E O DIREITO DE VISITAS AVOENGO

Ana Luíza Ribeiro Diniz<sup>1</sup>

Nathália Jéssica França Ferreira<sup>1</sup>

Leandro Henrique Simões Goulart<sup>2</sup>

**RESUMO:** o presente artigo tem como objetivo analisar e discutir questões relativas ao direito fundamental à convivência familiar, especialmente no que tange ao vínculo existente entre avós e netos, com o intuito de demonstrar a importância desta convivência para a formação dos seres humanos. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.398/2011, os avoengos passaram a ter o direito de visitar seus netos, de modo a evitar o afastamento daqueles para com estes, em decorrência de eventuais conflitos surgidos entre os pais quando do fim do relacionamento, reconhecendo o avanço do legislador ao garantir um direito que já vinha sendo concedido pelos Tribunais brasileiros.

**PALAVRAS-CHAVE:** Família; avós; direitos; visitas; convívio.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Convivência familiar; 3. O fundamento do direito de visitas; 4. Do direito de visitas dos avós e a efetiva aplicabilidade da lei; 5. Considerações finais.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito de Família

## 1 INTRODUÇÃO

Há quem diga que a relação existente entre avós e netos, consiste em fazer as vontades dos segundos. É, de fato, um relacionamento cuja essência se baseia no amor, ternura e afeto. Entretanto, nos dias atuais, o papel dos avós na vida dos netos tem ultrapassado os limites da relação consanguínea. Isto é, muito mais que uma relação de parentesco, os avós também estabelecem com seus netos relações jurídicas importantes estabelecidas por lei, como, por exemplo, a prestação de alimentos ainda que de forma subsidiária.

Objetivando a manutenção do convívio familiar, faz-se necessário reafirmarmos a importância da fixação do direito de visitas dos avós. Muito se fala sobre o direito de visitas referente ao pai ou a mãe, mas pouco se fala, ou se falava, sobre este direito que também assiste aos avós. Trataremos sobre este direito, sobre a legislação que regulou essa garantia e defenderemos a importância desta convivência para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Não trataremos aqui dos jovens, porque estes, uma vez atingida à maioridade, já possuem autonomia para optar pela convivência ou não com os avós, com o que a interferência dos pais, não mais subsistirá. Ademais, a relação de afeto existente entre avós e netos merece proteção e regulamentação jurídica, assim como outras relações afetivas existentes em nossa sociedade.

*Estado que não protege a família foge a uma das suas mais elementares finalidades. (Áurea Pi-mentel Pereira)*

## 2 CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O ordenamento jurídico brasileiro – especialmente a Constituição da República e o Estatuto da Criança e do Adolescente – preserva a instituição da família na medida em que se faz necessário o cuidado e atenção pelo próximo, que mantém conosco alguma relação de parentesco. Trata-se da solidariedade familiar na qual estão submetidos os sujeitos que mantêm entre si um vínculo de afeto.

Ao se referir às crianças e adolescentes o significado da família e a importância que devemos direcionar a ela, torna-se ainda maior, ao passo que se trata do contexto em que os descendentes encontrarão suporte para se desenvolver de forma plena e feliz. Neste sentido, estão as palavras de Maria do Rosário Leite Cintra:

*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. (...) A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa do mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e o universo.<sup>3</sup>*

A convivência familiar é fundamental para a vida de qualquer ser humano. Em decorrência disso, é necessário que os pais proporcionem aos filhos(as) um ambiente saudável e acolhedor, de modo que os pequenos se tornem, no futuro, adultos responsáveis e capazes de lidar com frustrações e dificuldades em suas relações interpessoais; sejam elas no âmbito profissional ou afetivo. Deste modo, o direito à convivência familiar é tão importante quanto o direito à vida ou à saúde, uma vez que "existe entre eles uma ideia de complementaridade e de interdependência".<sup>4</sup>

Entretanto, as coisas costumam funcionar bem até a separação dos pais, ou seja, muitas vezes os problemas na convivência se iniciam quando esta instituição familiar se desfaz, isto é, pai e mãe decidem terminar o relacionamento. Conseqüentemente surge a seguinte questão: como fica o direito do fruto desta relação no que tange ao convívio com os outros familiares? O art. 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece os direitos fundamentais da criança e do adolescente, reconhecendo-se assim a proteção integral que lhes é dada, senão vejamos:

*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.*<sup>5</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º também assim define os direitos dos menores de conviverem com seus familiares:

*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.*<sup>6</sup>

Como toda sociedade em que se preza pela liberdade e felicidade de seus integrantes, nosso ordenamento jurídico protege aquele que deseja se divorciar, assim como aquele que não chegou a constituir família, mas que de certo relacionamento gerou um filho.

Em ambos os casos, divórcio ou filhos havidos fora do matrimônio, certo é que a atenção maior deve ser dada ao fruto dessa relação, pois, na grande maioria das vezes, são crianças e adolescentes que ficam à mercê da vontade de seus pais, sendo privados de uma convivência ampla com os demais fa-

miliares. E não raras vezes, os pais acabam por crucificar os filhos ao se utilizarem deles para atingir o ex-cônjuge ou ex-companheiro, culminando em brigas homéricas nas quais os avós terminam por ficarem excluídos da vida de seus netos.

Em outras palavras, o filho não pode estar inserido em um contexto de brigas e "rixas", ou entre a família da genitora e a família do progenitor ou entre os próprios. Tal situação deságua em todos os âmbitos da vida do(a) filho(a), situações estas que podem acarretar vários problemas à vida do mesmo, tais como frustrações e angústias em virtude de, após a separação, a família ter se desestruturado e vários laços afetivos terem sido interrompidos. Há de se atentar para o fato de que estamos tratando de crianças e adolescentes; que, pela pouca idade, costumam ter dificuldade para lidar com sentimentos, principalmente em uma fase na qual os pais se separaram.

Neste passo, a presença dos avós na vida dos netos torna-se ainda mais primordial, uma vez que prestam importante apoio face à situação delicada em que se encontram os descendentes, incentivando a manutenção dos laços afetivos independentemente da separação. É a velha história cuja máxima diz que "os pais se separaram um do outro, e não de seus filhos". Ademais, é com muita doçura que os avós procuram restabelecer um equilíbrio em meio à situação cujos cônjuges estão com os nervos à flor da pele e, quase que inevitavelmente, tendem a descontar suas decepções sobre os menores. Em outras palavras, toda a doçura da relação entre avós e netos ajuda a amenizar o conflito gerado pelos pais.

Sob o prisma do princípio da convivência familiar, e progredindo um pouco mais em sua aplicação, é de notável relevância que o direito à convivência deve se ampliar também a outros integrantes da família, e, neste sentido, estabelecendo assim o foco de nosso trabalho, salientando o direito dos avós à convivência com seus netos. Pois, a criança e o adolescente, precisam desfrutar da companhia com quem ela possua algum vínculo de afinidade. Neste sentido, destacamos as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

*Por tais razões, estamos convictos de que o princípio da convivência familiar necessita, para se consolidar, não apenas de amparo jurídico normativo, mas, principalmente, de uma estrutura multidisciplinar associada que permita a sua plena realização social. Mas vamos avançar um pouquinho mais na aplicação desse princípio. Pensamos que tal direito à convivência deve se estender também a outros integrantes da família, como avós, tios e irmãos, com os quais a criança ou adolescente mantém vínculos de afetividade.*<sup>7</sup>



No que tange ao princípio do melhor interesse do menor, caberá, a partir dele, analisar "o que é melhor para o menor em todas as suas dimensões enquanto pessoa em desenvolvimento"<sup>8</sup> restando incontroverso que o afastamento da criança ou adolescente de seus avós, em nada será benéfico aos netos, ao contrário, pois a experiência de vida que carregam consigo ajudam a reforçar os valores que lhes são ensinados. Além do mais, cuida-se de relação pautada na amizade, no carinho e cumplicidade, deixando a imposição de limites como tarefa dos pais. É o que diz Laura Moraes La Porta em seu artigo:

*O contato com os ascendentes mais experientes fortalece os valores que ainda estão sendo construídos pelas crianças em fase de desenvolvimento. Os avós são importantes referenciais na vida dos netos. Cultivar a convivência entre esses entes é de imensa relevância, uma vez que é na figura dos avós que os netos enxergam a figura do ancestral e o que ele representa na cadeia familiar.*<sup>9</sup>

Assim, a relação entre avós e netos é algo especial e diferente de qualquer outra relação, e, por se tratar de um relacionamento insubstituível, não podem os pais da criança ou do adolescente privarem a convivência entre os mesmos; os desentendimentos entre os pais não podem afetar a vida dos filhos, de modo que não se deve admitir que os pais pratiquem atos que incentivem o afastamento dos filhos de seus avós.

Ficaremos por aqui com o belíssimo depoimento do querido colega e servidor do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Gonçalo Gonçalves, contando como tem sido viver a experiência de ser avô, de forma a ilustrar o que foi esboçado acima.

*Avô. É mais fácil ser que falar. Afinal das contas é a continuidade da vida. Sentir ternura pelos netos, sem querer viver por eles, ou querer que vivam como achamos que devam viver. Ver seus pequeninos atos, seu encanto, e não preocupar com o que virá quando se tornarem adultos. Até onde, ou como eles gostam, ou gostarão de nós não é importante, senão o que o vão sentir a cada oportunidade. Nas pequenas coisas, pequenos gestos, afaços, sorrisos ou mesmo lágrimas, vamos encontrar cada um deles. O mais importante creio quem sente são eles próprios, mais que nós, é a comunhão conosco. A confiança na guia, a segurança, o amparo dos pequenos corpos, o constante observar dos nossos atos, das nossas reações, nosso jeito afinal, que os ajudará na moldura dos seus caracteres, seus sentimentos e suas individualiza-*

*ções. Como isto ocorre? Nem eles podem saber, porque isto é sentir, é o que vem deles para nós, e o que sai deles e de nós. É a troca da convivência que alimenta nossos dias, ideais, esperanças e permanências no mundo. Afinal, não é disto que se constitui a felicidade, fugaz a cada vinda, etérea, inexplicável em seu âmago e gloriosa no aconchego, no conforto, no sentimento de bem estar geral e na paz. É enfim a essência divina dentro de cada um de nós. Não queiramos ser perfeitos, ser o que não somos, mas antes sermos verdadeiros, principalmente com nós mesmos, passando isto para nossos netos. Assim creio, é como nossos netos nos vêem e nos sentem. O nosso afaço com amor, nossas correções com raiva, sim, com raiva, porque é confrontando uma coisa com outra que eles crescem, se auto avaliam, florescem para si, para o mundo e para Deus. Melhor sentir os netos como pequenas e ensolaradas nuvens brancas que sempre mudam de forma, olhando-os com olhos de que neles poderemos encontrar esplendor. Procurar como disse Gibran Khalil Gibran tentar sermos como eles, sem querer que sejam como nós, porque a vida não se detém no passado e sempre mora no futuro. Amar como nosso Pai, pequena fleixa que voa, mas continuando a permanecer como o arco estável de onde elas vieram. Assim é. O amor, a realização, a felicidade e a paz vêm através de caminhos erráticos. Não adianta fazer esse discurso para os entes queridos, aqui especialmente nossos pequenos, nossos netos, mesmo quando adultos, porque isto são coisas para se sentir, individuais, silenciosas e dentro deles e de cada um de nós. Para os netos e para nós o autoconhecimento que se aprende sempre é intuitivo, tanto quanto melhor traduz Gibran em 'O Profeta', quando nos diz: 'Quando o amor vos chamar segui-o embora seus caminhos sejam agrestes e escarpados... e quando ele vos falar acreditai nele embora sua voz possa despedaçar vossos sonhos como o vento devasta o jardim... porque o amor nada dá senão de si próprio e nada recebe senão de si próprio... não possui e não se deixa possuir e basta a si mesmo'. Isto é o sentimento expresso em palavras, é o acervo que levaremos pela vida. Se pudermos despertar em nossos netos, silenciosamente, apenas nos mostrando como somos, este sentimento,*

*estaremos realizados e em paz, com eles, conosco e com o Espírito Infinito, a consciência suprema de onde viemos e para qual, um dia, retornaremos...*  
(Gonçalo Gonçalves da Silva Júnior)

### 3 O FUNDAMENTO DO DIREITO DE VISITAS

O respeito ao direito dos descendentes de conviver com seus avós, perpassa pelo princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição da República e constitui a base do Estado Democrático de Direito. É princípio que impõe limitações aos direitos dos progenitores que vão de encontro ao pleno desenvolvimento dos filhos. Isto porque a convivência familiar – especialmente entre avós e netos – é essencial para a construção de uma vida digna, não cabendo aos pais, por motivos ligados ao fim do relacionamento, restringir um vínculo que é tão benéfico – e necessário, diga-se de passagem – aos pequenos.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira a dignidade:

*(...) é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos. Isto significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Essas inscrições constitucionais são resultado e consequência de lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento, desenvolvimento das ciências e das novas tecnologias. É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.<sup>10</sup>*

Desta maneira, o direito de visitas será considerado meio pelo qual a dignidade da criança ou do adolescente será preservada, bem como a própria dignidade dos avoengos, que assim como os netos, também possuem o direito de conviver com eles vendo-os crescer e se desenvolver de forma saudável e feliz, inclusive, interferindo em sua criação todas as vezes que julgarem necessário, quando da ausência ou inação por parte de seus pais.

Por assim dizer, a dimensão constitucional deste princípio nos leva a avaliar que não poderá haver uma contenção de sua aplicação, quer seja por parte do Estado quer seja por parte privada. Ou seja, uma vez elevado a nível constitucional, não resta alternativa senão a preservação, respeito e cumprimento do direito à dignidade, o que abrange o direito do neto, de

conviver com seus avós, e o direito dos avós, de se relacionar com seus netos.

Tanto é assim, que nos dias atuais percebemos, em muitas ocasiões, os avós atuando em prol da defesa de direitos dos netos. É o que extraímos do trecho encontrado no artigo de Lourival Serejo:

*Aos poucos, vai-se deixando de lado aquela ideia de fragilidade, velhice, rabugice, que sempre se associou à condição dos avós. Atualmente, pode-se constatar a disposição dos avós em litigarem contra os próprios filhos em defesa dos netos. Essa situação pode ser motivada, por exemplo, diante do fanatismo religioso dos pais ou em caso de pedofilia dos padrastos, que contam com a leniência das mães que não querem perder seus maridos.<sup>11</sup>*

A exemplo disso, o mesmo autor nos trás a decisão proferida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão, que assim expõe:

*Verificado, em face dos fortes elementos probatórios constantes dos autos, que a mãe tem permitido o contato da filha menor com o padrasto, que se encontra sob suspeita de abuso sexual contra a dita criança, negligenciando, assim, os deveres de zelar pela segurança e integridade física e psicológica da filha de apenas 5 anos, deve ser concedida, à luz do princípio do melhor interesse do menor, liminar de tutela antecipada, para conferir a avó materna a guarda provisória da infante em situação de risco, vez que presentes os requisitos impostos pelo art. 273 do CPC. (Acórdão nº 96940/2010, Rel. Des. Cleones Cunha).<sup>12</sup>*

Depreende-se do acórdão supracitado o quanto a interferência dos avós na vida dos netos, muitas vezes, pode ser até decisiva, de tal forma a evitar que um trauma maior seja causado ao infante que, sozinho, não é capaz de se defender. Na decisão prolatada pela 3ª Câmara Cível do Maranhão, a avó precisou interferir na vida da neta porque a mãe da criança se recusava a acreditar – ou fingia que não acreditava – que o companheiro assediava a pequena.

Neste sentido, também é a decisão prolatada pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que determinou que a criança em questão só poderá estar na companhia do pai, sob a supervisão da avó, tendo em vista que o genitor é usuário de drogas. Vejamos:

*APELAÇÃO CÍVEL - REGULAMENTAÇÃO DO DI-*



REITO DE VISITA - PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DAS VISITAS - ADEQUAÇÃO AO MELHOR INTERESSE DO MENOR - NÃO VERIFICAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO. Na regulamentação do direito de visitas o norte deve ser o melhor interesse do infante. Constatando-se que o genitor é usuário de drogas e o que o menor só deve permanecer na companhia do pai, quando a avó paterna estiver presente, lícito é regulamentar as visitas nos termos do estudo social que procedeu com análise pormenorizada da estrutura familiar das partes. (Acórdão nº 1.0710.08.018551-9/001. Julgado em 08/05/2012. TJ-MG. 1ª Câmara Cível. Des(a). Rel(a). Vanessa Verdolim Hudson Andrade).13

Não há que se questionar ou limitar um direito que visa proporcionar um ambiente agradável e seguro para aquele que ainda está em fase de desenvolvimento. Ou seja, não podemos nos esquecer de que há uma pessoa cujo caráter está em formação, e a convivência familiar só tem a agregar valores ao seu desenvolvimento. Assim como o convívio social é importante para a formação de qualquer ser humano, o convívio com seus familiares e a sua origem, também se faz extremamente importante.

Robustecendo essa linha de pensamento, Nobre Jr. traz a tona o pensamento de Karl Larenz:

*Instado a pronunciar-se sobre o personalismo ético da pessoa do Direito Privado, reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.*14

Ademais, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

*Podemos concluir que a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das relações sociais.*15

Desta feita, pautados em princípios constitucionais não há como negar a importância do convívio entre avós e netos. Toda pessoa, visando zelar por sua dignidade, merece e deve ter garantida sua convivência com familiares, por uma questão até mesmo social. Pensemos: afastar a criança do convívio com os avós, assim como dito anteriormente, poderá acarretar sérios problemas, inclusive de conotação so-

cial, além de impor um limite ao direito do outro, neste caso, os avós.

É assim o afeto, direito fundamental de todos sendo considerado, nos dias de hoje, elemento precípua da entidade familiar. Cristiano Chaves de Farias, ao tratar do tema, assegura que "a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional".16

#### **4 DO DIREITO DE VISITAS DOS AVÓS E A EFETIVA APLICABILIDADE DA LEI**

Apenas a ciência da lei não basta; é necessária a efetiva aplicabilidade da mesma, extraindo-se o significado da norma, pois, do contrário, esta não atingirá seus objetivos.

Ao longo do estudo estamos defendendo o direito dos avós ao convívio com seus netos e vice-versa, mas e quando na prática isso não se consuma? O que devemos observar é que o bem estar da criança ou adolescente sempre deve ser preservado, sem nos esquecer de que há uma relação de afeto entre os envolvidos.

Sob o prisma do princípio da afetividade temos que os laços de afeto que unem os familiares devem ser preservados, conforme se observa nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

*De fato, interpretar o Direito de Família, nesse panorama de observância do princípio da afetividade, em especial - mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva -, compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros.*17

Ocorre que muitas vezes os avós não tem conhecimento sobre a lei que assegura o seu direito e acaba travando mais um conflito com o responsável pela criança/adolescente que não permite a convivência.

Assim, a melhor forma de se aplicar a lei nesses casos, é, primeiramente, o bom senso dos responsáveis, que precisam respeitar o vínculo entre avós e netos, não limitando o laço afetivo que os une. E, em segundo, seria a própria delimitação por parte do magistrado, ou seja, assim como o direito de visitas dos pais é definida judicialmente, a visita dos avós também deve ser estipulada, e, caso não cumprido, o juiz poderá aplicar a penalidade que julgar necessária.

A discussão da aplicabilidade é muito séria, uma vez que, volta e meia, as questões familiares são levadas ao Judiciário, tendo como base a deficiência de orientação psicossocial dos envolvidos, trazendo dor e sofrimento aos mesmos, como se pode extrair das palavras de Maria Regina Fay de Azambuja:

*Nos dias atuais, muitas demandas que são leva-*

das ao Poder Judiciário decorrem da carência de investimentos nas políticas sociais básicas de atendimento à criança e à família, em que pesem as disposições constitucionais e infraconstitucionais existentes. Passa o Judiciário, por vezes, a ser o depositário das crises e dos conflitos pessoais e interpessoais, bem como da falência do próprio Estado, sobrecarregando as Varas de Família e da Infância e Juventude com problemas que fogem às suas alçadas de atuação e de resolução, ao menos, em curto prazo.<sup>18</sup>

Deste modo, caberá a nós, aqui, demonstrar como tem acontecido a realização do direito de visitas dos avós após a entrada em vigor da Lei nº 12.398/2011. Foi a lei suficientemente eficaz para resolver o problema dos avós que tem violado o seu direito de conviver com os netos? O objetivo é encontrar, através da análise de julgados dos nossos Tribunais, a resposta para a questão.

Importante ressaltar, que mesmo antes do surgimento da lei, os avoengos já vinham pleiteando no Poder Judiciário o direito de visitar seus netos e os Tribunais, por sua vez, construíram, por meio de reiteradas decisões favoráveis, entendimento que culminou – para a satisfação da comunidade jurídica – no avanço do legislador ao transformar o direito em lei.

A Lei nº 12.398/2011 acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil e modifica a redação dada ao art. 888, VII do Código de Processo Civil de modo a estender aos avós o direito de visita aos netos, que passam a ser:

*Art. 1.589. Parágrafo único: o direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.*

*Art. 888, VII: a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós.<sup>19</sup>*

Neste passo, apresentamos decisões prolatadas pelos Tribunais brasileiros no sentido de fazer cumprir a nova lei concedendo o direito de visitas aos avós, reconhecendo a importância dessa relação para o desenvolvimento psíquico e social das crianças e adolescentes.

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - AVÓS - REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - POSSIBILIDADE - LEI 12.398/2011 - OBSERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE DANO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*ACORDAM os Desembargadores integrantes da 12ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso de Agravo de Instrumento. (Acórdão nº 0723285-5. Julgado em 22/06/2011. TJ-PR. 12ª Câmara Cível. Des(a). Relator(a) Ângela Maria Machado Costa).<sup>20</sup>*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITA AVOENGA. CONVIVÊNCIA DO MENOR COM AVÓS MATERNOS. BENEFÍCIO PARA O NETO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. VISITA EM FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS. RECURSO DESPROVIDO. Por ser indispensável a presença avoenga na vida da criança, com evidente contribuição para sua formação e desenvolvimento, deve ser reservado aos avós o direito de visitá-la de forma a infundir no neto o conceito de tutela e convívio familiar. A regulamentação do direito de visita deve propiciar ao neto a proximidade com os avós, mas deve preservar em primeiro lugar o interesse da criança, de modo que as visitas estabelecidas devem ocorrer em finais de semana alternados. "Quod plerunque fit" o direito de visita que se garante ao ascendente tocante a seu descendente não está sujeito a regras pré-fixadas, devendo aquele direito obediência ao prudente arbítrio judicial, prestigiando sempre o interesse do menor e a coesão do núcleo familiar. (Acórdão nº 1.0459.12.000501-0/001. Julgado em 11/06/2013. TJ-MG. 7ª Câmara Cível. Des. Rel. Belizário de Lacerda).<sup>21</sup>*

*APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - PEDIDO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS FORMALIZADO PELOS AVÓS - POSSIBILIDADE. O direito de visita pode ser estendido aos avós, sempre à luz do melhor interesse da criança, para beneficiar a convivência familiar. Hipótese na qual reconhece-se, por maioria e vencido nessa parte o Relator, que a visitação pode ser feita no período de quinze em quinze dias. (Acórdão nº 1.0144.09.031240-2/001. Julgado em 19/03/2013. TJ-MG. 1ª Câmara Cível. Des. Rel. Alberto Vilas Boas).<sup>22</sup>*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - PEDIDO LIMINAR - AVÓS PATERNOS - ART. 1589, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CCB - PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Para que ocorra o deferimento de pedido*



liminar, deve o requerente demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Prevê o Código Civil Brasileiro, de forma expressa, o direito de visita dos avós (art. 1589, Parágrafo Único), de modo que presentes os requisitos legais, deve ser mantida a r. decisão impugnada, que a concedeu. (Acórdão nº 1.0433.12.020928-6/001. Julgado em 05/03/2013. TJ-MG. 2ª Câmara Cível. Des(a). Rel(a). Hilda Teixeira da Costa).<sup>23</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE VISITAS - AVÓS - ART.1.589, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/02 - POSSIBILIDADE - INTERESSE DO MENOR - AUDIÊNCIA - DESIGNAÇÃO - TUTELA ANTECIPADA. - Com fundamento no art.1.589, parágrafo único, do CC/02 e no art.227, da CF/88, é possível e recomendável a regulamentação do direito de visitas dos avós, quando não houver dúvidas de que a convivência com os mesmos contribuirá para o bom desenvolvimento psicológico e emocional da criança, como acontece no presente caso. - É desnecessária a designação de audiência especial para oitiva de menor, se evidenciado que o magistrado já lançou mão de outros meios menos gravosos e eficientes, para saber suas opiniões e comportamentos. - Recurso provido em parte. (Acórdão nº 1.0133.11.001778-6/001. Julgado em 01/11/2011. TJ-MG. 1ª Câmara Cível. Des. Rel. Eduardo Andrade).<sup>24</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO DE VISITA AVOENGA. DECISÃO QUE DEFERE TUTELA ANTECIPADA À PRETENSÃO DA AVÓ. INSURGÊNCIA DA MÃE DO ADOLESCENTE, AO ARGUMENTO DE QUE ESTE POR SER PORTADOR DE ENFERMIDADE MENTAL NÃO SERÁ BEM ATENDIDO PELA AGRAVADA. PARECER PSICOLÓGICO FAVORÁVEL AO DIREITO DE VISITAÇÃO. PRERROGATIVA TANTO DA AVÓ COMO DO PRÓPRIO NETO. DESDOBRAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR, CONSAGRADO CONSTITUCIONALMENTE. ASSEGURAMENTO DO MELHOR INTERESSE DO ADOLESCENTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A ordem constitucional consagra a prioridade do interesse da criança e do adolescente, devendo suas necessidades receberem todo o cuidado e a atenção. O menor de idade é cidadão, sujeito de direitos, devendo estes serem respeitados. O atual

paradigma familiar segue os princípios da afetividade e da solidariedade, o que deve sempre ser observado. Os avós são parte da família do menor de idade, de modo que têm direito à sua visita, caso tal seja do melhor interesse do infante. (Acórdão nº 2012.076140-4. Julgado em 18/07/2013. TJ-SC. 6ª Câmara Cível. Des. Rel. Ronei Danielli).<sup>25</sup> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO DE VISITA AJUIZADA PELOS AVÓS PATERNOS. PAI FALECIDO. DIFICULDADE DE VISITAÇÃO DOS AVÓS IMPOSTA PELA GENITORA. ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL. INSURGÊNCIA DA APELANTE NO QUE DIZ RESPEITO À PERNOITE DA CRIANÇA EM RESIDÊNCIA ALHEIA. AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA TAL LIMITAÇÃO. PRIMAZIA DO INTERESSE DA INFANTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Acórdão nº 2010.053903-8. Julgado em 12/05/2011. TJ-SC. 2ª Câmara Cível. Des. Rel. Sérgio Izidoro Heil).<sup>26</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS QUE CORREU À REVELIA DOS REQUERIDOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONCEDENDO O DIREITO DE VISITAÇÃO DO AVÔ PATERNO AOS NETOS MENORES. AUSÊNCIA DE NULIDADE DA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO. CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Acórdão nº 70055414072, Julgado em 09/09/2013. TJ-RS. 7ª Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolara Medeiros).<sup>27</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS AVOENGAS. RESTRIÇÃO DO REGIME DE VISITAÇÃO ANTERIORMENTE ESTIPULADO. INVIABILIDADE. 1. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, no que se insere a convivência com os avós, devendo ser assegurada, na medida do possível, a preservação de vínculos afetivos saudáveis. 2. A desinteligência verificada entre os litigantes, que foi a razão invocada para alterar o regime de visitação, não pode e não deve servir como fundamento a restringir o convívio dos netos com os avós maternos, com quem residiam antes do falecimento da genitora, impressionando que na peça inicial não tenha sido apontada outra específica preocupação do genitor a

*justificar a pretendida alteração do arranjo consensualmente estabelecido há mais de um ano, que por essa razão, ao menos por ora, deve ser mantido (das 10h de sábado, e não desde sexta, como postulado no reclamo, às 18h de domingo). AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Acórdão nº 70054940432, Julgado em 15/08/2013. TJ-RS. 8ª Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl).28*

*REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PEDIDO FORMULADO PELA AVÓ. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CABIMENTO DA PRETENSÃO. INTERESSE DA CRIANÇA. 1. A avó tem o direito de exercer a visitação em relação aos netos e estas tem o direito de receber o afeto avoengo, estreitar laços de convivência familiar e ampliar a convivência social, não sendo propriedade dos pais, mas pessoa titular de direitos, que merece ser respeitada, bem como de ter uma vida saudável e feliz. 2. O claro litígio entre os pais das crianças e a avó não justificam a proibição do direito de visitas, não podendo as crianças ser instrumento de vinganças. 3. Não havendo nada que impeça a convivência da avó com os netos, é cabível estabelecer a regulamentação de visitas, que deverá ser cumprida pela recorrente, pois deve ser resguardado sempre o melhor interesse das crianças, que está acima da conveniência dos pais. Recurso desprovido. (Acórdão nº 70052709318, Julgado em 08/03/2013. TJ-RS. 7ª Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves).29*

Entretanto, existem alguns pontos relevantes nos dispositivos do Diploma Civil e do Código de Processo Civil que precisam ser observados como "limitações ao direito de visitas", quais sejam: esse direito será exercido a critério do juiz, observados os interesses do menor. São formas de limitação do direito de visitas, uma vez que, se a visita não for benéfica à criança e ao adolescente ela deverá ser restringida pelo magistrado.

Nesta senda, estão os seguintes julgados exarados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE GUARDA - REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - DECISÃO QUE DEFERIU O DIREITO DE VISITAS DA AVÓ À NETA POR 03 (TRÊS) FINAIS DE SEMANAS INTEIROS NO MÊS - MEDIDA QUE PREJUDICA O CONVÍVIO DA INFANTE COM O GENITOR NOS FINAIS DE SEMANA*

*- RECURSO PROVIDO EM PARTE. Na regulamentação de visitas o interesse maior a ser preservado é o bem-estar da menor, já que se destina a proporcionar-lhe momento de convivência, capaz de assegurar-lhe uma boa formação físico-psicológica. No entanto, se as visitas foram deferidas de maneira a prejudicar, substancialmente, o convívio entre pai e filha, devem ser revistas de maneira a observar o melhor interesse da criança. (Acórdão nº 1.0241.10.002486-8/004. Julgado em 10/04/2012. TJ-MG. 1ª Câmara Cível. Des. Rel. Armando Freire).30*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA - SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS - SITUAÇÃO CONFLITUOSA - INTERESSES DO MENOR - PRESERVAÇÃO - DECISÃO MANTIDA. Mantém-se a decisão que, em sede de ação de modificação, em atenção à preservação dos interesses do menor, determina a suspensão do direito de visitas dos avós em relação ao neto, diante da existência de indícios de que tal contato se revela prejudicial ao infante. Recurso não provido. (Acórdão nº 1.0145.09.569532-9/001. Julgado em 09/12/2010. TJ-MG. 3ª Câmara Cível. Des. Rel. Kildare Carvalho).31*

Destarte, concluímos que da mesma forma que o magistrado deve conceder as visitas de modo a cumprir o disposto nos artigos supracitados, elas deverão ser restringidas quando não trouxerem benefícios ao menor; essa situação poderá advir de várias outras que deverão ser analisadas pelo magistrado. Por isso o dispositivo determina que o direito será concedido a critério do juiz. Em outras palavras, ainda que o direito de visitas dos avós esteja previsto em lei, este se sujeitará a avaliação criteriosa do juiz, não configurando um direito absoluto. Isto porque, nas palavras de Ricardo Régis Oliveira Veras "nem sempre as relações familiares são firmadas de forma harmoniosa nem sejam salutares para a formação dos menores".32

Portanto, a princípio é necessária a convivência dos menores com seus antepassados, entretanto, não significa que essa relação será sempre construtiva e benéfica para a criança ou o adolescente. Sendo assim, o magistrado, após avaliar a possibilidade ou não da concessão do direito de visitas, sendo a resposta positiva e visando o melhor interesse do menor, determinará a frequência com que esse direito será exercido; escolhendo a forma que lhe parecer mais adequada.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de preservar os laços afetivos, o estudo dos conflitos que permeiam os núcleos familiares nos dias atuais se faz de suma importância. Ao se referir à relação existente entre avós e netos, que foi o objeto do presente estudo, observamos o quão frágil essa relação se torna quando brigas e discussões por parte dos genitores influenciam na convivência entre eles. Isto porque cria-se uma barreira na qual os avós ficam excluídos da vida dos pequenos, porque os pais do menor, se preocupam muito mais em atingir o ex-cônjuge ou ex-companheiro, do que preservar o bem estar de seus filhos.

A consequência é, de um lado, avós recorrendo ao Poder Judiciário a fim de obterem o reconhecimento de um direito que deveria ser exercido naturalmente, e de outro, crianças e adolescentes sendo alvo das confusões causadas pelos pais. E aí, estamos diante de um caos que promete perdurar por muito tempo até que o magistrado dê um ponto final à situação.

Assim, necessário se faz a conscientização por parte dos genitores de que não se trata de um direito deles, e sim, dos filhos, não cabendo a eles permitir ou não o exercício de um direito. Neste passo, a atuação do magistrado será essencial de forma a esclarecer a questão, impondo que os pais não coloquem suas frustrações acima dos interesses dos menores.

E este é o desafio que encontramos ao longo da pesquisa e que deverá ser enfrentado diariamente pela doutrina e jurisprudência a fim de buscar possíveis soluções para o problema. A entrada em vigor da Lei nº 12.398/2011 que estendeu o direito de visitas aos avós foi apenas o primeiro passo de uma longa jornada.

## REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Criança no novo Direito de Família. In Direitos Fundamentais do Direito de Família (Coordenador: Belmiro Welter e Rolf Madaleno). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Lex: Vade Mecum Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Lex: Vade Mecum Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Institui o Código de Processo Civil. Lex: Vade Mecum Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Lex: Vade Mecum Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei 12.398/2011, de 28 de março de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. Lex: Vade Mecum Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Editora Manole, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª. Ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil - Direito das Famílias. Vol. 06. 5ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil - Direitos de Família - As famílias em perspectiva constitucional. Vol. 06. 3ª Ed. Ver., Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LA PORTA, Laura Moraes. Direito de visitas dos avós: Lei nº 12.398/2011. Trabalho de Conclusão de Curso. 25 de novembro de 2011. Disponível em: < [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_2/laura\\_porta.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/laura_porta.pdf) > Acesso em: 15 de agosto de 2013.

LIMA, Pollyana Motta Palhares. Direito de visita dos avós aos netos. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3030, 18 out. 2011. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/20232> > Acesso em: 15 agosto de 2013.

MACIEL, Otávio Roberto. O direito de visitas dos avós aos netos. Advocacia Maciel, Santiago e Pupo, elaborado em 03 de abril de 2012. Disponível em: < <http://mispadv.com.br/artigos-juridicos/direito-de-visitas-dos-avos-aos-netos> > Acesso em: 15 de agosto de 2013.

NOBRE Jr, Edilson Pereira. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade Humana. Jus Navigandi, Teresina, Ano 4. Nº 41, Maio/2000. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/161/o-direito-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana> > Acesso em: 10 de outubro de 2013.

OLIVEIRA, E. Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. In: DIAS, M. B. e PINHEIRO, J. D. (Ed.). Porto Alegre: Magister, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. 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. Portal Âmbito Jurídico, Rio Grande. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6122#](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6122#) > Acesso em: 15 de agosto de 2013.

SEREJO, Lourival. Direito dos Avós. Artigo Científico. Disponível em: < [http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20130422211156.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422211156.pdf) > Acesso em: 15 de agosto de 2013.

VERAS, Ricardo Régis Oliveira. Direito de visitação dos avós não é absoluto. Revista Consultor Jurídico, 13 de novembro de 2012, ISSN 1809-2829. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/ricardo-veras-direito-visitacao-avoenga-nao-absoluta> > Acesso em: 15 de agosto de 2013.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Direito das Famílias: A figura da Madrasta e sua importância para a Criança ou adolescente. Flávio Tartuce Advogado - Artigos. Disponível em: < [www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201107052146210.madras\\_renat.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201107052146210.madras_renat.doc) > Acesso em: 01 de outubro de 2013.

## NOTAS DE FIM

1. Acadêmica do 8º período em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

2. Mestre em Direito pela FUMEC, Especialista em Processo Civil Pela UNI-BH, Professor do Centro Universitário Newton Paiva das Disciplinas Processo Civil e Ética, Coordenador do CEJU - Centro de Exercícios Jurídicos - Professor de Processo Civil da UNIPAC - Itabirito - Advogado.

3. CINTRA, Maria do Rosário Leite. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Munir Cury e outros, p. 83 a 85 apud MACHADO, Marta de Toledo. "A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos". São Paulo: Editora Manole, 2003, p. 155.

4. VILAS-BÔAS, Renata Malta. Direito das Famílias: A figura da Madrasta e sua importância para a Criança ou adolescente. Flávio Tartuce Advogado - Artigos. Disponível em: < [www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201107052146210.madras\\_renat.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201107052146210.madras_renat.doc) > Acesso em: 01 de outubro de 2013. p. 10.

5. BRASIL Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Lex: Vade Mecum Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 74.

6. BRASIL Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Lex: Vade Mecum Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 1.043.

7. GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil - Direitos de Família - As famílias em perspectiva constitucional. Vol. 06. 3ª Ed. Ver., Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

8. VILAS-BÔAS, Renata Malta. Direito das Famílias: A figura da Madrasta e sua importância para a Criança ou adolescente. Flávio Tartuce Advogado - Artigos. Disponível em: < [www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201107052146210.madras\\_renat.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201107052146210.madras_renat.doc) > Acesso em: 01 de outubro de 2013. p. 3.

9. LA PORTA, Laura Moraes. Direito de visitas dos avós: Lei nº 12.398/2011. Trabalho de Conclusão de Curso. 25 de novembro de 2011. Disponível em: < [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_2/laura\\_porta.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/laura_porta.pdf) > Acesso em: 15 de agosto de 2013. p. 16.

10. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 94.

11. SEREJO, Lourival. Direito dos Avós. Artigo Científico. Disponível em: < [http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20130422211156.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422211156.pdf) > Acesso em: 15 de agosto de 2013. p. 2.

12. SEREJO, Lourival. Direito dos Avós. Artigo Científico. Disponível em: < [http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20130422211156.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422211156.pdf) > Acesso em: 15 de agosto de 2013. p. 2 e 3.

13. BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0710.08.018551-9/001. 1ª Câmara Cível. Des(a). Rel(a). Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Julgado em 08/05/2012. Publicado em 18/05/2012. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0710.08.018551-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> > Acesso em: 11 de outubro de 2013.

14. NOBRE Jr, Edilson Pereira. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade Humana. Jus Navigandi, Teresina, Ano 4. Nº 41, Maio/2000. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/161/o-direito-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana> > Acesso em: 10 de outubro de 2013.

15. GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil - Direitos de Família - As famílias em perspectiva constitucional. Vol. 06. 3ª Ed. Ver., Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 78.

16. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direito das Famílias. 5ª edição, Rev., amp., e atual., vol. 6, Salvador: JusPodivm, 2013. p. 70.

17. GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil - Direitos de Família - As famílias em perspectiva constitucional. Vol. 06. 3ª Ed. Ver., Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 94.

18. AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Criança no novo Direito de Família. In Direitos Fundamentais do Direito de Família (Coordenador: Belmiro Welter e Rolf Madaleno). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 284.

19. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Lex: Vade Mecum Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 263. BRASIL Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Institui o Código de Processo Civil. Lex: Vade Mecum Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 439 e 440.

20. BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 0723285-5. 12ª Câmara Cível. Des(a). Relator(a) Ângela Maria Machado Costa. Julgado em 22/06/2011. Publicado em DJ: 665. Disponível em: < <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19972700/agravo-de-instrumento-ai-7232855-pr-0723285-5-tjpr> > Acesso em: 11 de outubro de 2013.

21. BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0459.12.000501-0/001. 7ª Câmara Cível. Des. Rel. Beli-



zário de Lacerda. Julgado em 11/06/2013. Publicado em 14/06/2013. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0459.12.000501-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> > Acesso em: 11 de outubro de 2013.

22. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0144.09.031240-2/001. 1ª Câmara Cível. Des. Rel. Alberto Vilas Boas. Julgado em 19/03/2013. Publicado em 02/04/2013. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0144.09.031240-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> > Acesso em: 11 de outubro de 2013.

23. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0433.12.020928-6/001. 2ª Câmara Cível. Des(a). Rel(a). Hilda Teixeira da Costa. Julgado em 05/03/2013. Publicado em 15/03/2013. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0433.12.020928-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> > Acesso em: 11 de outubro de 2013.

24. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0133.11.001778-6/001. 1ª Câmara Cível. Des. Rel. Eduardo Andrade. Julgado em 01/11/2011. Publicado em 27/01/2012. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0133.11.001778-6%2F001> > Acesso em: 11 de outubro de 2013.

25. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2012.076140-4. 6ª Câmara Cível. Des. Rel. Ronei Danielli. Julgado em 18/07/2013. Publicado em 08/08/2013. Disponível em: < [http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=direito+de+visita+dos+avos&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAADTO4AAO&categoria=acórdão](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=direito+de+visita+dos+avos&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAADTO4AAO&categoria=acórdão) > Acesso em 11 de outubro de 2013.

26. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2010.053903-8. 2ª Câmara Cível. Des. Rel. Sérgio Izidoro Heil. Julgado em 12/05/2011. Publicado em 12/05/2011. Disponível em: < [http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=direito+de+visita+dos+avos&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG9ZtAAA&categoria=acórdão](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=direito+de+visita+dos+avos&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG9ZtAAA&categoria=acórdão) > Acesso em 11 de outubro de 2013.

27. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70055414072. 7ª Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em 09/09/2013. Publicado em 09/09/2013. Disponível em: < [http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70055414072%26num\\_processo%3D70055414072%26codEmenta%3D5442519+direito+de+visita+dos+av%3C%3B3s&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF-8&numProc=70055414072&comarca=Comarca+de+Sapucaia+do+Sul&dtJulg=09-09-2013&relator=Sandra+Brisolara+Medeiros](http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055414072%26num_processo%3D70055414072%26codEmenta%3D5442519+direito+de+visita+dos+av%3C%3B3s&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70055414072&comarca=Comarca+de+Sapucaia+do+Sul&dtJulg=09-09-2013&relator=Sandra+Brisolara+Medeiros) > Acesso em: 11 de outubro de 2013.

28. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70054940432. 8ª Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 15/08/2013. Publicado em 15/08/2013. Disponível em: < [http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70054940432%26num\\_processo%3D70054940432%26codEmenta%3D5405027+direito+de+visita+dos+av%3C%3B3s&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF-8&numProc=70054940432&comarca=Comarca+de+Passo+Fundo&dtJulg=15-08-2013&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl](http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70054940432%26num_processo%3D70054940432%26codEmenta%3D5405027+direito+de+visita+dos+av%3C%3B3s&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70054940432&comarca=Comarca+de+Passo+Fundo&dtJulg=15-08-2013&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl) > Acesso em: 11 de outubro de 2013.

29. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70052709318. 7ª Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 08/03/2013. Publicado em 08/03/2013. Disponível em: < [http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70052709318%26num\\_processo%3D70052709318%26codEmenta%3D5141671+direito+de+visita+dos+av%3C%3B3s&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF-8&numProc=70052709318&comarca=Comarca+de+Rio+Grande&dtJulg=08-03-2013&relator=S%25E9rgio+Fernando+de+Vasconcellos+Chaves](http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70052709318%26num_processo%3D70052709318%26codEmenta%3D5141671+direito+de+visita+dos+av%3C%3B3s&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70052709318&comarca=Comarca+de+Rio+Grande&dtJulg=08-03-2013&relator=S%25E9rgio+Fernando+de+Vasconcellos+Chaves) > Acesso em 11 de outubro de 2013.

30. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0241.10.002486-8/004. 1ª Câmara Cível. Des. Rel. Armando Freire. Julgado em 10/04/2012. Publicado em 11/05/2012. Disponível em: < [31. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0145.09.569532-9/001. 3ª Câmara Cível. Des. Rel. Kildare Carvalho. Julgado em 09/12/2010. Publicado em 18/01/2011. Disponível em: < \[\\[32\\] VERAS, Ricardo Régis Oliveira. Direito de visitação dos avós não é absoluto. Revista Consultor Jurídico, 13 de novembro de 2012, ISSN 1809-2829. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/ricardo-veras-direito-visitacao-avoenga-nao-absoluta> > Acesso em: 15 de agosto de 2013. p. 2.\]\(http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=26&totalLinhas=50&paginaNumero=26&linhasPorPagina=1&palavras=direito+de+visitas+dos+avos&pesquisarPor=ementa&pesquisaTeseuro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+referências+cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar& > Acesso em 11 de outubro de 2013.</p></div><div data-bbox=\)](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=16&totalLinhas=50&paginaNumero=16&linhasPorPagina=1&palavras=direito+de+visitas+dos+avos&pesquisarPor=ementa&pesquisaTeseuro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+referências+cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar& > Acesso em 11 de outubro de 2013.</p></div><div data-bbox=)

# AS MUDANÇAS DO MUNDO PÓS-MODERNO E A FIGURA DO TELETRABALHO

Cláudio Jannotti da Rocha<sup>1</sup>

Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo analisa as transformações estruturais nas relações de emprego durante a pós-modernidade, principalmente pelo processo da globalização, terceira revolução industrial, mudança do sistema taylorista/fordista para o toyotista de produção e a internacionalização do mercado produtivo, que modificou parcialmente o trabalho assalariado tradicional, prestado no centro das atividades do empregador, através dos avanços do desenvolvimento tecnológico, para a residência do empregado ou em qualquer outro local a sua escolha, ensejando assim o intitulado teletrabalho. Essa nova modalidade não descaracteriza a relação de emprego e nem impede o exercício do poder empregatício, bem como a subordinação e o controle de jornada, ocasionando assim o recebimento dos consectários direitos trabalhistas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Trabalho - Teletrabalho - Subordinação - Poder Empregatício - Jornada de trabalho.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A figura do teletrabalho; 3. A Lei 12.551/2011 e a alteração do artigo 6º da CLT; 4. A configuração da relação de emprego e o teletrabalho: subordinação e poder empregatício; 5. O teletrabalho e o controle de jornada; 6. Considerações Finais; Referências.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito do Trabalho

---

## 1. INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, inicia-se a dita pós-modernidade (termo ainda não uníssonos, tendo em vista, por exemplo, que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, prefere usar a expressão modernidade líquida, enquanto o filósofo francês Gilles Lipovetsky menciona o termo hiper-modernidade), iniciou um processo cultural, científico e técnico sem precedentes na humanidade. O mundo passou a acompanhar mudanças e incertezas, nada sutis, na economia e política neoliberais, além do progresso tecnológico da informação e comunicação, de clara repercussão global, cujos tentáculos também se imiscuíram nas relações trabalhistas.

Com a modernização das relações de trabalho decorrente do contínuo e acelerado avanço das tecnologias (terceira revolução industrial, denominada de robótica), uma nova modalidade de trabalho emergiu no mundo jurídico: o teletrabalho.

Nessa toada, em razão da complexidade organizacional de algumas empresas, concomitantemente à inserção de novas tecnologias nas atividades laborativas, tal como a rede mundial de computadores, fez-se necessário o distanciamento do local da prestação dos serviços pelo empregado, daquela do estabelecimento físico do empregador; não significando, todavia, o afastamento do controle e comando próprios do poder diretivo. Em outras palavras, o trabalho material encontra-se

fisicamente cada vez mais distante do trabalho imaterial, porém a subordinação e controle estão mais incisivos e eficazes, através dos meios telemáticos e informatizados.

Destarte, o presente artigo analisa esta nova modalidade empregatícia e sua inserção na ordem jurídica pátria, com o advento da Lei nº12.551/2011 que alterou a redação do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho.

## 2. A FIGURA DO TELETRABALHO

Na acepção etimológica, o vocábulo teletrabalho constitui um neologismo por duas palavras: tele, de origem grega, que significa "longe, ao longe, ou longe de" e trabalho, originada do latim tripalium, que é uma espécie de instrumento de tortura ou canga (peça de madeira que prende os bois pelo pescoço e os liga ao carro ou ao arado) que pesava sobre os animais (CUNHA, 1982, p. 760).

No mercado produtivo, o teletrabalho constitui modalidade de trabalho viabilizada pela tecnologia da informação e da comunicação, importando não apenas em supressão de barreiras geográficas, mas também otimizando o relacionamento entre empregado e empregador, além de diminuir os custos da produção, uma vez que, de regra, é desenvolvido fora da estrutura física tradicional do tomador do serviço.

O teletrabalho pode ser considerado como a prestação de



serviços a qualquer título, desde que seja à distância, ou extornado, com a utilização dos instrumentos de informática ou telemática, em favor de outrem.

Importante destacar, que tanto a doutrina como a jurisprudência evitam conceituar o teletrabalho de forma incisiva e fechada, tendo em vista que esta modalidade de trabalho abrange qualquer tipo de trabalho realizado a fora da empresa, através dos instrumentos de informática ou telemáticos.

Na análise de Alice Monteiro de Barros, o teletrabalho é considerado como modalidade especial de trabalho a distância. Destaca a autora que constitui novo tipo de trabalho descentralizado, realizado no domicílio do trabalhador ou em centros satélites fora do estabelecimento patronal, mas em contato com ele ou em outro local, de uso público. Acrescenta:

*Aliás, essa nova forma de trabalhar poderá ser também transregional, transnacional e transcontinental. Esse tipo de trabalho permite até mesmo a atividade em movimento. Ele é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades (BARROS, 2009, p. 327).*

No entendimento de Rodrigues Pinto:

*Seu melhor conceito é o de uma atividade de produção ou de serviço que permite o contato a distância entre o apropriador e o prestador da energia pessoal. Desse modo, o comando, a execução e a entrega do resultado se completarão mediante o uso da tecnologia da informação, sobretudo a telecomunicação e a informática, substitutivas da relação humana direta (RODRIGUES PINTO, 2007, p. 133).*

De acordo com Solange Ines Biesdorf, o teletrabalho pode assumir as seguintes feições, de acordo com o critério locativo:

- a) teletrabalho em domicílio: quando realizado no próprio domicílio do trabalhador, podendo ser assim considerado, nesta modalidade, outro local, como um ambiente familiar que não constitui o seu domicílio efetivo.
- b) teletrabalho em telecentros: quando os trabalhadores compartilham estruturas físicas tecnicamente preparadas para a realização do teletrabalho, fora da sede da empresa, podendo ser utilizados, inclusive, por trabalhadores de empresas diversas.
- c) teletrabalho móvel: também denominado nômade ou itinerante, caracteriza-se pela indeterminação do posto de trabalho, podendo ser realizado em qualquer

*lugar, mediante a disponibilidade de equipamento de mídia eletrônica, como os telefones celulares, que permitem a transmissão de dados e de imagens em alta velocidade. Segundo Fincato, pode-se afirmar ser esta "a máxima expressão do teletrabalho, aquela em que um sujeito trabalha onde quer ou precisa" (BIESDORF, 2011, p. 25).*

Pode-se afirmar que o trabalho à distância é o gênero. Entre suas espécies há o trabalho em domicílio e o teletrabalho. O trabalho em domicílio pode ser feito por meio de teletrabalho, conforme retratado acima.

Destarte, todo trabalho é considerado trabalho à distância, mas nem todo trabalho à distância pode ser considerado teletrabalho. O trabalho a domicílio também é um trabalho à distância, mas pode usar tecnologia ou não.

### **3. A LEI 12.551/2011 E A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CLT**

Inquestionavelmente que a informática alterou significativamente o mundo em muitos aspectos, dentre eles e especificamente para este artigo, destacam-se as modificações ocorridas no mundo do trabalho.

O uso dos meios telemáticos e informatizados no mercado produtivo, ao mesmo tempo que extirparam algumas profissões, criaram outras, como o teletrabalho que surgiu da utilização destas novas tecnologias. Esta alteração possui tamanha importância que a Organização Internacional do Trabalho, passou a tratar deste tema através da Convenção nº 177.

Tendo em vista que o teletrabalho é fruto das transformações iniciadas no século XX, até o ano de 2011, no Brasil, o assunto ainda não tinha sido objeto do Poder Legislativo, que até então era silente quanto a esta matéria. Mesmo diante desta lacuna legislativa, a questão da existência ou não do vínculo empregatício chegou aos Tribunais Regionais do Trabalho ao longo de todo território nacional, sendo que o pensamento predominante (senão unísono), era no sentido de considerar possível a existência do vínculo empregatício no teletrabalho. Especificamente quanto ao posicionamento do Egrégio Tribunal Regional da 3ª Região:

*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 R - RO 977/2009-129-03-00.7 - Rel. Jesse Claudio Franco de Alencar - DJe 26/11/2009 - p. 97).

No mesmo sentido, entendia o Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISITA. HOME OFFICE: ENQUADRAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS. OUTROS TEMAS: SUBSTITUIÇÃO. ACÚMULO DE FUNÇÕES. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. HORAS DE SOBREVISO. FÉRIAS INTERROMPIDAS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. O teletrabalho e o trabalho em domicílio (home office) tornaram-se frequentes nas últimas décadas em face da invenção, aperfeiçoamento e generalização de novos meios comunicacionais, ao lado do advento de novas fórmulas organizacionais e gerenciais de empresas e instituições. Isso não elimina, porém, necessariamente, a presença de subordinação na correspondente relação socioeconômica e jurídica entre o trabalhador e seu tomador de serviços, desde que ultrapassado o conceito tradicional desse elemento integrante da relação empregatícia em favor de sua dimensão objetiva ou, até mesmo, em favor do conceito de subordinação estrutural. Dentro deste novo, moderno e atualizado enfoque da subordinação, os trabalhadores em domicílio, mesmo enquadrando-se no parâmetro do home office, podem, sim, ser tidos como subordinados e, desse modo, efetivos empregados. Não obstante, não se pode negar que, de maneira geral, em princípio, tais trabalhadores enquadram-se no tipo jurídico excetivo do art. 62 da CLT, realizando o parâmetro das jornadas não controladas de que fala a ordem jurídica trabalhista (art. 62, I, CLT). Por outro lado, a possibilidade de indenização empresarial pelos gastos pessoais e residenciais efetivados pelo empregado no exercício de suas funções empregatícias no interior de seu home office supõe a precisa comprovação da existência de despesas adicionais realizadas em estrito benefício do cumprimento do contrato, não sendo bastante, em princípio, regra geral, a evidência de

certa mistura, concorrência, concomitância e paralelismo entre atos, circunstâncias e despesas, uma vez que tais peculiaridades são inerentes e inevitáveis ao labor em domicílio e ao teletrabalho. Finalmente, havendo pagamento pelo empregador ao obreiro de valores realmente dirigidos a subsidiar despesas com telefonemas, gastos com informática e similares, no contexto efetivo do home office, não têm tais pagamentos natureza salarial, mas meramente instrumental e indenizatória. Na mesma linha, o fornecimento pelo empregador, plenamente ou de modo parcial, de equipamentos para a consecução do home office obreiro (telefones, microcomputadores e seus implementos, etc.) não caracteriza, regra geral, em princípio, salário in natura, em face de seus preponderantes objetivos e sentido instrumentais. Agravo de instrumento desprovido" (TST - 6ª T - AIRR 62141-19.2003.5.10.0011 - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJ 16/4/2010).

Dada a ausência de normatividade acerca do tema e os constantes conflitos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho, em 2011 passou a vigorar a Lei 12.551, dando nova redação ao artigo 6º da CLT:

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.

A Lei nº 12.551/2011 surgiu para regulamentar o uso de novas tecnologias nas relações de emprego, sobretudo no que atine à supervisão do trabalho, que ganhou novas perspectivas na contemporaneidade. Foi essa, inclusive, a justificativa utilizada pelo deputado Eduardo Valverde, autor do Projeto de Lei nº 3129/2004, que deu origem a norma em comento, veja-se:

A revolução tecnológica e as transformações do mundo do trabalho exigem permanentes transformações da ordem jurídica com o intuito de apreender a realidade mutável. O tradicional comando direto entre o empregador ou seu preposto e o



*empregado, hoje cede lugar, ao comando à distância, mediante o uso de meios telemáticos, em que o empregado sequer sabe quem é o emissor da ordem de comando e controle. O Tele-Trabalho é realidade para muitos trabalhadores, sem que a distância e o desconhecimento do emissor da ordem de comando e supervisão, retire ou diminua a subordinação jurídica da relação de trabalho.*

A norma em comento amplia o espectro de normatividade do art. 6º da CLT, equiparando os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão aos meios pessoais e diretos; configurando aqueles como forma de subordinação.

A nova redação do caput do artigo 6º da CLT estabeleceu que não há distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o realizado no domicílio do empregado ou a distância. De fato, essa alteração não pode ser considerada como uma inovação no meio jurídico trabalhista, afinal, conforme visto acima, a posição da jurisprudência era pela possibilidade da existência do vínculo empregatício no teletrabalho, tendo em vista que a presença física do trabalhador no estabelecimento do empregador jamais foi um dos requisitos necessários à caracterização da relação empregatícia. Tanto é assim, que já era possível, pela antiga redação, o reconhecimento do vínculo empregatício em favor daqueles que prestam serviços em domicílio, desde que presentes os pressupostos que caracterizam a relação de emprego, embora acrescentando na nova redação a expressão “trabalho realizado a distancia”.

Urge salientar que a Lei nº 12.551/2011, inclusive efetiva a própria carga teleológica da Consolidação das Leis do Trabalho, que é justamente abarcar o maior número de trabalhadores possível, para assim ofertar aos seus jurisdicionados o manto protetivo do Direito do Trabalho (com os consectários direitos trabalhistas), bem como, arrecadar para o erário público grande quantidade de numerário e assim ajudar no financiamento da Seguridade Social. E assim, todos saem ganhando, o trabalhador, a Administração Pública e a sociedade em geral. Pode-se perceber que esta norma, demonstra o caráter expansionista do ramo justatrabalhista, no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, tratar-se-á em seguida dos elementos necessários para a configuração da relação de emprego com o teletrabalhador.

#### **4. A CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E O TELETRABALHO: SUBORDINAÇÃO E PODER EMPREGATÍCIO.**

Dentre as diversas formas de prestação de trabalho (transformação da natureza de forma voluntária e consciente), des-

ponta a relação de emprego como a espécie com maior potencial de conferir direitos e garantias trabalhistas, inclusão social, melhoria da condição socioeconômica do trabalhador e distribuição de renda. Assim, o empregado possui um rol de direitos maior quando comparado a outras categorias de trabalhadores (trabalhador autônomo, eventual, doméstico, entre outros), capazes de fomentar a cidadania através do trabalho realizado.

Na lição de Maurício Godinho Delgado (2013, p. 281), “o fenômeno sócio-jurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático-jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação”.

Da combinação dos artigos 2º e 3º da CLT são retirados os 5 elementos caracterizadores da relação de emprego: prestação de trabalho por pessoa física; prestação efetuada com personalidade pelo trabalhador; de modo não eventual; com onerosidade e sob subordinação ao tomador de serviços.

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física. Os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, segurança) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

A personalidade significa que o é aquela pessoa física escolhida quem deve executar o serviço contratado porque o contrato de trabalho é intransmissível. Assim, o empregado não pode, quando bem entender, mandar o amigo, o vizinho no seu lugar para trabalhar.

A não-eventualidade é caracterizada na medida em que, para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência, não se qualificando como trabalho esporádico.

No que diz respeito à onerosidade, a relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Desse modo, a força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial.

Por fim, a subordinação é o elemento que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia, considerada como a pedra de toque, elemento fundante, diferenciador. A subordinação é o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o trabalho autônomo.

Nesse sentido, jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

*EMENTA: CONTRATO DE EMPREGO - TRABALHO AUTÔNOMO - O trabalho do homem livre acompanhou o movimento pendular da economia, segundo a tendência de cada época - liberal ou intervencionista. O*

trabalho subordinado e o trabalho autônomo foram, durante séculos, os pontos extremos de uma mesma linha, na qual se inseriram obrigatoriamente os diversos fatores da produção, inclusive o custo da mão-de-obra. Durante cerca de cinquenta anos viu-se, no Brasil, por força da CLT, a progressiva aglutinação jurídica em torno do trabalho subordinado, fruto até de uma exigência do sistema fordista da produção. Nos últimos anos, contudo, tem-se presenciado um forte movimento em sentido inverso, em decorrência das substanciais mudanças na forma de prestação de serviços - teletrabalho, microinformática, robotização, trabalho a domicílio - sem que se atente para o determinismo do art. 3º. da CLT. Neste contexto, se o trabalho não eventual é prestado com pessoalidade, por pessoa física, com onerosidade, resta ao intérprete examinar a subordinação. Esta, cada vez mais, vem se diluindo diante da quebra da estrutura hierárquica da empresa fordista e suas características deslocaram-se da esfera subjetiva para a esfera objetiva, sem se falar que a desprestigiada dependência econômica volta a ganhar importância. Preenchidos estes pressupostos, o contrato de emprego se assume por inteiro. (TRT da 3.ª Região; Processo: RO - 9336/04; Data de Publicação: 07/08/2004; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Luiz Otavio Linhares Renault; Revisor: Fernando Luiz G. Rios Neto).

No que tange à subordinação, Maurício Godinho Delgado aduz com brilhantismo que:

*Subordinação deriva de sub (baixo) e ordinare (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores. Nessa mesma linha etimológica, transparece na subordinação uma ideia básica de "submetimento, sujeição, ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência". A subordinação corresponde ao polo antiético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na "situação em que se encontra o traba-*

*lhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará" (DELGADO, 2013, p. 293).*

Pela visão clássica do conteúdo da subordinação, o empregado deve prestar serviços ao empregador sob o rígido poder de direção deste. Assim, a subordinação se caracteriza com a presença constante e forte de ordens específicas e diretas do empregador ou de seus prepostos, com fiscalização assídua destes, podendo o empregado eventualmente sofrer punição disciplinar.

Vólia Bomfim Cassar assinala bem que:

*A subordinação está sempre presente na relação de emprego, algumas vezes mais intensa; outras de modo menos intenso. Quanto mais o empregado sobe na escala hierárquica da empresa, ou quanto mais técnico ou intelectual o trabalho, normalmente a subordinação fica mais tênue, frágil. Contrariamente, quando o empregado exerce uma função subalterna, de baixa hierarquia na empresa ou quando é revertido do cargo de confiança para a função efetiva, a subordinação se intensifica. O trabalho externo pode tornar a subordinação menos intensa, pois o empregado fica longe dos olhos do patrão, salvo quando o trabalhador é controlado ou fiscalizado por telefone, rádio, pela internet ou por qualquer meio telemático ou informatizado (CASSAR, 2012, p. 267).*

Partindo da insuficiência do conceito clássico de subordinação, no sentido de albergar as novas formas de relação de emprego, surgiram novos conceitos acerca do instituto, como a estrutural, a integrativa e a reticular. Especificamente quanto a estrutural, desenvolvida por Maurício Godinho Delgado, informa-se:

Se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços (DELGADO, 2013, p. 296).

Quanto a subordinação integrativa, criada por Lorena Vasconcelos Porto:

*A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho*



*integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente os riscos de perdas ou de ganhos e não é o proprietário dos frutos de seu trabalho, que pertencem, originariamente, a organização produtiva alheia para a qual presta sua atividade (PORTO, 2009, p. 253).*

Percebe-se, portanto, que o instituto da subordinação está intimamente ligado ao poder diretivo do empregador sobre seu empreendimento e, em sua forma mais tradicional, se dá por ordens e fiscalização diretas do empregador e/ou seus prepostos sobre a atividade desenvolvida pelo empregado.

O poder diretivo é o poder de dirigir a organização da estrutura e do espaço interno da empresa, bem como o processo de trabalho, pelo qual o empregador comanda a energia de trabalho do empregado no sentido que melhor lhe aproveite. É em razão deste poder diretivo se concentrar na figura do empregador que há, na relação de emprego, a característica da alteridade, ou seja, a assunção de todos os riscos e proveitos do empreendimento pelo empregador.

Os limites basilares do poder diretivo fundam-se especialmente no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aliado aos objetivos fundamentais da República, relativamente à construção de uma sociedade livre, justa e solidária e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Trazendo esses conceitos para o teletrabalho, à bem da verdade, o empregador não renuncia o controle sobre as atividades do teletrabalhador, apenas o realiza pelos meios informatizados e/ou telemáticos ou até mesmo através dos resultados produzidos por este. Saliencia-se ainda que atualmente com as recentes invenções o empregador possui pleno (ou o devido) controle sobre o empregado que encontra-se a distância, sabendo inclusive quando este está trabalhando ou não.

Alice Monteiro de Barros pondera que:

*No trabalho a distância, do qual o teletrabalho é modalidade, o controle alusivo ao poder de direção poderá se apresentar com maior ou menor intensidade, tomando a subordinação jurídica a denominação de telesubordinação, que poderá manifestar-se durante a execução do trabalho ou, mais comumente, em função do seu resultado. Afirma-se, até mesmo, que o controle da atividade é substituído pelo controle do resultado (BARROS, 2009, p. 331).*

Continua a doutrinadora, com a precisão de sempre:

*Se o trabalhador se encontra, por exemplo, em conexão direta e permanente, por meio do computador, com o centro de dados da empresa, o empregador poderá fornecer instruções, controlar a execução de trabalho e comprovar a qualidade e a quantidade de tarefas de forma instantânea, como se o empregado estivesse no estabelecimento do empregador. A internet permite, inclusive, aferir o tempo de conexão do terminal do empregado, bem como quando foi acessado pela última vez o teclado. Esse controle revela, sem dúvida, a subordinação jurídica, que poderá estar presente ainda quando a execução do serviço seja desconectada (off line). Tudo irá depender da análise do programa de informática utilizado (BARROS, 2009, p. 331).*

Portanto, com a nova redação do art. 6º da CLT, o requisito da subordinação jurídica, que era pessoal e direta, para o necessário reconhecimento da relação de emprego, foi equiparado pelo legislador, aos meios telemáticos e informatizados de comando, caracterizando a proeminência do poder diretivo.

Márcio Túlio Viana ressalta que:

*Nos dias atuais, mesmo o teletrabalho, que parece desconectar o empregado das ordens diretas do empregador, não o impede de sofrer cobranças constantes, através da própria máquina. Na verdade, a volta ao lar que hoje se ensaia não significa menos tempo na empresa, mas – ao contrário – a empresa chegando ao lar (VIANA, 2000, p. 176).*

Uma questão de extrema importância que envolve o teletrabalho é justamente sua ambiguidade, afinal, ao mesmo tempo que pode ser benéfico para o empregado laborar em sua residência (ou em outro local, fora da empresa), pode ser ruim tendo em vista que o trabalho acaba adentrando no lar do trabalhador, podendo chegar ao ponto deste não mais saber se está trabalhando ou comendo, se está trabalhando ou descansando, se está trabalhando ou relacionando com seus familiares, e assim a vida pessoal e profissional estariam misturadas.

Outra questão de crucial importância corresponde aos custos que o teletrabalho oferta ao empregado, tendo em vista que na hipótese do trabalho em domicílio, a conta de luz, feramentas de trabalho (como computador, impressora, papel e instrumentos afins), devem ser arcados pelo empregador, pois

seria incompreensível que tais prejuízos fossem arcados pelo trabalhador, que é a parte hipossuficiente da relação, além dos alteridade ser exclusiva do tomador.

Não importa se o teletrabalho é desenvolvido no próprio domicílio do empregado, em escritório ou até mesmo em qualquer lugar onde esteja o prestador desenvolvendo o seu trabalho de forma remota. Se há remessa ou aproveitamento de dados ou ações concretas geradas pelo prestador de serviços à distância, conversíveis em elementos de produção de interesse patronal, dentro da dinâmica estrutural do tomador, mesmo que tenham origem em ordem remota emanada do tomador de serviços, a situação se equipara agora, para fins de caracterização do elemento subordinação jurídica, ínsita à relação de emprego, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

O poder diretivo e a subordinação não desaparecem no teletrabalho, apenas mudam de forma, para atender aos parâmetros estabelecidos e à operacionalização técnica da prestação de serviços. Altera-se a forma, mas a essência continua a mesma, podendo inclusive estarem mais incisivas e camufladas, até porque quanto maior a liberdade, maior também a responsabilidade.

## 5. O TELETRABALHO E O CONTROLE DE JORNADA

Importante ressaltar que o fato de a lei reconhecer a existência de subordinação jurídica nas modalidades de relação de trabalho apontadas, não significa que, no tocante aos temas trabalhistas que envolvem a duração do trabalho e seus limites, o trabalho realizado à distância deverá ter idênticas consequências jurídicas que o trabalho realizado no âmbito do empregador, sob a sua efetiva supervisão, vigilância e controle direto de cumprimento de carga horária.

Por isso, uma questão que até a presente data é motivo de debate quanto ao teletrabalho diz respeito ao controle da jornada e corolário lógico, as horas extras (se os trabalhadores possuem este direito ou não).

De um modo geral, os teletrabalhadores possuem os mesmos direitos dos demais trabalhadores, porém, dada a peculiaridade de suas atividades, em regra, não estão sujeitos a controle de jornada, daí não fazendo jus as horas extras, na forma do art. 62, I da CLT, que dispõe:

*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.*

Lado outro, caso o trabalhador tenha a sua jornada controlada pelo empregador, fará jus a percepção das horas extras. É justamente o que também entende Vólia Bomfim Cassar:

*Há forte presunção de que teletrabalhador não é fiscalizado e, por isso, está incluído na exceção prevista no art. 62, I, da CLT. Se, todavia, o empregado de fato for monitorado por webcâmera, intranet, intercomunicador, telefone, número mínimo de tarefas diárias etc., terá direito ao Capítulo "Da duração do Trabalho", pois seu trabalho é controlado. Aliás, o parágrafo único do art. 6º da CLT é claro no sentido de que "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" (CASSAR, 2012, p. 712).*

Nesse mesmo sentido, aduz Maurício Godinho Delgado:

*Claro que a operação de enquadramento dos fatos à regra jurídica não deve ser artificial e desproporcional, sob pena de conspirar contra seu próprio sucesso e validade. Desse modo, a circunstância de a lei permitir o enquadramento no pressuposto da subordinação dessas situações novas de prestação de serviços em home-offices e também em dinâmicas de teletrabalho, autorizando o reconhecimento do vínculo de emprego (se presentes os demais elementos fático-jurídicos dessa relação tipificada, é claro), isso não confere automático fôlego para se concluir pelo império de minucioso sistema de controle de horários durante a prestação laborativa. Nessa medida, o notável avanço trazido pela nova redação do art. 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. O alargamento do conceito de subordinação não importa, necessariamente, desse modo, no mesmo alargamento da concepção de jornadas controladas. Trata-se de conceitos e extensões distintos, de maneira geral (DELGADO, 2013, p. 921).*

É perfeitamente viável aplicar ao teletrabalhador as normas sobre jornada de trabalho, quando estiver em conexão permanente com a empresa que lhe controla a atividade e o tempo de trabalho. Afinal, esta é a regra, ao passo que o art. 62, I, da CLT, é a exceção. Não há incompatibilidade entre o teletrabalho e a jornada extraordinária.



Também não se pode concluir que o disposto no novo artigo 6º da CLT representaria a caracterização automática do regime de sobreaviso, sujeitando o empregador ao pagamento de horas de sobreaviso ao empregado, apenas porque este trabalha em regime de trabalho à domicílio, tendo em vista que são institutos distintos.

No que se refere ao regime de sobreaviso, a alteração trazida pela Lei nº 12.551/2011, de certa forma pressionou o Colendo Tribunal Superior do Trabalho a rever a Súmula nº 428 que trazia o entendimento de que o sobreaviso somente estaria caracterizado se o empregado permanecesse em casa, aguardando ligação do empregador. Ou seja, apenas se houvesse efetivo tolhimento da liberdade de locomoção do obreiro é que este faria jus às horas de sobreaviso.

Entretanto, com o advento da Lei nº 12.551/2011, o C. TST reviu o posicionamento até então adotado, passando a conceber a possibilidade de o uso de telefone celular ou equivalente poder representar sobreaviso, desde que revelado o efetivo controle patronal sobre o trabalhador, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de escalas plantão.

A nova redação da Súmula nº 428 do C. TST passou a vigorar com a seguinte redação:

*SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT*

*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.*

Assim, constatando-se, no caso concreto, o chamado "estado de disponibilidade" atrelado ao uso de meios eletrônicos de controle à distância, como é o caso do bip e do aparelho celular, o C. TST passa a admitir a caracterização do regime de sobreaviso, ainda que não haja limitação da liberdade de locomoção do empregado.

A Súmula nº 428 vem sendo devidamente efetivada, tanto pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, como pelos Egrégios Tribunais do Trabalho, conforme se verifica:

*RECURSO DE REVISTA. HORAS DE SOBREAVISO. No caso, de acordo com as premissas estabelecidas pelo Tribunal Regional, ficou evidenciado que o autor, nas horas destinadas ao seu descanso, esteve escalado em regime de plantão para ser acionado, via telefone celular, em situações de*

*emergência na empresa. O acórdão regional consignou inclusive a ocorrência de efetivo trabalho em domingos e feriados. Tal circunstância demonstra a existência de controle do empregador sobre o empregado, tolhendo-lhe a liberdade de locomoção, exigindo a sua permanência em um raio determinado de ação que lhe permita o deslocamento em tempo hábil, de forma a atender ao chamado patronal. Esse estado de expectativa constante, além de prejudicar a liberdade de ir e vir do empregado não permite o real e necessário descanso que o período de ausência de labor deveria proporcionar, gerando o direito às horas de sobreaviso, a teor do item II da Súmula 428 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 1888-44.2011.5.09.0195 Data de Julgamento: 13/11/2013, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/11/2013).*

E também:

*HORAS DE SOBREAVISO - USO DE CELULAR- SÚMULA Nº 428, ITEM II, DO TST. O empregado que fica aguardando ordens à distância, em regime de plantão ou equivalente, durante o período de descanso e submetido ao controle patronal por intermédio de instrumentos telemáticos e à distância, tem jus às horas de sobreaviso. Inteligência da Súmula nº 428, item II. (Processo: RR - 1157-48.2010.5.09.0562 Data de Julgamento: 06/11/2013, Relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013).*

Ainda:

*EMENTA: SOBREAVISO. CARACTERIZAÇÃO. Está em regime de sobreaviso, o empregado que, em período de descanso, for compelido a aguardar o chamado do empregador por celular para trabalhar a qualquer momento. Pela nova redação da Súmula nº 428, não é mais necessário que o empregado permaneça em casa para que se caracterize o sobreaviso, basta a configuração do "estado de disponibilidade" em regime de plantão, para que este adquira o direito ao benefício. (TRT da 3.ª Região; Processo: 00329-2011-028-03-00-0 RO; Data de Publicação: 19/12/2012; Órgão Julgador:*

Por conseguinte, em que pese a evolução tecnológica tenha permitido que o contato entre empregado e empregador, ocorresse a distância, não impossibilitou que o labor viesse a ser supervisionado, pelo contrário, os novos meios de comunicação permitem que a fiscalização seja realizada, inclusive de forma mais precisa e eficaz (e as vezes disfarçadas a olhos nu), o que não pode ser desprezado pelos operadores do Direito do Trabalho.

Assim, considerando que o trabalho realizado fora do estabelecimento empresarial é hoje uma realidade no meio laboral, é certo que a legislação e a jurisprudência devem acompanhar essa evolução, inserindo-a na realidade das relações de trabalho, sendo bons exemplos dessa conscientização o advento da Lei nº 12.551/2011 e a revisão da Súmula nº 428 do TST, sempre caminhando no sentido de ofertar ao trabalhador brasileira a devida proteção, que é a espinha dorsal do Direito do Trabalho.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Uma das grandes marcas do mundo moderno é, sem dúvida, a constante evolução tecnológica, que vem provocando, dia após dia, a relativização das distâncias, possibilitando um fluxo e transição cada vez maior de informações e pessoas, sem que seja necessário qualquer tipo de deslocamento físico. Os espaços geográficos encontram-se cada vez menores e mais próximos, as barreiras quase que inexistem (basta olhar os blocos econômicos) e o tempo mais curto e veloz.

Considerando a gênese legislativa que levou à alteração do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, conclui-se que a intenção do legislador foi o de incluir, expressamente, o trabalho realizado à distância dentre as situações equiparáveis ao do tradicional emprego (arts. 2º e 3º, da CLT).

Além da subordinação, a existência de contato físico entre empregado e empregador não é mais necessária para viabilizar a fiscalização da prestação de serviços e do cumprimento de horários, porquanto a realidade atual permite que os sujeitos da relação empregatícia sequer se encontrem e, mesmo assim, seja exercida efetiva supervisão acerca do desenvolvimento do trabalho, caracterizando, assim, o poder diretivo.

A par destas informações, cabe ressaltar que a alteração em comento teve um caráter nitidamente ampliativo, aumentando o espectro protetivo do Direito do Trabalho. Metaforicamente, pode-se comparar esta situação com uma colcha de retalhos, que vai sendo formada, através da junção de novos pedaços para assim ter sua dimensão estendida, podendo proteger cada vez mais pessoas. Enquanto que a linha seria a norma, os trabalhadores cor-

responderiam aos panos que unem-se uns aos outros através da costura, e juntos (costura-pano; norma-trabalhador) formam uma única coisa: a colcha de retalhos, que juridicamente seria o Direito do Trabalho, instrumento de inclusão social, melhoria da condição socioeconômica dos trabalhadores e distribuição de riqueza.

A Lei nº 12.551/2011 tratou de reconhecer as mudanças ocorridas no mundo pós-moderno e assim ofertou aos jurisdicionados brasileiros, que na hipótese de teletrabalho, preenchidos os todos os requisitos (elementos fático-jurídicos) da relação de emprego, através do uso de instrumentos telemáticos ou informáticos, deve ser declarado, reconhecido o vínculo empregatício.

Muito embora a norma ut supra, represente um avanço legislativo, algumas questões estão longe de ser resolvidas, como por exemplo, a questão do acidente de trabalho ou doenças ocupacionais. Exercido o trabalho à distância, como se certificar se o trabalhador está utilizando a postura adequada ou respeitando os intervalos intra e interjornada? Essas são apenas algumas das questões que ainda permanecem sem resposta e que, ao que tudo indica, serão respondidas pelo Poder Judiciário ao longo do tempo, à medida que as demandas lhe forem apresentadas, devendo ser consolidada através da respectiva jurisprudência (Orientação Jurisprudencial e Súmula do Colendo Tribunal Superior do Trabalho).

Portanto, percebe-se que o grande feito da Lei 12.551/11 foi reconhecer, legalmente, a existência da subordinação em uma nova modalidade de prestação de serviços, qual seja o trabalho a distância, garantindo, aos trabalhadores inseridos neste contexto, a proteção integral trabalhista, na conformidade do que já pugnavam tanto a doutrina como a jurisprudência, navegando na direção protetiva e humanística que deve ser o ponto basilar do Direito do Trabalho.

## **REFERÊNCIAS**

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BIESDORF, Solange Inês; SANTIAGO, Suely. Reflexões Contemporâneas de Direito do Trabalho. Curitiba: Rosea Nigra, 2011.

BRASIL. Lei n.12.551, de 15 dez. 2011. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Diário Oficial da União, Brasília, 16 dez. 2011.

CASSAR, Volia Bomfim. Direito do Trabalho. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.



CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. Súmula 428 do TST: sobreaviso, tecnologia e saúde do trabalhador. In: VIANA, Márcio Túlio et al (Org.). O que há de novo em direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2012. p. 241-245.

KOURY, Luiz Ronan Neves; ALMEIDA, Cleber Lúcio de; CANTELLI, Paula Oliveira (Coords.). Estudos de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho. Belo Horizonte: RTM, 2012.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Parassubordinação: para quê? In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda (Coords.). Parassubordinação. São Paulo: LTr, 2011, p. 33-49.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. Tratado de direito material do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Antônio Álvares. Na Vanguarda do Direito do Trabalho. Belo Horizonte: RTM, 2012.

VALVERDE, Eduardo. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.129, de 2004. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios de telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra.jsessionid=FO293D74F1C94359B51A9856C5B4C4B3.node1?codteor=201909&filename=PL+3129/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=FO293D74F1C94359B51A9856C5B4C4B3.node1?codteor=201909&filename=PL+3129/2004)>. Acesso em: 25 nov. 2013.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000.

#### **NOTAS DE FIM**

1 Doutorando e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG; especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Pitágoras de Belo Horizonte/MG; graduado em Direito pela Universidade Vila Velha/ES; Professor; Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais e Advogado. Bolsista CAPES.

2 Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG; especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes; Professora do Centro Universitários Newton Paiva; Professora da Faculdade de Pedro Leopoldo; Professora da Pós-Graduação da PUC-Minas e do Pitágoras; Analista Judiciário do TRT-3ª Região.

# O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO E A UNIÃO HOMOAFETIVA: A FUNDAMENTAL IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SOLUÇÃO DE UM DEBATE HODIERNO

Renat Nureyev Mendes<sup>1</sup>

RESUMO: Sabe-se que o "homossexualismo" existiu desde a antiguidade; e, ademais, aqui no Brasil não foi diferente, desde o início da sua história existiam indivíduos com uma orientação sexual diferente e, na época, atípica. Sendo assim, por que a Constituição Federal de 1988, a última Carta-Magna brasileira, já no final do século XX, não trouxe em seu texto a possibilidade de uma nova família composta de pessoas do mesmo sexo? Por que foi o poder judiciário, e não o legislativo, que teve, décadas depois, de resolver essa situação de uma forma contramajoritária? Tem-se aqui como escopo maior, a resposta dessas questões. Mas, pretende-se ainda, mostrar como funciona a questão do controle de constitucionalidade, do princípio majoritário e do princípio contramajoritário do Poder Judiciário. Para alcançar esses objetivos, foi feita uma pesquisa bibliográfica, através da utilização de livros e demais referências que tratam do assunto, e de documentos de cunho jurídico. Esse tema, envolvendo os homossexuais, ganhou destaque nessas últimas décadas; a discussão a cerca da União Homoafetiva intensificou-se com o advento do terceiro milênio, e isso foi percebido pelo Judiciário brasileiro que resolveu iniciar um debate a respeito disso para solucionar essa questão, já que não o fez o Poder Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: União Homoafetiva. Poder Judiciário. Princípio Contramajoritário.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Princípio majoritário e o Controle de constitucionalidade; 3. O Princípio contramajoritário e a proteção à minoria; 4. Homossexualidade e União homoafetiva; 5. Considerações finais; Referências.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional

---

## 1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, principalmente com o advento do terceiro milênio, as discussões sobre a questão da União Homoafetiva vêm se intensificando, e isso foi percebido pelo Poder Judiciário brasileiro, que foi provocado, estando, deste modo, em conformidade com o princípio da inércia, a iniciar um debate, por meio de seu Supremo Tribunal Federal (STF), em um julgamento conjunto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), para tentar "solucionar" essa questão.

Para isso, o judiciário teve de utilizar um mecanismo próprio que, definitivamente, só pode ser usado por ele mesmo, qual seja, o *poder contramajoritário*. Este tem o objetivo de contribuir com o controle de constitucionalidade, mesmo indo "contra" o interesse da maioria dos Cidadãos.

Aqui, nesta oportunidade, a fim de cumprir com os propostos escopos, e de modo a facilitar a leitura dos interessados, optou-se por dividir, de maneira didática, este trabalho em três distintos momentos. No primeiro, abordar-se-á o controle de constitu-

cionalidade, além de seu conceito e utilidade; e, outrossim, será mostrado o que é, e como se dá o princípio majoritário.

Na segunda parte, cumpre discutir o princípio inverso ao citado, isto é, o *contramajoritário*; além de ilustrar como e por que é feita a utilização desse princípio pelo Poder Judiciário, mostrando como aconteceu a discussão a respeito da União Homoafetiva aqui no Brasil; para se exemplificar a utilização, do princípio citado, pelo Poder Judiciário.

Em um terceiro e último momento, pensou-se em desenvolver o tema "Homossexualidade e União Homoafetiva". Pretende-se, nessa parte, refletir a cerca de algumas questões, indiscutivelmente de importância *sine qua non*, buscando, ademais, as suas respostas na história.

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

No início, os homens viviam, de acordo com Thomas Hobbes, em uma "Guerra de todos contra todos". O medo, nesse momento, reinava, fazendo, assim, com que esses indivíduos (chama-



dos, pelo referido autor, de *Selvagens*) matassem antes de serem mortos, prevalecendo, nesta época, a “lei do mais forte”.

Observando a frase: *homo homini lúpus*<sup>2</sup>, pode-se resumir o que Hobbes pensava acerca da sociedade “pré-contrato social”. Del Vecchio (2006) reforça essa ideia quando ele diz que, para o autor do *Leviatã* (1651)<sup>3</sup>, antes da instituição dos governos, existia uma *bellum omnium contra omnes*<sup>4</sup>. Assim, nesse estado da natureza, o direito era individual e ilimitado; existindo, portanto, um *jus omnium in omnia*<sup>5</sup>.

A fim de solucionar essa situação, e também por terem a necessidade de se relacionar socialmente (como dizia, entre outros, Aristóteles e São Tomás de Aquino<sup>6</sup>), sendo, portanto, um “Animal Político” ou um “Ser Social”, os homens se reuniram para celebrar um famoso e importante acordo: o Contrato Social. Deste, surgiu a Sociedade e o Estado, e com eles, o Direito. Aqui, cada homem abdicou de parte de sua liberdade, com o escopo de ter mais segurança. O Estado, neste momento, teria de cumprir com suas obrigações (deveres), e buscar o bem comum, já que ele era uma *reunião de vontades*.

Sobre essa questão, Hobbes coloca que:

*A conveniência de todo homem [é] sair desse estado de natureza, mísero e odioso, por causa dos perigos que a contínua guerra leva consigo. Mas isso somente é possível mediante um contrato, que tenha por conteúdo a renúncia de todos àquela liberdade sem freios própria do estado de natureza. Tal renúncia deve ser inteira, incondicionada, para que, de outra forma, não recaia na anarquia primitiva, em poder do desenfreado egoísmo individual (apud DEL VECCHIO, 2006, p. 77).*

Jean Jacques Rousseau vai mais além. Para ele não basta ter havido um momento inicial de legitimidade do Estado; torna-se, necessário, ainda que este processo de legitimação, da fundação do corpo político, estenda-se também para a máquina política em funcionamento (NASCIMENTO, 2006). Assim,

*para que o corpo político se desenvolva, não basta o ato de vontade fundador da associação, é preciso que essa vontade se realize. [...] Se a administração é um órgão importante para o bom funcionamento da máquina política, qualquer forma de governo que venha a adotar terá que submeter-se ao poder soberano do povo (NASCIMENTO, 2006, p.197).*

Percebe-se, portanto, que Rousseau valoriza e defende a supremacia da vontade da maioria. Hoje, ainda é a vontade da maioria que prevalece (Princípio Majoritário); todavia, às vezes, o

Poder Judiciário tem que usar de um princípio divergente e contrário (Contramajoritário) para defender a Constituição de seu País, e cumprir a sua função social. Sobre essa função, o judiciário, muitas vezes a faz através de mecanismos presentes nas Constituições Pós-modernas.

“O legislador originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na “Lei Maior” (LENZA, 2011, p. 219). Sendo assim, podemos, através de uma análise do termo, inclusive, deduzir que o controle de constitucionalidade serve para verificar se as legislações, os fatos sociais e as demais normas estão de acordo (em harmonia), com a constituição, que é a *carta magna* de um país. Pensando nisso, o Professor Bernardo Gonçalves (2011, p. 901) conceitua-o da seguinte maneira:

*O controle de constitucionalidade visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar.*

O Poder Judiciário, além de suas funções jurisdicionais, também partilha de algumas outras funções atípicas, tais como, a de administrar e a de legislar. Santos (2011, p. 34) discorre sobre isso, comentando que:

*A grande problemática no que diz respeito às funções atípicas é encontrar os limites para o exercício de tais funções, especialmente em relação ao Poder Judiciário que ao exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público é visto por membros dos demais Poderes como usurpador da função legislativa.*

Apesar desse “ciúme” dos outros poderes estatais, o judiciário deve pensar que o Direito, ainda que não escrito, é o mecanismo responsável pela organização da sociedade; e o controle de constitucionalidade, manejado pelo STF, funciona como mecanismo que garante a supremacia dos direitos fundamentais (SANTOS, 2011). E que em algumas situações, como explica Victor Marcel Pinheiro e Víglio Afonso da Silva (apud SANTOS, 2011, P. 34), exatamente por ser o guardião da Constituição,

*o STF exprime a idéia exposta acima de que a ele não é permitido inovar o sistema jurídico, mas apenas afastar aquelas que julgue em desacor-*

do com as normas constitucionais. A partir desta concepção, o Tribunal utiliza em suas decisões as expressões legislador positivo ou legislador negativo para diferenciar estas competências; neste sentido, o Tribunal somente poderia exercer as prerrogativas de um legislador negativo, ou seja, um órgão capaz apenas de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais; desta forma, caberia ao poder Legislativo à função de criar normas jurídicas, atuando como legislador positivo.

Nesse sentido, é perceptível que o controle judicial de constitucionalidade é de importância fundamental, pois, ele é uma forma de limitar o Poder Legislativo, pois nenhum Poder (função) estatal é soberano e todos estão sujeitos a algum tipo de controle para que não violem a Lei Maior, que é a Constituição (SANTOS, 2011).

Na democracia o poder emana do povo; nesse sentido, Santos (2011, p. 48) escreve que “um governo dotado de regime democrático é baseado na vontade da maioria do povo. O povo é soberano e pode exercer o poder direta ou indiretamente”.

Scandela (2012) deixa claro que o Princípio Majoritário é a coluna de uma sociedade democrática, pois esse princípio se trata do “governo da Maioria”, ou seja, do povo. Todavia, esse princípio não é absoluto; tem-se que entender que existe uma supremacia da Constituição em detrimento dele.

Levando-se em conta essa questão, do Princípio Majoritário ser o alicerce da democracia, o mais comum de se acontecer é que seja utilizado esse Princípio, pois acredita-se que, assim, o Estado Democrático de Direito estará fazendo *jus* à sua nomenclatura.

Entretanto, como veremos no próximo tópico, é mister que o poder judiciário se utilize, quando necessário, do princípio contramajoritário, para, deste modo, defender a constituição – cumprindo, dessa maneira, a sua função social de guardião que é do Texto Maior, como já mencionado.

### **3 O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO E A PROTEÇÃO À MINORIA**

Entende-se o Princípio contramajoritário como princípio justificador da atuação do Poder Judiciário contrária à vontade da maioria (SANTOS, 2011). Ele, portanto, atua contra as maiorias ocasionais em defesa de uma minoria protegida constitucionalmente pelos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta-Magna de um País.

Os poderes Legislativo e Executivo, escolhidos pelo povo em sua maioria, representam a população de um determinado território. Pensando nisso, Santos (2011, p. 60) coloca que “as atividades legisla-

tiva e executiva são exercidas pelos representantes diretamente eleitos pelo povo e, por isso, parecem representar a vontade da maioria”. Essa vontade “é a que em regra prevalece, porém deve-se observar que uma maioria parlamentar ocasional pode ser na verdade uma minoria dominante” (SANTOS, 2011, p. 61).

Em detrimento a esses poderes, o judiciário, que não tem em sua estrutura indivíduos escolhidos pelo povo, e que tem o dever de proteger a Lei Maior, quando o faz, utiliza-se de procedimentos pouco usuais, pois, realiza o controle de constitucionalidade contramajoritariamente, uma vez que os outros dois poderes atuam em nome da maioria.

Logo, o Contramajoritarismo é, de acordo com Vicente Paulo de Almeida (*apud* SANTOS, 2011, p. 60), “a atuação do poder judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor”.

A fim de exemplificar como funciona a utilização, pelo judiciário, desse tão citado princípio, tentaremos mostrar como se deu a solução jurídico-social encontrada para a questão hodierna da União Homoafetiva aqui no Brasil, mostrando quais foram os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para Legitimar esse direito constitucionalmente previsto.

Sabemos o quão importante é respeitar a Magna Carta de um País. Com o intuito de argumentar para resolver essa questão dos homossexuais no Brasil, o STF aplicou, com efeito, os princípios presentes, tanto na Constituição Federal, quanto nos Tratados internacionais assinados pela República Federativa do Brasil (sendo, portanto, uma extensão material de nossa Carta Política), ao caso propriamente dito.

Dessa forma,

*[a] nossa Constituição da República possui como princípios fundamentais (art. 1º da CR/88), dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, tem por objetivos (art. 3º da CR/88), entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (FERREIRA, 2012, p. 15).*

O discurso dos tratados (Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto São José da Costa Rica; entre outros...) segue os mesmos preceitos da nossa Constituição, dizendo, por exemplo, que todos são livres, iguais em dignidade e direitos, que devem ter uns para com os outros o espírito de fraternidade, além do respeito, tão defendido por todos esses documentos jurídicos.



No mesmo sentido, Renato Ângelo Salvador Ferreira (2012, p. 15) diz que:

*O Supremo Tribunal Federal (STF) observou não só o disposto na Constituição de 1988, como também o previsto nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e, sobretudo, o fez com expresso poder contramajoritário, atuando na proteção das minorias contra imposições discriminatórias e desarrazoadas das majorias, interpretando e aplicando o ordenamento jurídico em favor dos vulneráveis homoafetivos.*

No julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ<sup>7</sup>, "ao decidir que a união estável homoafetiva tem regime jurídico de entidade familiar, o STF assegurou a uma parcela minoritária da população o direito de não se esconder sob o manto da vergonha, de não se submeter à maioria" (FERREIRA, 2012, p. 16).

Destarte, "a pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo e pela Fundação Rosa Luxemburg traz um dado surpreendente: 99% dos brasileiros têm algum tipo de preconceito, ainda que velado, contra homossexuais" (DIAS, 2011, p. 163).

Otrossim, é importante destacar, nesse sentido, que 55% da População brasileira foi contra a decisão do STF, de acordo com uma pesquisa feita pelo *Ibope Inteligência*, entre os dias 14 e 18 de Julho de 2011, como escreve Reinaldo Azevedo, em seu Blog<sup>8</sup>. Nessa ocasião, foram entrevistados, de modo pessoal, dois mil brasileiros de todas as regiões, distribuídos por idade, sexo e classe de consumo. Apesar disso (desses dados), o Supremo Tribunal Federal não se intimidou e manteve a sua decisão, como deveria ser feito.

Inspirados na Declaração de Virgínia de 12 de junho de 1776, que continha em seu artigo primeiro a expressão *Felicidade* como direito dos indivíduos, os juristas e juriconsultos pós-modernos consideram muito esse direito, em especial. Tanto é que, Renato Ferreira, ao comentar a decisão do Judiciário brasileiro em relação a essa questão, observa, com efeito, que "foi uma demonstração fático-jurídica de implementação do princípio da isonomia na realidade social e jurídica brasileira, garantindo a implementação de direitos fundamentais em favor de um grupo de pessoas humanas que também tem o direito de ser feliz" (FERREIRA, 2012, p. 16). E foi pensando nisso que o judiciário brasileiro teve que contrariar a maioria, para buscar justiça para essas pessoas, que, como já citado, também têm o direito de serem felizes.

#### **4 O HOMOSSEXUALISMO E A UNIÃO HOMOAFETIVA**

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005) define, primariamente, o Homossexual como aquele que mantém, com um parceiro

de mesmo sexo, relações sexuais<sup>9</sup>. Todavia, esse autor, estribado nas ideias de Rivera (apud CRUZ), tenta mostrar que, a esse conceito, podem ser adicionados outros elementos, tais como as Fantasias eróticas e os beijos e abraços e demais carícias. Ou seja, esses elementos também contribuem na identificação e conceituação de um Homossexual.

Sabe-se que desde o início dos tempos, como apregoa estudiosos da história antiga, existiu indivíduos que se "interessavam" por pessoas do mesmo sexo que eles próprios. Os homens gregos, por exemplo, viam as suas mulheres como um "instrumento" para procriação, apenas. Amar mesmo era algo que acontecia entre os homens. E, na História do Brasil, não foi diferente. Desde o século XVI (ou mesmo antes disso, por parte dos Índios, como querem alguns autores) há relatos de envolvimento entre pessoas de mesmo sexo. Sob tal alicerce, pode-se fazer uma indagação específica: sendo indubitável a existência de homossexuais e de suas relações homoafetivas em toda a história brasileira, por que a Constituição Cidadã de 1988, já no final do Século XX, não trouxe em seu texto algo que contemplasse esse grupo social em questão? Por que essa intervenção teve de ser feita pelo Poder Judiciário, e não pelo Poder Legislativo (inclusive, pelo Constituinte Originário)?

As possíveis respostas para essas questões podem ser buscadas na história. "A liberdade sexual na atualidade é vista com absoluta intolerância, escárnio e desprezo pela sociedade" (CRUZ, 2005, p. 76). E isso se dá por causa de alguns antecedentes históricos. Sempre houve uma condenação, por parte da Igreja, dessas práticas homossexuais, e isso contribuiu para que se tentasse impedi-las de qualquer jeito. Até a Ciência, no século XIX, entrou nessa, tentando encontrar um modo de condenar o Homossexualismo. Tanto é que os Professores Edson Pires da Fonseca e Paulo Hermano Soares Ribeiro (2012, p. 75) discorrem sobre isso dizendo:

*Até mesmo a ciência médica, eventualmente subjugada pela ética religiosa, sugeriu por longo tempo que a homossexualidade fosse uma patologia, daí utilizar o sufixo 'ismo' que denota condição patológica, e se referir ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo como homossexualismo. Somente na décima revisão da classificação internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde, houve exclusão do Homossexualismo como doença.*

Ou seja, "de fato, a homoafetividade foi pensada oficialmente como doença até 1993, quando a Organização Mundial



da Saúde deixou de tratá-la como desvio ou transtorno sexual” (RODRIGUES, 2008, p. 63).

Com isso, percebe-se que o *Constituinte Originário* dificilmente trataria, na Constituição, sobre a temática do Homossexualismo, pois a homofetividade era tratada como doença até 1993, cinco anos após a nossa Carta-Magna entrar em vigor. Mesmo assim, cabe, nesse contexto, a pergunta: e de 1993 até 2011<sup>10</sup>, por que o legislador não tomou providências? Bem, Pires e Ribeiro (2012, p. 76) entendem que “sua invisibilidade no sistema jurídico positivado apontava (e no Brasil ainda aponta) para uma cegueira de conveniência, sem jamais comprometer-lhe a existência e o significado”.

Maria Berenice Dias (2011) acredita que o número espantoso, já supracitado, em que quase cem por cento dos brasileiros têm algum tipo de preconceito, ilustra bem a situação e contribui para compreender o silêncio do legislador. Para ela, “a resistência em aprovar qualquer proposta de emenda constitucional ou projeto de lei que assegure direitos e resguarde as uniões homoafetivas é para lá de injustificável, e isso evidencia uma postura discriminatória e preconceituosa” (DIAS, 2011, p. 163).

A Ex-Desembargadora, Maria Berenice, entende que:

*A omissão covarde do legislador infraconstitucional de assegurar direito aos homossexuais e reconhecer seus relacionamentos, ao invés de sinalizar neutralidade, encobre grande preconceito. O receio de ser rotulado de homossexual, o medo de desagradar o eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação de qualquer norma que assegure direitos à parcela minoritária da população alvo de discriminação (DIAS, 2011, p. 168).*

Em 2011, o STF tratou dessa questão, como já citado em tópico anterior, reconhecendo a União Estável Homoafetiva no Brasil. Mas, a pergunta que se faz é: como ficará, daqui para frente? Os Casais homoafetivos ficaram satisfeitos? Do jeito que está, para esses Casais, ficou melhor do que antes; todavia, eles querem mais, querem a possibilidade de se casar e, por que não, de adotarem filhos, visto que, agora, são reconhecidos como uma família ou, pelo menos, uma entidade familiar.

Nesse diapasão, foi o poder judiciário que solucionou essa questão mesmo sendo do “poder legislativo a obrigação de resguardar o direito de todos os cidadãos, principalmente de quem se encontra em situação de vulnerabilidade” (DIAS, 2011, p. 168), que é o caso dos homossexuais.



Figura 1: Capas das revistas: *Veja* e *Época* do mês de Abril do ano de 2013<sup>11</sup>.

Sobre esse assunto, a questão que foi colocada em pauta nos últimos tempos pelos meios de comunicação, foi o fato de Daniela Mercury, cantora baiana, famosa pela sua música, assumir (ou comunicar, que é como ela prefere) um relacionamento gay com Malu Verçosa, jornalista. Segundo Adoniran Peres, Correspondente do *The Christian Post*<sup>12</sup>, esse fato foi valorizado por dois dos principais veículos de comunicação impressa da nação, quais sejam, os periódicos: *Veja* e *Época* (vide a figura 1), que, já nas capas, abordaram o assunto, impactante que foi.

Acredita-se que esse fato (o “namoro” homoafetivo da cantora com a jornalista), com a contribuição da mídia, irá proporcionar uma grande força política para a luta dos casais homoafetivos pelo reconhecimento jurídico-social. Ambas as revistas tratam dessa questão como inadiável, depois do acontecido. E agora, Brasil? Como resolver essa questão? Será que o Princípio Contramajoritário do Poder Judiciário terá de ser acionado mais uma vez? Ou os Legisladores irão tomar a frente para a solução dessa questão? Essas perguntas, que ainda não podem ser respondidas, ficarão, portanto, no plano dos debates sociais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse trabalho procurou-se demonstrar, através de uma pesquisa sobre o princípio contramajoritário, que ele se faz presente no direito brasileiro e deve, sempre que necessário, ser acionado pelo Poder Judiciário.

Com a pretensão de ilustrar como o referido princípio é utilizado, buscou-se demonstrar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que tratava sobre a questão da União Homoafetiva.

Nesse julgamento, com a contribuição do mecanismo de Contramajoritariedade, “no desempenho de sua jurisdição constitucional, o STF garantiu proteção a um grupo minoritário exposto a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econô-



mica e política, vitimado pela intolerância, perseguição e discriminação” (FERREIRA, 2012, p. 17). Portanto, entende-se que o direito, no caso, o brasileiro, foi muito *feliz* em ter dado mais esse passo em direção à justiça. Acredita-se, outrossim, que isso tenha sido uma “evolução” nas ciências sociais e jurídicas, que atualmente têm olhado com mais sensibilidade para as questões com que se deparam. Entretanto, a situação dos casais homoafetivos ainda pode ser melhorada, ou seja, essa questão continua com a luta desses por uma melhor situação perante a Sociedade e o Direito.

Todavia, discorda-se, nessa oportunidade, que essa *questão dos casais homoafetivos* é inadiável, como quer a capa e a reportagem da *Revista Veja*. Entende-se, aqui, que existem questões mais urgentes para se tratar na política e no direito brasileiro, tais como: a reforma política, a reforma tributária, a questão da corrupção, a *inadiável* melhoria da educação, saúde e segurança no país, entre outras.

Ratificando o que foi exposto no parágrafo acima, tem-se as manifestações ocorridas no Brasil, principalmente no mês de junho deste ano de 2013, que cobravam melhorias nesses pontos já elencados. Entretanto, essa é outra história que ficará para outro artigo. O que se quis mostrar nessa parte final dessa conclusão é que o povo, detentor de todo poder político da nação, tem outras prioridades em relação à questão central desse trabalho, e, aqui, concorda-se com esse posicionamento.

## 6 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. União Civil dos Homossexuais contrariam 55% dos brasileiros. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/uniao-civil-de-homossexuais-contraria-55-dos-brasileiros-revela-pesquisa/> >. Acesso em: 15 de Abril de 2013.

\_\_\_\_\_. Daniela Mercury tem “esposa” e também criticou Feliciano. Então tá. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/daniela-mercury-tem-esposa-e-tambem-criticou-feliciano-entao-ta/> >. Acesso em: 15 de Abril de 2013.

BARRAL, Welber Oliveira. Metodologia da Pesquisa Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

CARELLI, Gabriela. A Revelação. *Revista Veja*, São Paulo, Ed. Abril, p. 68-78, Abr. 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social e mulheres, negros, homossexuais e

portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DALLARI, Dalmo. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEL VECCHIO, Giorgio. História da Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Legislação brasileira e homofobia. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. Diversidade sexual e homofobia no Brasil. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Renato Ângelo Salvador. A importância do papel contramajoritário assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, n.24, p.15-18, set./dez., 2012.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFORT, Francisco Correa (org.). Os clássicos da Política: volume 1. São Paulo: Ática, 2006.

OSHIMA, Flávia Yuri et al. Depois daquele beijo. *Época*, São Paulo, Ed. Globo, p. 72-79, Abr. 2013.

PERES, Adoniran. Com Daniela Mercury na capa, *Veja* e *Época* trazem discussão sobre casamento gay. Disponível em: < <http://portugues.christianpost.com/news/com-daniela-mercury-na-capa-veja-e-epoca-trazem-discussao-sobre-casamento-gay-15676/> >. Acesso em: 15 de Abril de 2013.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da. Casamento e Divórcio na Perspectiva Civil Constitucional. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

RODRIGUES, Rodrigo Cavalheiro. Proposta de Classificação Jurídica da União Homoafetiva e seu reconhecimento familiar. In: *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*. Vol. 3, n. 2. p. 61-74. Montes Claros (MG): Editora Fundação Santo Agostinho, 2008.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. O Princípio Contramajoritário como característica do Controle de Constitucionalidade. 2011. 76 f. Monografia apresentada na Faculdade de Direito das faculdades integradas Antônio Eufrásio de Toledo para obtenção de Bacharel em Direito.

SCANDELA, Alice Linares de Oliveira. O Princípio Contramajoritário como elemento limitador do Direito Penal do Inimigo. 2012. Monografia apresentada na Faculdade de Direito das faculdades integradas Antônio Eufrásio de Toledo para obtenção de Bacharel em Direito.

## NOTAS DE FIM

- 1 Graduado em História pela Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes. Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA (5º Período) - (e-mail: renatnureyev@yahoo.com.br).
- 2 "O homem é um lobo para o homem".
- 3 Thomas Hobbes
- 4 "Guerra de todos contra todos".
- 5 "Direito de todos contra tudo".
- 6 Para Aristóteles, "o homem é um animal político [...], isto é, chamado pela sua própria natureza à vida política" (DEL VECCHIO, 2006, p. 25). São Tomás de Aquino, influenciado por Aristóteles, concorda com este quando diz que "o Estado [...] deriva da natureza social do homem" (DEL VECCHIO, 2006, p.47).
- 7 Foi no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que se discutiu se era possível equiparar a união entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, prevista no artigo 1.723 do Código Civil (CC).
- 8 AZEVEDO, Reinaldo. União Civil dos Homossexuais contrariam 55% dos brasileiros. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/uniao-civil-de-homossexuais-contraria-55-dos-brasileiros-revela-pesquisa/> >. Acesso em: 15 de Abril de 2013.
- 9 Aqui, enxergar-se-á o Homossexual como aquele que sente atração por alguém de mesmo sexo que ele, e com este deseja relacionar-se.
- 10 Ano em que foi julgado a ADI 4277/DF e a ADPF 132/RJ.
- 11 Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/chamegente/materias/1495163-revistas-nacionais-destacam-casamento-gay-de-daniela-mercury>
- 12 The Christian Post é uma famosa fonte de notícias cristãs nos Estados Unidos e na maior parte do mundo.



# A ÉTICA DE ARISTÓTELES E A ÉTICA DE KANT: A PROPÓSITO DE UM BREVE COTEJO

Maurílio Santiago<sup>1</sup>

“ἡθὸς ἀνθρώπων δαίμων”

Heráclito de Éfeso, DK, 22, B, 199.

“O que não quereis que vos façam, não o façais a nenhum outro”.

MT. 7, 12; LC 6, 31

“Existir, se não se entende por isto um simulacro da existência, não pode realizar-se sem paixão. A existência ela própria, o existir, é um esforço, simultaneamente patético e cômico; patético, porque o esforço é infinito, ou seja, dirigido para o infinito, porque é realização do infinito, o que significa o mais alto pathos; cômico, porque o esforço é uma contradição interna. Do ponto de vista patético, um segundo tem um valor infinito; do ponto de vista cômico, dois mil anos são uma brincadeira.”

Kierkegaard

RESUMO: Nosso texto tem por objetivo traçar as grandes linhas que compõem a ética de Aristóteles e a Ética de Kant, tendo por objeto de investigação o fato de a ética aristotélica ser pautada na experiência, “A POSTERIORI”, e a ética Kantiana ser fundamentada em princípios estritamente racionais, ou seja, princípios “A PRIORI”.<sup>2</sup> Desse modo acreditamos ter nos referido, no contexto vasto que é a Ética, a dois pensadores cuja filosofia moral exerceu uma enorme influência no pensamento do Ocidente e cujo cotejo de seus traços fundamentais no que se refere à ética ser importante.

SUMÁRIO: 1. Aristóteles: a contemplação de Deus como o bem supremo; 2. Kant e a ética racionalista.

## 1 ARISTÓTELES: A CONTEMPLAÇÃO DE DEUS COMO O BEM SUPREMO

Aristóteles é o fundador da Ética como “ciência prática”, em contraposição à ética como “ciência teórica” almejada por Platão. Se por um lado a ética de Platão é a fundamentação da ética socrática da virtude numa ontologia do Bem (τό ἀγαθόν), na medida em que a ideia do Bem tem um alcance ontológico (princípio primeiro de toda a realidade) e um alcance ético (como princípio da ἀρετή fundamental que é a justiça e que tem de realizar-se na totalidade – indivíduo, cidade, cosmos) e, como tal, assume assim a forma de uma ciência suprema; por outro lado a ÉTICA aristotélica busca apresentar uma noção de Bem não mais unívoca e separada, como a Ideia do Bem (Platão), mas a noção de Bem passa a ser uma noção analógica (λέγεται πολλαχῶς), e a ÉTICA então é compreendida como a ciência do BEM no indivíduo, assim como a POLÍTICA é a ciência do Bem na πόλις.<sup>3</sup> senão, vejamos.

Na ÉTICA A NICÔMACO<sup>4</sup> Aristóteles inicia partindo da seguinte tese, a saber: “Toda arte (τέχνη) e toda investigação (μέθοδος) e igualmente toda ação (πράξις) e todo propósito

(προαίρεσις) tendem para algum bem, segundo o que parece (δοχεί). Por isso tem-se declarado com razão que o Bem é aquilo a que todas as coisas tendem”.<sup>5</sup> Logo no início encontramos sem nenhum rodeio a tese geral da obra. Nela alguns elementos são, a nosso ver, fundamentais. Primeiro nosso autor tem um cuidado especial em mostrar que cada coisa, na sua especificidade, tem seu bem apropriado para o qual ela tende; como observa Tricot, causa final e Bem são idênticos. Seja a arte em geral, que visa a realização de uma obra exterior ao próprio artista, ao próprio homem (τεχνίτης; ποιητής), seja a ação, cujo fim é imanente ao próprio homem (“europraxie”), seja também a propósito (προαίρεσις), compreendido como a escolha racional, deliberada e refletida, na qual todos tendem para algum Bem. Outro ponto importante é a presença do termo δοχεί, ao nos mostrar que Aristóteles parte ora da opinião comum, ora da opinião de algum outro filósofo, característica muito presente na obra de um pensador que tem um espírito agudo da História, ora da sua própria opinião. É a partir desse conjunto de opiniões que se dá início a investigação filosófica sobre a moral, e

só depois, à luz da Razão, que poder-se-á dizer que há uma total evidência dos fatos. Como mostra Ticot, “O verbo *δοχεiv* se distingue de *φαινεσθαι*, que indica a evidência dos fatos”.

A ÉTICA aristotélica parte dos fatos, embora seja sabido que em Aristóteles não há uma ética empirista e ou utilitarista como em Hobbes, na medida em que ela expressa um princípio fundamental da ética antiga, a saber, a teleologia do Bem e a aceitação da ideia universal de “fim” e de “natureza”. Todavia poderíamos dizer, em sentido lato, que a Ética aristotélica é uma ÉTICA A POSTERIORI, vem a ser, em termos de método, uma ética que parte primeiro do conflito das opiniões para chegar ao conceito filosófico. Ao invés de partir A PRIORI como no raciocínio apodíctico, que toma primeiro os princípios e as causas para depois atingir as consequências e os efeitos, Aristóteles adota um método inverso, se quisermos, A POSTERIORI, isto é, parte dos fatos para remontar por indução (*ἐπαγωγή*) até aos princípios. Tal é o caminho utilizado pelo estagirita para tratar da realidade moral e social, pois nesse contexto não se obtém uma clareza de definições como nos axiomas matemáticos e, deve-se, portanto, partir da experiência, diz Aristóteles:

*Não esqueçamos a diferença que existe entre os argumentos que partem dos princípios e os que voltam para eles (...). É necessário, com efeito, partir das coisas conhecidas e, uma coisa é dita conhecida em dois sentidos, seja para nós (ἡμιν), seja de uma maneira absoluta (απλώς). Sem dúvida devemos partir das coisas conhecidas para nós.*<sup>6</sup>

Estabelecido pois o método, Aristóteles irá desenvolver um ponto nodal da sua ÉTICA, vem a ser, construir uma filosofia da moral que deva permitir estabelecer as condições de BEM-estar ou felicidade (*ευδαιμονία*) do cidadão. A Felicidade assume na ÉTICA aristotélica um caráter fundamental. A Felicidade como Bem Humano tem um caráter teleológico e no interior da ÉTICA A NICÔMANO são analisados diversos tipos de Felicidade que se referem a diversos tipos de vida postas pelo filósofo dentro de uma hierarquia, ao nosso ver melhor ilustrada na figura da pirâmide, cujo ápice é a Vida do Sábio que encontra a Felicidade na contemplação (*τεωρία*) do SUMO BEM. Diz Aristóteles: “Do momento em que toda escolha deliberada aspira a algum Bem, que afirmamos ser os objetivos da ciência política, de outro modo diz que é de todos os bens realizáveis aquele que é o Bem Supremo. Sobre seu nome, em todo caso, a maioria dos homens estão de acordo: é a FELICIDADE, tanto no dizer do vulgo como no dizer dos sábios, todos assimilam o fato de Bem Viver e de Bem agir ao fato de ser FELIZ.

Diferem, porém, quanto ao que seja a FELICIDADE, e o vulgo

não o concebe do mesmo modo que os sábios”.<sup>7</sup>

Aristóteles irá buscar a definição da natureza da Felicidade (*ευδαιμονία*) a partir do conflito gerado pelas diversas opiniões. Na busca de uma solução (*λυσις*) a esta aporia (*απορία*) são colocados dois argumentos defensáveis, um ligado ao vulgo (*οί πολλοί*) outro aos sábios (*οί χρηριητής; σοφοί, αγαθοί*), donde se chegará à verdade, ao conceito do que vem a ser a FELICIDADE, que passará a ser então o princípio (*αρχη*)<sup>8</sup> para se estabelecer a filosofia moral.

O estagirita reconhece a importância dos bens externos, como por exemplo, a riqueza, porém estes têm por vista outra coisa, são apenas meio e, portanto, não podem ser o fim perfeito (*τέλειος*), ao passo que o Soberano Bem é, com toda evidência, alguma coisa de perfeito.<sup>9</sup> Desse modo Aristóteles irá identificar o fim perfeito, o Soberano Bem, com a Felicidade, “Vê-se pois que a felicidade é algo de perfeito e auto-suficiente (*αὐταρχεια*), e é o fim de nossas ações”.<sup>10</sup>

Aristóteles assim irá definir a Felicidade como a função própria do homem, afirma: “O simples fato de viver é, com toda evidência, uma coisa que o homem possui em comum mesmo com os vegetais; ora, o que nós procuramos é aquilo que é próprio do homem”.<sup>11</sup> Assim, são refutados a nutrição e a percepção que igualam o homem às bestas. Com efeito, diz ele: “resta pois uma certa vida prática da parte racional da alma, parte que pode ser considerada, de uma parte, no sentido no qual ela esta submetida a Razão, e, de outra parte, no sentido no qual ela possui a Razão (*λογος*) e exerce o pensamento”.<sup>12</sup> Ora, se a “Vida do elemento racional” tem dois sentidos, a referência aqui é a vida “no sentido da atividade, pois essa parece ser a aceção mais própria do Termo”. Desse modo chega-se ao conceito de Felicidade que não é, senão “uma atividade da alma conforme a Razão”.<sup>13</sup>

*Se a unção do homem consiste em um certo gênero de vida, isto é, em uma atividade da alma e das ações acompanhadas de Razão; se a função de um homem virtuoso é a de realizar esta tarefa, e realizar bem e com sucesso cada coisa, quanto mais estando bem cumprido no momento em que ela é segundo a excelência que lhe é própria - nessas condições é que o Bem para o homem consiste em uma atividade da alma em acordo com a Virtude (*αρετη*), e, em se tratando de várias Virtudes, em acordo com a mais perfeita entre elas.*<sup>14</sup>

A mais perfeita entre elas é a **σοφία** (*sophia*, sabedoria, filosofia), a Vida contemplativa, que é a suprema Felicidade.

Urge ressaltar que a ÉTICA aristotélica é também uma doutrina do justo-meio (*μεσότης*), no qual consiste a Virtude (*αρετη*) e também a investigação das possibilidades para a escolha



(προκρίσεις) do justo-meio. Tal é o longo caminho percorrido no livro II da ÉTICA A NICÔMACO, no qual Aristóteles distingue os diferentes tipos de Virtude, ligadas as duas partes da alma, a saber, o lado concupiscente e o puramente racional, daí a construção de uma espécie de tabua das Virtudes.

Todavia, o ponto importante que queremos ressaltar refere-se à contemplação (τεωρία) do Sumo Bem com a Suprema Felicidade. No final da ÉTICA A NICÔMACO Aristóteles chegará à conclusão de que "se a felicidade é uma atividade conforme a Virtude, será razoável que ela esteja também em concordância com a mais alta Virtude; essa será a Virtude da parte mais nobre que há em nós".<sup>15</sup> Nosso filósofo refere-se à, a σοφία (Sophia), a Virtude do vouç (Nous), cuja atividade é a especulação pura (Θεωρία). A σοφία (Sophia, Sabedoria) é o que há de divino em nós e, com efeito, é através dela que alcançamos a perfeita felicidade; "sua atividade conforme a Virtude que lhe é própria será a perfeita felicidade".<sup>16</sup>

Oito argumentos<sup>17</sup> irão dar razão ao fato de ser a CONTEMPLAÇÃO a Suprema Felicidade e a mais alta Virtude. Ei-los:

PRIMEIRO ARGUMENTO - A Razão é a melhor parte que há em nós e seus objetos são também os mais altos de todos os objetos cognoscíveis. Os objetos de contemplação do vouç (Nous) são as verdades da matemática, da filosofia da natureza e da metafísica, que formam os três ramos da sabedoria teórica; mas na hierarquia das ciências teóricas é a metafísica que ocupa o primeiro lugar, em razão da suprema e absoluta realidade de seu objeto, vem a ser, DEUS.

SEGUNDO ARGUMENTO - A Vida teórica ou a contemplação é a mais contínua. Esse caráter de continuidade é, embora de forma muito menos elevada, semelhante ao primeiro Motor; ἡ νόησις νόητως νόησις.

TERCEIRO ARGUMENTO - A atividade segundo a sabedoria é a mais aprazível das atividades conforme a Virtude.

QUARTO ARGUMENTO - A contemplação possui o caráter de auto-suficiência (αὐτάρκεια), independência, incondicionalidade.

QUINTO ARGUMENTO - A atividade teórica é um fim em si mesmo e desinteressado, na medida em que ela tem a meta suprema.

SEXTO ARGUMENTO - A atividade teórica possui uma espécie de lazer que lhe é próprio.

SÉTIMO ARGUMENTO - A atividade teórica é o que há de mais divino no homem, ou ainda, "a Vida contemplativa, atividade nobre e beatificante, é contínua e eterna no Primeiro Motor, o homem não pode experimentá-la senão em raros momentos (μικρόν χρόνον) no qual nosso intelecto se torna ato".

OITAVO ARGUMENTO - A contemplação é a Verdadeira vida do homem. Se todo ser, com efeito, se define por sua essência, o homem se define por sua alma, e a função da alma não é senão a atividade segundo o vouç (Nous), aí reside a essência do homem. Diz Aristóteles: "Para o homem a Vida conforme a

Razão é a melhor e mais aprazível, já que a Razão, mais que qualquer outra coisa, é o homem. Donde se conclui que essa Vida é também a mais feliz".

Ora, se a felicidade encontra-se na Contemplação (Θεωρία) do Sumo-Bem poderíamos perguntar: Como Aristóteles define o Sumo-Bem? Nesse momento a questão que se põe não é mais a do conhecimento dos fatos, cujo método de investigação próprio da filosofia moral reside ao redor da pergunta pelo o quê (ὅτι), mas, sim, a busca pela causa, pela essência, pelo porquê (διότι). Somos assim remetidos à METAFISICA, em especial ao livro Δ, onde Aristóteles prova a primazia da substância e nos fornece o seu conceito. Lembremos que esta obra e em especial o célebre livro constitui, a nosso ver, uma das mais belas páginas escritas pelo gênio de Aristóteles e que, sem dúvida, irá marcar com uma força caracterizante ímpar a cultura ocidental. Nela Aristóteles mostra a necessidade de um primeiro Motor eterno, cuja essência seja não sensível, mas imóvel, eterna, incorruptível e dotada de um movimento eterno e circular. Pois diz Aristóteles: "É preciso que exista um princípio tal que sua substância seja ato mesmo". Essa substância é ato, pois se fosse potência, haveria um momento no qual nada tivesse existido, o momento do não-ser. "O mundo de toda eternidade é o que é se o ato é anterior à potência".

Assim, Deus, forma pura e transcendente, ser supremo, é a soma e o termo da série das formas, desenvolvidas entre o pólo da matéria e o pólo do Pensamento Puro. Ele não tem outra condição senão ele mesmo, Ele é a realidade por excelência, que confere ao resto existência e inteligibilidade. Tudo o que há participa em algum grau, e em alguma medida de sua Perfeição. Deus é um ser absolutamente real, absolutamente livre de toda matéria e de toda potência. Ato Puro, que informa tudo e não é informado por ninguém, é, assim, causa formal e suprema inteligibilidade, que em si contém tudo o que é inteligível. Com efeito Deus é, por si mesmo, causa final, Soberano Bem, atração e animação universal, objeto último do amor e do desejo, tudo aspira por sua atividade, a imitar a Vida eterna e perfeita, que é o próprio Deus; ato puro, Primeiro Motor, eterno e imóvel, pensamento do pensamento. Ora, Deus não é possuidor da Vida, mas é a própria Vida, ato puro, e a Vida contemplativa, a contemplação de Deus, do Soberano Bem, é o fim da Vida prática e o ideal de toda Vida. "Este caráter divino da inteligência se encontra no mais alto grau da inteligência divina, e a contemplação é a beatitude perfeita e soberana, o gozo supremo e a soberana felicidade".<sup>18</sup>

## 2 KANT E A ÉTICA RACIONALISTA

Kant é a expressão máxima da ética racionalista, de caráter abstrato, que culmina na ética do DEVER (Imperativo Categórico) e na universalidade da Razão, segundo o otimismo da

AUFKLÄRUNG. Para Kant a Filosofia deve indagar sobre as possibilidades e limites da Razão no campo das três interrogações fundamentais que são respondidas pela ciência, pela ÉTICA e pela Religião: o que posso saber? O que deve fazer? O que me é permitido esperar?

No "Prefácio" da FUNDAMENTAÇÃO DA METAFÍSICA DOS COSTUMES Kant aceita a divisão da Filosofia (de origem estóica) em Física, Ética e Lógica. A lógica pertence à Filosofia formal e ocupa-se apenas da forma do Entendimento e da Razão em si mesmas e das regras universais do pensar em geral, sem distinção do objeto. Já a Física e a Ética pertencem à Filosofia material, isto é, "ocupam de determinados objetos e das leis a que eles estão submetidos", desse modo a Física trata das "leis da natureza" e a ÉTICA ou "DOCTRINA DOS COSTUMES" (SITTENLEHRE) trata das "leis da liberdade".<sup>19</sup>

A intenção de Kant é, pois, fundamentar a moral em princípios estritamente racionais, ou seja, princípios "A PRIORI". Essa é a tarefa a que se propõe a METAFÍSICA DOS COSTUMES. Isso porque Kant sabe que só é possível uma ÉTICA se, e somente se, esta estiver fundamentada na Metafísica. Diz ele:

*A lei moral, na sua pureza e autenticidade (e é exatamente isso o que importa na prática), não se deve buscar em nenhuma outra parte senão numa Filosofia pura, e esta (Metafísica) tem que vir portanto em primeiro lugar, e sem ela não pode haver em parte alguma uma Filosofia moral; e aquela que mistura os princípios puros com os empíricos não merece mesmo o nome de Filosofia (pois esta distingue-se do conhecimento racional comum exatamente por expor em ciência à parte aquilo que este conhecimento só concebe misturado); merece ainda menos o nome de Filosofia moral, porque, exatamente por este amálgama de princípios, vem prejudicar até a pureza dos costumes e age contra a sua própria finalidade.<sup>20</sup>*

Com efeito, a concepção Kantiana da moral se estrutura, assim, em três móveis que correspondem às três seções dos FUNDAMENTOS DA METAFÍSICA DOS COSTUMES.<sup>21</sup>

1) "Primeira seção: transição do conhecimento moral da razão vulgar para o conhecimento filosófico". Nesse conhecimento moral da razão vulgar aparecem duas noções centrais: a noção de "boa-vontade" (GUTER WILLE) e a noção de Dever (PELICHT) que lhe é correspondente." ... A necessidade das minhas ações por puro respeito à lei prática é o que constitui o dever, perante o qual tem de ceder qualquer outro motivo, por que ele é a condição e uma vontade boa em si, cujo valor é

superior a tudo."<sup>22</sup>

2) "Segunda seção": Transição da Filosofia moral popular para a METAFÍSICA DOS COSTUMES". Na METAFÍSICA DOS COSTUMES serão definidos rigorosamente as noções de: Lei, Valor absoluto e necessário ou A PRIORI da Razão Pura no seu uso prático; dever, necessidade de uma ação com respeito à lei. É um "A PRIORI" da Razão Pura no seu uso prático e, portanto, não é derivada da experiência; Vontade, "tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou só ele tem uma vontade. Como para derivar as ações das leis é necessária a Razão, a Vontade não é outra coisa senão Razão Prática", Imperativo, fórmula do mandamento ou dever, "a representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para uma vontade, chama-se um mandamento (da Razão); e a fórmula do mandamento chama-se Imperativo". O Imperativo se divide em hipotético, quando diz respeito aos meios, e Categórico, quando se prescreve uma ação objetivamente necessária por si mesma, ou "se a ação é representada como boa em si, por conseguinte, como necessária numa vontade em si conforme a Razão como Princípio dessa Vontade, então o Imperativo é Categórico".

O Imperativo Categórico universaliza a máxima que tem caráter subjetivo. As duas principais fórmulas que Kant propõe do Imperativo Categórico são<sup>23</sup>:

- "Age como se a máxima de tua opção devesse tornar-se, por tua vontade uma lei universal da natureza".
- "Age de tal modo que trates sempre a humanidade, seja na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e nunca como um meio".

O fim é compreendido como aquilo que serve à Vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação (ZWECK); e quando este princípio é dado pela só Razão, ele tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. O meio é o que contém apenas o princípio da possibilidade da ação, cujo efeito é um fim. Explicita Kant:

*O princípio subjetivo do desejar é o móbil, o princípio objetivo do querer é o motivo; daqui a diferença entre fins subjetivos, que assentam em móveis e objetivos, que dependem de motivos, válidos para todo o ser racional. Os princípios práticos são formais, quando fazem abstração de todos os fins subjetivos; mas são materiais quando se baseiam nestes fins subjetivos e portanto em certos móveis.<sup>24</sup>*

3) "Terceira seção: último passo da Metafísica dos Costumes para a Crítica da Razão prática". Aqui Kant coloca a questão sobre a possibilidade de um Imperativo Categórico. O pressuposto da



Crítica da Razão Prática é a liberdade como FAKTUM a priori e, portanto, constitutivo da Razão Pura enquanto prática. A prioridade da Razão Prática implica, por sua vez, a autonomia do sujeito moral e o chamado formalismo ético, ou seja, a exclusão dos conteúdos "A POSTERIORI" da sensibilidade na determinação da norma na moralidade. Em Kant o sujeito ético é, eminentemente, a pessoa racional.

Nos FUNDAMENTOS DA METAFÍSICA DOS COSTUMES e na CRÍTICA DA RAZÃO PRÁTICA Kant efetua uma espécie de propedêutica a uma METAFÍSICA DOS COSTUMES, que é, ao que nos parece, uma obra que visa uma tentativa de aplicação, aos casos e às circunstâncias especiais da vida real, daqueles princípios universais afirmados a propósito da lei moral e do Imperativo Categórico.

Uma questão importante da METAFÍSICA DOS COSTUMES<sup>25</sup> refere-se à divisão dessa obra em duas grandes partes, a saber, a primeira dedicada à Doutrina do Direito e a segunda a segunda à Doutrina da Virtude. Parece-nos evidente que Kant percebia que a unidade entre a Teoria e a Prática no domínio político não possui apenas um sentido ético, mas é antes de tudo uma questão de Direito. Ora, o direito não supõe, para a sua realização, as mesmas condições que a ÉTICA, isto é, do valor ao fato e do direito ao fato a distância não é a mesma, como ensina Kant. Com efeito, para se ter direitos não é absolutamente necessário ser um homem de BEM, não é necessário agir por dever; mas é necessário, somente, agir conforme o dever. Assim, a Doutrina do Direito pretendeu ser um estudo relativo à realização, na vida gregária, do lado objetivo da lei moral, ao passo que a Doutrina da Virtude nos reconduz, ao invés, ao lado subjetivo da moralidade, ou seja, o qual mesmo sendo claramente avaliável só no íntimo da consciência de cada um (avaliação esta que não podemos saber, uma vez que não podemos saber do outro) é, aqui, objetivada, vem a ser, suposta como visível, com a intenção de nos levar a exercitar nosso conhecimento moral e oferecer a nossa consciência um recurso eficaz para que possa tornar-se sempre mais pronta e vigilante.

Já no "PRÓLOGO" da segunda parte da METAFÍSICA DOS COSTUMES, isto é, "Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude" Kant inicia colocando a seguinte questão:

*Tem de haver para a Filosofia um sistema de conceitos racionais puros, independentes de toda condição da intuição, isto é, uma metafísica. Trata-se, pois, de saber se para toda a Filosofia prática, enquanto doutrina dos deveres, portanto também para a doutrina da Virtude, são necessários PRINCÍPIOS METAFÍSICOS para poder estabelecê-la como uma verdadeira ciência, e não como um agregado de doutrinas examinadas por separado*

*(fragmentariamente)*

Portanto, logo no início, Kant busca a exclusão dos conteúdos "A POSTERIORI" da sensibilidade na determinação da norma na moralidade.

Para Kant nenhum princípio moral se funda no sentimento, na inclinação, mas apenas em princípios estritamente racionais, pois, caso contrário, a doutrina da Virtude não terá nenhuma seguridade ou pureza, nem sequer força impulsora.<sup>26</sup> Se renunciarmos aos princípios racionais e partimos do sentimento patológico ou puramente estético para determinar o dever, ou ainda, diz ele, "se partimos da matéria da Vontade, do fim, e não da forma da Vontade, isto é, da lei, então efetivamente não há lugar para princípios metafísicos da Doutrina da Virtude". Isto porque o conceito de dever é um "A PRIORI" da Razão Pura no seu uso prático e, portanto, não deriva da experiência. Isto porque para Kant tudo indica que a experiência é a mãe do engano.

Com efeito o que diz Kant sobre uma "doutrina da Felicidade?" Diz ele, "ultimamente se há pensado em uma certa felicidade moral, que não se baseia em causas empíricas, o que é um absurdo, contraditório em si mesmo".<sup>27</sup> Aqui nosso filósofo refere-se aos eudaimonistas que dizem ser a felicidade o autêntico princípio motor a partir do qual as pessoas atuam virtuosamente. Ora, se nos FUNDAMENTOS DA METAFÍSICA DOS COSTUMES o dever define-se, pois, como "a necessidade de uma ação por respeito à lei", para o eudaimonista,

*não é o conceito do dever o que determina imediatamente a Vontade, mas que só é determinado a cumprir o dever por meio da perspectiva da Felicidade". Assim o eudaimonista é levado a cair em um círculo, pois, "posto que só pode esperar essa recompensa da Virtude da consciência do dever cumprido, esta última tem que preceder; isto é, tem que ver obrigado a cumprir seu dever antes de pensar – e sem pensar – que a Felicidade será a consciência de haver observado o dever. Portanto, com sua etiologia cai em um círculo, isto é, só pode esperar ser feliz (ou inteiramente ditoso) se é consciente de que há observado seu dever, porém, só pode ser movido a observá-lo se prevê que será feliz desse modo."*

Aqui dois motivos contraditórios, segundo Kant, se justapõem, a saber, um motivo moral, na medida em que deve cumprir seu dever sem perguntar primeiro que efeito isto resultará em sua felicidade; e um motivo patológico na medida em que só pode reconhecer algo como dever se pode contar com a felicidade que ele alcançará. Desse modo, para Kant, quando se coloca como

princípio a eudaimonia (princípio da felicidade) em vez da eleuteronomia (ou princípio da liberdade da legislação interior), então a consequência e a eutanásia, a doce morte de toda moral.<sup>28</sup>

Qual é para Kant a causa desses erros? É a não compreensão do que seja o Imperativo Categórico, que é compreendido como sendo o que representa a ação como objetivamente necessária em razão de si mesma. É um juízo apodicticamente prático e vincula necessariamente a Vontade à lei por meio de uma síntese prática A PRIORI. O Imperativo Categórico é o imperativo próprio da moralidade: "Faze isto porque deves fazê-lo".

Kant, na esteira de Agostinho e Lutero, sabe que o homem e um ser de impulsos, de mancha, de inclinações, e a questão então é, como mesmo sendo "curvus", deve ser virtuoso. Para tanto a lição de Kant é que a liberdade é fim em si mesma e para si mesma, e a liberdade se autofinaliza no consentimento ao BEM, dando-se a si mesma o seu verdadeiro como Virtude. Diz ele: "O homem tem que julgar-se capaz de lutar contra essas forças e vencê-las mediante a RAZÃO, não só no futuro, mas também no agora (ao pensá-lo): isto é, poder aquilo que a lei ordena incondicionalmente é o que deve fazer".<sup>29</sup> Kant busca assim a união da ação com a máxima, a tal ponto que "pela sua própria máxima a Vontade possa considerar-se, ao mesmo tempo legisladora universal", ou ainda, "já que as inclinações sensíveis nos conduzem a fins (como matéria do arbítrio), que podem opor-se ao dever, a Razão Legisladora não pode defender-se dessas influências a não ser mediante um fim moral contraposto, que tem, portanto, que estar dado A PRIORI, com independência das inclinações".

Dessa feita, exposto um breve cotejo entre as duas éticas, talvez devesse aqui optar e definir por uma posição, ou seja, Aristóteles ou Kant? Mas confesso que isso eu não farei, haja vista ser muito jovem na filosofia e reconhecer que tal posição me exigirá talvez a velhice.

O autor, Maurílio Santiago é graduado em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (1996) e mestrado em Literaturas de Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2001). Atualmente é Doutorando em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais (FAE), Programa com nota 7 na CAPES. Foi coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa/CEP do Centro Universitário Newton Paiva até fevereiro de 2013, onde foi de 2009 até fevereiro de 2013 professor de dedicação exclusiva, 40 horas. É professor do Centro Universitário Newton Paiva, atuando principalmente nos seguintes temas: filosofia, filosofia do direito, ética, educação. Foi Professor Contratado da PUC-MINAS e foi Professor da Faculdade Promove. Atualmente atua também como palestrante em eventos de temas transversais para o ENADE no Centro Universitário Newton Paiva. Endereço na Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9444391535027505>

## NOTAS DE FIM

1 Filósofo e Professor de Filosofia do Centro Universitário Newton Paiva

2 Tal tese refere-se a uma entre outras colocadas e desenvolvidas pelo professor Dr. José Henrique Santos, no curso de Ética por ele ministrado no 2º semestre de 1996 na Pós-Graduação da Fac. De Filosofia da UFMG.

3 Ver VAZ, H. C. de Lima. Escritos de Filosofia II - ética e cultura. São Paulo: Loyola, 1988. Ver também PLATÃO. A República. Trad. de Maria Helena da Rocha Pereira. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa,

4 Ver Aristóteles. Ethique a Nicomaque. Nouvelle Traduction avec introduction, notes et index por J. Ticot, Paris, Librairie Philosophique J. Urin, 1959.

5 ARISTOTE, op. cit. p. 31-32 [1094 A].

6 ARISTOTE, op. cit. p. 41[1095 A]

7 ARISTOTE, op. cit. p. 40[1095 A]

8 Alguns termos em grego não se encontram devidamente acentuados, porque o programa do computador não o permitiu.

9 ARISTOTE, op. cit. p. 55 [1097 b].

10 ARISTOTE, op. cit. p. 55 [1076 b].

11 ARISTOTE, op. cit. p. 58 [1098 A].O grifo é nosso.

12 ARISTOTE, op. cit. p. 58 [1098 A].

13 ARISTOTE, op. cit. p. 59 [1098 A].

14 ARISTOTE, op. cit. p. 59 [1098 A].

15 ARISTOTE, op. cit. p. 508-509[1177 A].

16 ARISTOTE, op. cit. p. 508-509[1177 A].

17 Cf. ARISTOTE, op. cit. p. 508-514[1177 A-1178a].

18 ARISTOTE, La Métaphysique. Introduction, notes e index par J. Tricot. Librairie Philosophique J. Urin, tomo II, 1970. [p.641-714]. Livro Δ.

19 ARISTOTELES, Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. "Prefácio", p. 103 (Col. Os Pensadores).

20 KANT, op. cit. p. 105.

21 KANT, op. cit. p. 107.

22 KANT, op. cit. p. 117.



23 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Curso de Ética: esquemas de aulas. (anotações de alunos). Belo Horizonte-MG

24 KANT, op. cit. p. 134.

25 KANT. La Metafísica de las Costumbres. Tradução de Adela Cortina Ortiz e Jesus Connil Sancho. Madrid: Tecnos, 1994. P.223,em 375.

26 KANT, op. cit. p. 224, em 376

27 KANT, op. cit. p. 226, em377.

28 KANT, op. cit. p. 227, em378.

29 KANT, op. cit. p. 229, em380.

# A REPÚBLICA E O SISTEMA (PLURI) PARTIDÁRIO DE COALIZÃO

Igor de Matos Monteiro\*

RESUMO: O presente artigo busca a descrição do sistema partidário que se desenvolveu no Brasil desde o período da Monarquia, demonstrando como que a temática foi tratada em todas as Constituições, oferecendo as bases para que o leitor compreenda a justificativa do modelo de representação pluripartidário, bem como o estreitamento e mútua dependência de relações que cria entre os Órgãos do Executivo e do Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: pluripartidarismo; constituição; agenda; coalizão.

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. A República e o sistema de representação popular, 3. O sistema partidário, 3.1. Sistema partidário previsto na Constituição de 1988, 3.2. Ensaio sobre a coalizão, 4. Conclusão

## 1. INTRODUÇÃO

O sistema de governo presidencialista foi projetado nos Estados Unidos da América, no final do século XIX, após a promulgação da Constituição. Dentre suas principais características, propunha um modelo de gestão executiva temporariamente limitada, renovada pelo sufrágio popular, onde seria possível responsabilizar o presidente por seus atos, sobretudo na esfera criminal. Também sugeria o modelo comentado, a possibilidade da renovação das bases ideológicas do poder, para socorrer os anseios vigentes, atrelados, sobretudo, a aspectos políticos, econômicos e sociais. A experiência norte-americana foi difundida, expandida e arremedada em vários países.

No que tange à representação partidária, a tangibilidade constitucional brasileira foi sucedida por uma ampla modificação no sistema partidário, desde a proclamação da independência, passando pelo regime monárquico e alcançando a república, sempre buscando o enquadramento do contexto vigente, para prestigiar o regime político e as mais variadas orientações ideológicas e interesses, dentre eles se encontrando, por exemplo, conservadores, reformistas, liberais, autoritários, democratas, socialistas, comunistas, religiosos e neoliberais.

O artigo pretende avaliar o percurso histórico da evolução dos sistemas partidários adotados nas diversas constituições brasileiras, de maneira sintética e retratar algumas características do modelo pluripartidário vigente e nas bases de relacionamento institucionais no sistema entranhados que consolidam, pela pragmática, uma relação de "mútua dependência e controle" entre os Órgãos do Executivo e do Legislativo.

## 2. A REPÚBLICA E O SISTEMA DE REPRESENTAÇÃO POPULAR

A necessidade de manutenção e expansão da economia cafeeira, estandarte da agricultura monocultora brasileira de exportação entre os séculos XVIII e XIX, foi apontada como um dos motivos que levaram o Brasil a participar da guerra do Paraguai. Em meados do século XVIII este País apresentava índices de desenvolvimento industrial atípicos para a região, e passou a preocupar os países europeus, sobretudo a Inglaterra, que exercia pesada influência mercantil sobre os países da bacia do Rio da Prata.

Dois teses, dentre várias, são postas em destaque para justificar o confronto. A primeira e mais tradicional, sugere o estímulo financeiro conferido pelos ingleses<sup>1</sup>, em virtude da ameaça que a indústria têxtil paraguaia lhes trazia avançando sobre o mercado dos países da chamada "tríplice aliança", Brasil Argentina e Uruguai. Em troca da manutenção das relações econômicas, os governos desses países foram pressionados a bancar o levante para não sofrer retaliação.

A segunda tese, mencionada por FAUSTO<sup>2</sup> (2009, p. 209), reconhece que o conflito surgiu em virtude do processo de formação e confirmação dos limites territoriais dos próprios países da América do Sul, "(...) e da luta entre eles para assumir uma posição dominante no continente".

Ao final do conflito, destruído, o Paraguai viu sua população reduzida de aproximados 406 mil para cerca de 231 mil habitantes e nunca mais pode observar um desenvolvimento tão pujante de sua economia.

Ao final da guerra o exército brasileiro se consolidou como Instituição de relevante importância, o que lhe propiciou clamar por uma maior participação nas questões de interesse do Estado<sup>3</sup>, fazendo insurgir dentro da corporação ideais republicanos.



Os historiadores relatam que outros acontecimentos impactaram a estrutura do regime monárquico. O primeiro deles estava ligado ao processo sucessório, pois a única herdeira, princesa Isabel, não demonstrava interesse no trono. O segundo fato refletiu no aumento das tensões entre o Estado e a Igreja, tendo em vista a edição da nova doutrina do Concílio Vaticano, que durante o pontificado do Papa Pio IX condenou as chamadas "liberdades modernas" e ratificou o domínio espiritual da Igreja em âmbito mundial por meio do dogma da infalibilidade<sup>4</sup>.

A assinatura da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, abolindo o regime escravocrata no Brasil<sup>5</sup>, irrompeu de vez com o regime monárquico, muito mais por perturbar o processo de institucionalização das forças armadas do que por alterar o regime de trabalho nos grandes latifúndios. Com o propósito de recompensar as perdas da elite aristocrática, grande apoiadora do governo, concederam-se títulos nobiliárquicos e empréstimos em condições atraentes. Em favor das forças armadas, foi reativada a Guarda Nacional e prometida a sua reorganização<sup>6</sup>. Essa medida foi vista como tentativa de oferecer sobrevida ao próprio regime monárquico, mas que acabou estimulando boa parte dos membros das forças armadas e também da população civil, a se insurgir contra o Império. Era o momento propício para o golpe de Estado, que ocorreu em 15 de novembro de 1889 e culminou na proclamação da República.

O novo regime não demonstrou necessariamente a configuração da res publica, expressão de origem grega, historicamente cunhada para designar forma de governo focada no exercício do poder soberano baseado no povo. Em verdade, e, com a licença do contexto histórico, a primeira fase do republicanismo brasileiro serviu como entreposto ao exercício do regime democrático, efetivado somente décadas depois, mas cujo consorte daquela e de outras gerações, identificou-se na autoridade e autoritarismo das forças armadas, que muito participou no exercício do poder executivo na história do Brasil.

### 3 O SISTEMA PARTIDÁRIO

O republicanismo brasileiro não surgiu a partir de uma base originária, mas secundária. Por muitos anos a coisa pública foi gerida como modelo protótipo, sob a influência mandamental de grupos de interesse tradicionais vinculados às oligarquias regionais<sup>7</sup>, ou assim rapidamente feitos mediante a conveniência temporal e a influência internacional.

O desenvolvimento do republicanismo nacional se deu por meio de um processo latejante, secular, ao mesmo tempo tensionado por diferenças multidirecionadas, (descartando o sentido da comunidade), acrescida pelo arremedo que se confeccionou entre as conquistas territoriais anteriores, a troco do

sangue e da exploração do corpo dos "não livres" e o fermento aplicado pelas imigrações posteriores, que aconteceram, sobretudo, em razão das guerras mundiais, fenômenos que contribuíram para a união num mesmo território geográfico, de dimensões continentais, das mais diversas formações sociais, mantendo em estado de constante tensão o povo e a população, originando um processo de diáspora permanente.

Num processo auto-revelador, não necessariamente auto-transformador, o fenômeno do aperfeiçoamento do sistema partidário acompanhou a alternância de vários contextos políticos, econômicos e sociais, que se identificaram com a miscelânea promovida pelos regimes de governo, ora ditatorial, ora democrático, pungidos pela economia habilidosamente amarrada na monocultura, que mantinha a influência no poder da aristocracia, das oligarquias, dos partidos políticos, dentre outros.

Durante o Império<sup>8</sup>, entre 1822 e 1889, existiram 5 partidos; durante a República Velha, entre 1889 e 1930, existiram 21 partidos; durante o chamado "Período Vargas, entre 1930 e 1945, foram 45 partidos; durante a primeira "República Democrática", entre 1945 e 1964, foram 22 partidos; durante o período ditatorial, entre 1964 e 1985, foram 10 partidos, dentre os quais 6 permaneceram na legalidade e 1 sequer foi registrado; durante a segunda "República Democrática", já se formaram 66 partidos, sendo que atualmente 32 se encontram ativos, num total de 169 partidos até o fechamento destes escritos<sup>9</sup>.

Em seu desenvolvimento histórico, percebe-se que as Constituições de 1822, de 1889 e de 1934 não fizeram menção ao sistema partidário, cingindo-se referências à representação dos interesses do povo, ainda que pro forma<sup>10</sup>, ou mesmo a vedações ao exercício de certas atividades públicas pelos detentores de cargos públicos.

Durante o Império a distinção da base programática era nítida. O surgimento de programas partidários ideológicos ocorreu em 1922 com a criação do PCB (Partido Comunista do Brasil), liderado por Luis Carlos Prestes.

A Constituição de 1937<sup>11</sup> ofereceu os primeiros passos para se consolidar um sistema partidário no Brasil, de cunho notoriamente fascista, em tom imperativo extremamente ideológico. Em seu preâmbulo, ofereceu os seguintes dizeres:

*ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em*

*termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; (negrito)*  
*ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;*  
(...)

Dentre diversos artigos que estabelecem a concentração dos poderes entorno dos interesses do Executivo, chamaram atenção os artigos 38 e 64, que prescreviam a respeito da efetivação das atividades legislativas. Veja-se:

*Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição. (negrito)*

*Art. 64 - A iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo. Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outros resulte aumento de despesa. (negrito)*

Ao restabelecer o regime democrático, a Constituição de 1946<sup>42</sup>, no inédito capítulo: "Dos direitos e das garantias individuais" previu a orientação do modelo representativo partidário pretendido, nos seguintes termos:

*Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes*  
(...)

*§ 13 - É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.*

Além da previsão do modelo pluripartidário, também foi inaugurado o modelo de representação proporcional, previsto no artigo 134: "O sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer".

A Constituição de 1967<sup>43</sup> reproduziu diversos artigos da anterior. O artigo 134 anteriormente citado foi replicado como o novo artigo 143. A mais, incluiu-se o art. 149, que dispunha:

*Art. 149 - A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:*

*I - regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem;*

*II - personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;*

*III - atuação permanente, dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e sem vinculação, de qualquer natureza, com a ação de Governos, entidades ou Partidos estrangeiros;*

*IV - fiscalização financeira;*

*V - disciplina partidária;*

*VI - âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos Diretórios locais;*

*VII - exigência de dez por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de Deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de Senadores;*

*VIII - proibição de coligações partidárias.*

As alterações substanciais à Constituição de 1967, feitas pela emenda I, em 1969, revogaram o artigo anterior, mas reproduziram outros tantos, como o artigo 143 da Constituição de 1967, agora com o número 148. A pluralidade de partidos já não se encaixava mais no regime autoritário que se exercia. A despeito disso, antes de se promulgar a Constituição de 1988 ocorreu a edição da emblemática Emenda Constitucional nº 25, que reescreveu pela terceira vez o artigo 152<sup>44</sup>, apresentando os seguintes dizeres:

*Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:*

*I - é assegurado ao cidadão o direito de associar-se livremente a Partido Político;*

*II - é vedada a utilização pelos Partidos Políticos de organização paramilitar;*

*III - é proibida a subordinação dos Partidos Políticos a entidade ou Governo estrangeiros;*



IV - o Partido Político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus Estatutos no Tribunal Superior Eleitoral;

V - a atuação dos Partidos Políticos deverá ser permanente e de âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos estaduais e municipais.

§ 1º Não terá direito a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o Partido que não obtiver o apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado de cada um deles.

§ 2º Os eleitos por Partidos que não obtiverem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta) dias, por qualquer dos Partidos remanescentes.

§ 3º Resguardados os princípios previstos no "caput" e itens deste artigo, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização financeira dos Partidos Políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento.

Em meio ao cenário de "barafunda" pseudo-representativa e gerencial, se imiscuam o povo e a comunidade<sup>15</sup>. Ambas as expressões se destacam uma da outra. A segunda provém do latim *communitas*, podendo significar a comunhão do múnus, ou seja, o compartilhamento de interesses, valores, crenças, construção de uma identidade coletiva, homogênea ou heterogênea.

Como conseqüência do modelo republicano se aperfeiçoou durante a Revolução Francesa o então vigente sistema de exercício do poder soberano a partir do mandato representativo, em que o cidadão envolvido nomeia aquele que julga mais apto para substituir a sua própria vontade. O sistema prestigia características peculiares à comunidade, onde se pode observar a existência de cidadãos indiferentes e ao mesmo tempo presentes e interessados na escolha do direcionamento político da vida em sociedade.

Ao discorrer sobre o tema, BONAVIDES (2001, p. 211) destaca que:

*Tocante ao termo representação ocorrem reiteradas rixas teóricas, em geral decorrentes de posições doutrinárias ou ideológicas que reduzem aquela expressão a um juízo de valor. Com o propósito de alcançarmos a clareza possível na matéria, partiremos de uma breve alusão ao*

*teor linguístico da palavra representação. Os dicionaristas e publicistas quando se ocupam desse vocábulo coincidem em indicar que mediante a representação se faz com que "algo que não esteja presente" se ache de novo presente". As indagações que de ordinário conduzem a discrepâncias resultam porém na máxima parte de saber se há "duplicidade" ou "identidade" com a presença e ação do representante, com interveniência de sua vontade.*

Ao explorar o tema o autor promove a diferenciação entre as teorias da identidade e da duplicidade. Na primeira, de certa forma o político representante se encontra "acorrentado" em um vínculo que o obriga a respeitar a vontade do representado, como se a este permanesse preso pelo ideal da fidelidade, devendo permanecer no dever de "reproduzir essa vontade como se fosse uma fita magnética ou uma simples folha de papel carbono" (p. 203), eis que uma postura em sentido contrário tornaria o mandato "imperativo", exercido conforme as escolhas pessoais do representante.

Por outro lado, utilizando-se como referência da Revolução Francesa no século XVIII, que estabeleceu o ideal do liberalismo, cita Bonavides (p. 204/205) que, sendo eleitos, os representantes se tornaram depositários da soberania popular, podendo através de seus cargos, escolher posições e emitir opiniões segundo sua própria consciência, "sem a preocupação necessária de saber se seus atos e princípios estavam ou não em proporção exata de correspondência com a vontade dos representados". Seria essa a proposta básica da teoria da duplicidade.

Ambas as teorias se desenvolveram num contexto temporal em que se firmavam as bases do regime democrático liberal, corolário da Revolução Francesa. O regime democrático também se desenvolveu sob forte influência da economia e do processo de industrialização, assistindo de camarote o florescimento de diversos grupos e classes sociais, representantes de diferentes interesses, que, talvez, não tenham servido de inspiração para a cunhagem de nenhuma das duas teorias.

Em que pesem as considerações, ainda com arrimo em Bonavides, (2001, p. 219/220) a representação política deveria ser concebida atualmente de maneira vinculada: "com a dinâmica daqueles grupos, com interesses econômicos políticos e sociais que eles agitam tenazmente". Para o autor:

*(...) é de esperar que no futuro toda reforma da Constituição volva também suas vistas para a disciplina dos grupos de interesse. A ação política des-*

ses grupos incide de modo decisivo na feição dos governos e no comportamento dos governantes, sendo eles, sob o aspecto da importância de última granjeada, um dado sem dúvida fundamental ao bom entendimento do sistema representativo.

É de se extrair do pensamento de Hegel (BONAVIDES, 2001, p. 220) a tese de que o sistema representativo, no Estado Constitucional, deve “transitar da representação de indivíduos para a representação de grupos<sup>16</sup>”. Para consolidar essa espécie de teoria da identidade revisitada, diversas constituições instituíram o princípio da fidelidade partidária. Por ele, os partidos se responsabilizariam por filtrar os interesses dos diferentes grupos, por meio da elaboração de conteúdos programáticos que deveriam ser respeitados pelos seus membros. Eis que a representação se profissionaliza<sup>17</sup>.

A despeito da evolução teórica e do compromisso de renovação dos institutos representativos, a experiência brasileira republicana tardou em efetivar as intenções do modelo estrutural em comento. Não se fala em representação popular legítima, destituída da influência de interesses sociais e econômicos, por pelo menos 120 anos desde a independência<sup>18</sup>.

Durante o Império, prevaleceram os interesses da elite agrária/intelectual. Durante a República Velha, prevaleceram os interesses das oligarquias regionais<sup>19</sup>. Na era Vargas, se desenvolveu um regime autoritário. Somente a partir de 1945/46, com a introdução da República Democrática foi que se iniciou o amadurecimento do sistema de representação popular, ainda que existissem restrições aos votos de todos os cidadãos. Cumpre notar que dentre todos os presidentes brasileiros, os únicos presidentes civis que cumpriram integralmente os seus mandatos foram Juscelino Kubitschek (1956/1961), Fernando Henrique Cardoso (1995/2003) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003/2010).

### 3.1 Sistema partidário previsto na Constituição de 1988

O desenvolvimento do sistema de representação partidária no Brasil deixou de avaliar alguns obstáculos iminentes à sua frente. Entre os governados e os governantes sobrepujaram-se os grupos, em seu nascedouro formado por sujeitos que invariavelmente recebiam algum tipo de classificação, seja de origem econômica, familiar, patrimonial ou até mesmo intelectual.

Outros grupos foram se formando, mas sempre em posição inferiorizada, e nela eram constantemente mantidos, sem que pudessem alcançar o ponto de participação administrativa e legislativa, ora por que o formato institucional prestigiava apenas bacharéis<sup>20</sup>, ora militares bem recentemente consolidado entre civis.

A Constituição de 1988 estabelece diversas regras a respeito do sistema partidário, a iniciar pelo estabelecimento da cláusula pétreia no artigo 1º, V, que define como fundamento da República

o: “o pluralismo político”.

Opera-se no sistema eleitoral da República Federativa do Brasil as metodologias de escolha majoritária e proporcional. O primeiro é adotado para a escolha do chefe do executivo nas três esferas federativas e também para o Senado Federal. O mecanismo é simples. Propõe a eleição do candidato que obtiver a maioria absoluta, ou seja, mais de 50% dos votos válidos, excluindo-se os votos brancos e os nulos, podendo ocorrer eleição em dois turnos<sup>21</sup>.

O modelo proporcional, por sua vez, caracteriza-se pela escolha dos membros da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais, tendo como referência uma base numérica. Dessa forma, os votos podem ser destinados aos candidatos ou aos partidos em que os mesmos se encontram registrados.

O processo de eleição considera o número de cadeiras a serem ocupadas em casa cada legislativa. Computa-se ao final da eleição o número de votos válidos, que excluem os votos brancos e os nulos, divide-se o resultado pelo número de cadeiras e se descobre o número de votos que cada cadeira precisa para ser ocupada<sup>22</sup>.

Conforme situa Bonavides (2001, p. 250/252):

*A representação proporcional, segundo Prelot, tem por objeto assegurar às diversas opiniões, entre as quais se repartem os eleitores, um número de lugares proporcional às suas respectivas forças ou no dizer também claro de Jeanneau é o sistema em que os lugares a preencher são repartidos entre as listas disputantes proporcionalmente ao número de votos que hajam obtido.(...)*

*Ali todo voto possui igual parcela de eficácia (...). É também o sistema que confere às minorias igual ensejo de representação de acordo com sua força quantitativa. Constitui este último aspecto alto penhor de proteção e defesa que o sistema proporcional aos grupos minoritários, cuja representação fica desatendida pelo sistema majoritário.*

*Sendo por sua natureza, como se vê, sistema aberto e flexível, ele favorece, e até certo ponto estimula, a fundação de novos partidos, acentuando desse modo o pluralismo político da democracia partidária. Torna por conseguinte a vida política mais dinâmica e abre à circulação das ideias e das opiniões novos condutos que impedem uma rápida e eventual esclerose do sistema partidário (...).*

*A presença política de correntes ideológicas e a sua institucionalização em partidos com acesso ao parlamento ocorre com mais facilidade pela representação proporcional. Através dela se reflete a perfeita diferenciação dos grupos ideológicos,*



*todos absorvidos pela atividade política ordinária. (...) a multiplicidade de partidos engendra a fraqueza e a instabilidade dos governos, sobretudo no parlamentarismo. A representação proporcional ameaça de esfacelamento e desintegração o sistema partidário ou enseja uniões esdrúxulas de partidos - uniões intrinsecamente oportunistas - que arrefecem no eleitorado o sentimento de confiança na legitimidade da representação, burlada pelas alianças e coligações de partidos, cujos programas não raro brigam ideologicamente.*

Existem modelos de democracia pluripartidária que implementaram princípios como a fidelidade partidária que ensejar, inclusive, a "sanção de perda de mandato do representante trâns-fuga" (BONAVIDADES, 2001, p. 211).

Nesse sentido, compõe o art. 17 da CR/88, parágrafo 1º que:

*É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização em funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (negrito)*<sup>23</sup>

Referido artigo, renovado por meio de emenda à Constituição, se aproximou bastante da zona cinzenta que caracteriza a ideologia partidária em tempos modernos. A propósito, encontra-se imersa nessa mesma região a proposta do sistema pluripartidário, de fazer imergir a diferenciação política que promove o recrudescimento da teoria da identidade antes exposta, com a intenção de prestigiar e encurtar a relação entre governantes e governados, vistos como agentes e como objeto do poder político.

### **3.2. Ensaio sobre a coalizão**

O pluripartidarismo intenta reconhecer a existência de demandas variadas e busca efetivar as diferentes opiniões dos mais variados setores da sociedade. O regime se justificou por que a proposta do modelo, ainda que por oportuno, se aproximava melhor da necessidade de afirmação do regime democrático brasileiro, historicamente identificado com partidos centralizadores, formados e comandados por grupos seletivos e de alta classificação social.

A Assembléia Nacional Constituinte instituída para redigir a Constituição de 1988 iniciou os trabalhos sob orientação de uma "Comissão de Notáveis", conhecida por Comissão Arinos,

convocada por José Sarney<sup>24</sup>. As obrigações da Comissão, cujos trabalhos foram alvo de diversas observações, se caracterizaram, sobretudo, por centralizar nos membros do grupo a proposição de temáticas a serem desenvolvidas e, inclusive, diferenciando poder na aprovação dos textos legais que sugeria ou que eram ofertados pelos demais parlamentares fora da comissão<sup>25</sup>.

Pressões pela adoção do sistema de governo parlamentarista conduziram a comissão a sugerir a realização de um plebiscito após um período de amadurecimento do regime republicano. Curiosamente, o modelo constitucional resgatou características da Constituição de 1967 que estabelecia amplos poderes legislativos sob a atribuição do Executivo numa prévia do que viria a acontecer após a posterior consolidação do presidencialismo, cuja história recente demonstra ampla utilização de Medidas Provisórias, descritas no artigo 62 da Constituição de 1988.

No mesmo passo, desenhou-se um quadro estrutural no Congresso, que catapultou ao panteão os líderes de partido e modelou os Regimentos Internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, consolidando as bases para a realização da gestão pública e da definição do poder de agenda do Presidente da República.

A agenda pode ser compreendida tanto como o conjunto das atribuições legislativas, que oferecem ao presidente a capacidade de legislar sobre temas de sua competência<sup>26</sup>, quanto pela orientação orçamentária, também de sua iniciativa, que oferece ao Executivo a condição de destinar os recursos segundo sua conveniência e lógica orçamentária, servindo de parâmetro para ajustes e acordos políticos que engessam e conduzem os trabalhos das Casas Legislativas.

As atribuições legislativas do executivo, conforme anteriormente comentado, costumam oferecer descuido na caracterização dos próprios requisitos. Não raro apontam-se o inchaço e os desvios procedidos pelo Executivo tendo em vista enorme quantidade de medidas provisórias<sup>27</sup> que passaram a caracterizar os mandatos dos presidentes após a promulgação da Constituição, em nítida demonstração de despreparo técnico no exercício de suas funções.

A título de exemplo, a Lei nº 9.637/98, que dispõe sobre as Organizações Sociais que, dentre outras, foram idealizadas pela reforma do PDRAE (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, realizada durante a gestão de FHC, no ano de 1998) originou-se da 7ª reedição da MPV nº 1.648-7<sup>28</sup>.

Em suma, ao dispor sobre o orçamento, após preencher os requisitos normativos que prevêm o procedimento misto de elaboração, envolvendo Executivo e Legislativo, o Presidente direciona a agenda dos trabalhos de sua própria competência e também os do Congresso, incumbindo os líderes partidários governistas a se posicionar diante de suas bancadas e obter a concordância na aprovação dos objetivos do governo, elabo-

rando, aprovando e arriando projetos de lei que evidenciem a proposta orçamentária previamente desenhada.

Limongi e Figueiredo, no texto: "Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão", exploram a comunhão de obrigações que vinculam os Órgãos do Poder. Segundo os autores:

*À luz do que sabemos sobre os partidos políticos e as bases sobre as quais é possível construir a disciplina partidária – uma função direta da capacidade do partido de exercer influência positiva sobre a as chances eleitores de seus membros – encontramos-nos diante de um fato que pede explicação. A teoria existente nos diz que não deveria haver disciplina partidária no Congresso Brasileiro. A previsão foi falsificada pelos fatos. Em média, 89,4% do plenário vota de acordo com a orientação de seu líder, taxa suficiente pra prever com acerto 93,7% das votações nominais<sup>29</sup>.*

Segundo os autores, o sistema vigente, que prevê a Separação entre os Órgãos que funcionalizam o Poder levaria boa parte dos parlamentares a conduzir um mandato irresponsável, diante da ausência de amálgama ideológico-partidária. Nesse ponto, a lógica seria o desfacelamento da base de sustentação do governo, haja vista a previsão do modelo pluripartidário.

Mas, segundo os mesmos autores, a lógica se desmorona facilmente, tendo em vista que os partidos, em busca da eleição de representantes, promovem alianças e coligações, aqui consideradas como coalizões, invariavelmente descomprometidas com suas bases programáticas, no que terminam por se aproximar da base governista, oferecendo apoio em busca da conquista de benefícios, numa clara demonstração de relação comensal.

Dessa forma a pluralidade se transforma em pretensão disfarçada dos grupos de interesses dominantes, haja vista que no contexto prático os trabalhos acabam centralizados nos interesses dos líderes partidários que oferecem maior base de apoio aos projetos do executivo em busca do fatiamento de Ministérios e cargos públicos, setor cuja incumbência de alocação dos nomes se encontra exclusivamente nas mãos do presidente que pode nomear e demitir sem maiores obstáculos, membros de qualquer partido (seria lógico deduzir a preferência) para as pastas. Assim, projetos individualistas e ideológicos, não coletivos, raramente prosperam, senão quando concernentes à orientação posta de antemão pelos líderes.

Dados oferecidos por Limongi e Figueiredo atestam que o índice de aproveitamento das propostas legislativas que tem como origem a agenda do Executivo atinge o percentual de 82,5% e que a possibilidade de uma proposta governamental ser rejeitada é da

ordem de apenas 0,026 (1998, p. 87).

Acrescentam-se ao contexto a explícita diferença dos interesses, não apenas ideológicos, mas também pessoais e os regionais, como pressuposto inerente à existência dos partidos, entendimentos divergentes quanto a uma mesma matéria, de legislação puramente orçamentária ou não, que terminam por refletir arestas culturais entre os cidadãos representantes e os representados, dado que seus interesses podem se evidenciar de formas distintas, imediatas ou não, principais ou secundárias, sendo que não irão conseguir se estabelecer, afinal, todas convergem para a mesma direção e, de um modo ou de outro, serão sempre interesses, que exigem sempre uma tomada de posição, a mais objetiva possível.

Para Bourdieu (1989, p. 119):

*Toda tomada de posição que aspire à objectividade acerca da existência actual e potencial, real ou previsível, de uma região, de uma etnia ou de uma classe social e, por esse meio, acerca da pretensão à instituição que se afirma nas representações partidárias, constitui um certificado de realismo ou um veredicto de utopismo o qual contribui para determinar as probabilidades objectivas que tem esta entidade existencial de ter acesso à existência.*

É possível extrair e aprofundar, a partir das palavras do autor que o campo da política fertiliza o discurso onde se localizam, por um lado, a objetividade existente nas regras do sistema, que ditam um padrão de comportamento adequado de acordo com os propósitos do programa partidário e, por outro lado, o subjetivismo que caracteriza o exercício da representação, pelos políticos e por suas posições pessoais, pela aceitação das condições impostas pelo sistema vigente, a contragosto ou não, mas que acabam por transformar o sistema partidário representativo no local onde se dificulta a unidade e se criam obstáculos para o reconhecimento dos interesses representados. Dessa maneira, em busca da manutenção de projetos, a vinculação partidária não evita com que o sistema representativo vigente seja transformado em mero símbolo do exercício da democracia, cujo direcionamento se faz pré-consentido, despachado pelas mãos do gestor executivo<sup>30</sup>.

#### 4. CONCLUSÃO

De fato, o sistema pluripartidário resultou do desenvolvimento histórico, de um imaginado porém não consolidado progresso, do modelo de representação política afeito aos Estados que adotam a República como forma de governo e o Presidencialismo como sistema de governo. Referido sistema propõe a efetivação de interesses comunitários e multiculturais, ao mesmo tempo que transporta, a reboque, toda sorte de relações entre diferentes par-



tidos, em busca da efetivação dos interesses que lhes são afeitos, consolidando, inclusive, a lógica do próprio modelo.

O que se percebe é que o aperfeiçoamento do sistema pluripartidário foi vitimado pela realização de diversas experiências e de práticas motivadas por interesses não apenas dos grupos que substituem os cidadãos e os representa, mas também como estratégia para viabilizar a própria manutenção do plano de governo traçado pelo executivo.

Pesquisas indicam a possibilidade de efetivar um planejamento quando da estruturação e distribuição dos cargos de apoio ao exercício da chefia do executivo. Apesar do enorme indício, a resposta para a relação de sinergia não se encontra definitivamente associada ao modelo patrimonialista de Gestão pública, através da qual o político se apropria da coisa pública e promove a sua administração acreditando estar gerindo o patrimônio particular. A resposta se encontra, no mínimo, dentro do processo de escolha dos representantes e da necessidade de um constante esclarecimento dos cidadãos a respeito do funcionamento do sistema e dos meios existentes para que tais práticas possam deixar de existir, mesmo por que a concepção dessa estrutura muitas vezes não é compreendida ou mesmo é plenamente ignorada pelos eleitores.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. p. 200/202. 2001, 10ª edição, MALHEIROS EDITORES, São Paulo/SP.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico.pdf. Disponível em: [https://drive.google.com/folder?id=OB4UG\\_F2QeFUIZEhiQnJWYWIOQkk&usp=sharing](https://drive.google.com/folder?id=OB4UG_F2QeFUIZEhiQnJWYWIOQkk&usp=sharing). Acesso em 18/02/2013.

FAUSTO, Boris. A história do Brasil, 2009, ed. USP, São Paulo/SP. 13ª edição.

LIMONGI, Fernando. FIGUEIREDO, Argelina. Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a05n44.pdf>. Acesso em 25/02/2014.

[http://www.historialivre.com/brasil/partidos\\_politicos.pdf](http://www.historialivre.com/brasil/partidos_politicos.pdf). Acesso em 23/02/2014

<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-historico-partidos-politicos>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67E-MC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67E-MC69.htm)

## NOTAS DE FIM

\* Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Centro Universitário Newton Paiva, Mestre e Advogado.

1 A coroa ofereceu empréstimos para a aquisição de materiais bélicos e condicionou a empreitada a alianças econômicas para continuar adquirindo produtos da indústria primária desses países, sustentando a manutenção da classe aristocrática. Nesse ponto, se organizaram e se fortaleceram enquanto Instituições do Estado, as forças armadas. Não seria de sobremesa importância mencionar que Brasil e Inglaterra viveram estado de grande tensão, tendo em vista o nível das pressões realizadas pelos europeus.

2 Boris Fausto, A história do Brasil, 2009, ed. USP, São Paulo/SP. 13ª edição. O autor narra, inclusive, que na região do Rio da Prata, o comércio forte entre os países vizinhos baseava-se na criação de gado e não em plantação de café.

3 Soma-se o fato de que muitos negros foram recrutados e lutaram na frente com a promessa de obterem a sua liberdade, que não aconteceu. O rompimento com o regime escravocrata havia conquistado forte aliado, o exército. Sob pressão, atendendo os seus anseios, o Império acabou minando suas relações com a elite aristocrata agrícola, proprietária dos escravos.

4 Referido dogma preconiza que o Papa, quando delibera sobre qualquer tema, invocando o posicionamento com base na fé e na moral segundo os preceitos da Igreja Católica, está sempre com a razão.

5 Previsões de perturbações econômicas e de trabalho causadas pela abolição da escravatura se provaram infundadas. No entanto, o fim da escravidão foi o golpe final para qualquer crença restante na neutralidade da coroa e isso resultou em uma mudança explícita do apoio ao republicanismo pelos ultraconservadores, que eram apoiados por ricos e poderosos fazendeiros de café que tinham grande poder político, econômico e social no país. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Imp%C3%A9rio\\_do\\_Brasil](http://pt.wikipedia.org/wiki/Imp%C3%A9rio_do_Brasil). Acesso em 23/02/2014.

6 As medidas tomadas pelo governo alarmaram os republicanos civis e os positivistas nas forças armadas. Os republicanos perceberam que elas minariam o apoio para seus próprios objetivos e foram encorajados a outra ação. 103 A reorganização da Guarda Nacional foi iniciada pelo gabinete em agosto de 1889 e a criação de uma força militar rival fez com que os dissidentes entre os oficiais considerassem medidas desesperadas. 112 Para ambos os grupos, os republicanos e os militares, tornou-se um caso de "agora ou nunca". Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Imp%C3%A9rio\\_do\\_Brasil](http://pt.wikipedia.org/wiki/Imp%C3%A9rio_do_Brasil). Acesso em 23/02/2014.

7 No primeiro reinado, que se estendeu entre 1889 e 1930, possui diversos partidos políticos, sendo que a grande maioria deles adotava a expressão "Republicano" em seu nome, a citar como exemplo: - Partido Republicano Paulista, Partido Republicano Mineiro, Partido Republicano Fluminense, dentre outros. Disponível em: [http://www.historialivre.com/brasil/partidos\\_politicos.pdf](http://www.historialivre.com/brasil/partidos_politicos.pdf). Acesso em 23/02/2014.

8 A rigor, lista-se o surgimento dos primeiros partidos a partir da dé-

cada de 1830. As fincas ideológicas tradicionais comportavam espaço geralmente para partidos conservadores, favoráveis à ordem vigente e centralização dos poderes do Estado e dos liberais, favoráveis ao avanço progressivo e concessão de maior autonomia regional. Assim, surgiram o Partido Conservador (ligados à aristocracia rural), conhecido pela alcunha de Saquaremas e o Partido Liberal (ligados ao profissionalismo liberal), conhecido como Luzias.

9 Vide informações em: <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-historico-partidos-politicos>. Acesso em 23/02/2014. Em se desconsiderando o período monárquico, é possível demonstrar que ao longo de 125 anos de período republicano foram instituídos 164 partidos, numa impressionante média de 1,312 partidos por ano.

10 Constituição de 1822. Art. 3. O seu Governo é Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo. (...) Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral. (...) Art. 16. Cada uma das Camaras terá o Tratamento - de Augustos, e Dignissimos Senhores Representantes da Nação, dentre outros; Constituição de 1891. Art 28 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante o sufrágio direto, garantida a representação da minoria, dentre outros. Constituição de 1934. Art 66 - É vedada ao Juiz atividade político-partidária. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 24/02/2014.

11 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em 24/02/2014

12 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em 24/02/2014;

13 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em 24/02/2014.

14 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm). Acesso em 24/02/2014.

15 Enquanto povo se destinada a caracterizar a totalidade, o conjunto multifacetário e multicultural de cidadãos, a comunidade pode representar tanto o gueto, as composições em sociedade e os grupos de interesse, tanto privado quanto público.

16 HEGEL, Rechtsphilosophie, § 311

17 A decomposição da vontade popular em vontade de grupos, frustrando assim a implantação plena de uma vontade geral (volonté générale) soberana, e em estreita harmonia com os interesses coletivos, (...) que culminaram no surgimento dos grupos de pressão, que buscam se institucionalizar através de meios que ainda não foram claramente estudados. (Bonavides, ob. cit., p. 222).

18 Durante a República Velha permaneceu em evidência o modelo "coronelista", liderança carismática impositiva centrada na figura de Fazendeiros/latifundiários que exercia enorme influência sobre a população rural,

que até 1930 compreendia 80% da população do País. Sobre os seus domínios o voto era revelado e conduzido através de intensa fiscalização, no sistema hoje conhecido como voto de cabresto.

19 O 4º presidente, Campos Sales, a pretexto de efetivar a estabilidade econômica e política, instituiu o modelo de gestão que ficou conhecido como "a política dos governadores". A proposta circundava no apoio oferecido aos Municípios, desde que se demonstrada a fidelidade aos coronéis (líderes políticos e econômicos), que por sua vez se compromissavam com o Estado. Mais tarde a proposta culminou na chamada "política do café com leite".

20 A República Velha, período que se estendeu de 1889 a 1930, também ficou conhecido como "Primeira República", "República dos Bacharéis", "República Maçônica" e "República da Bucha", pois todos os presidentes civis daquela época eram bacharéis em direito. Quase todos foram formados na Faculdade de Direito da USP, exceto o paraibano Epitácio Pessoa e o mineiro Artur Bernardes.

21 Caso a Município ou o Estado possuam no mínimo 200 mil eleitores. (Vide arts. 29 e 77 da CR/88).

22 Numa situação fictícia, um Município com 3 milhões de eleitores que votaram de maneira válida, para preencher 43 vagas, exige que cada vaga, para ser alcançada, necessite de 69.768 votos. Na hipótese de nenhum candidato alcançar o mínimo, os mais bem votados herdarão os votos dos outros candidatos do seu próprio partido ou da sua coligação, até alcançar o número desejado.

23 No ano 2008 o Supremo Tribunal Federal julgou improcedentes os pedidos contidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ADI, 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra a Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. A matéria discutida, dentre outras, previa a perda do mandato eletivo em caso de troca de legenda partidária, por entender que o mandato pertence ao partido e não ao cidadão eleito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98954>. Consulta em 17/02/2014.

24 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/AfonsoArimos.pdf>. Consulta feita em: 25/02/2014.

25 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/momentos-marcantes-da-constituente>. Acesso em 25/02/2014.

26 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;



27 no primeiro governo FHC foram editadas 156 medidas provisórias originárias, com 2.453 reedições, totalizando 2.609 medidas provisórias. No segundo mandato de FHC foram 185 MPs originárias e 2606 reedições, no total de 2791 medidas provisórias.” No governo Lula, foram editadas 240 MPs no primeiro mandato e 177 no segundo. Então, com certeza FHC foi o rei das medidas provisórias. Disponível em: <http://www.terroronordeste.blogspot.com.br/2011/05/luiz-couto-rebate-o-globo-e-diz-que-fhc.html>. Acesso em 25/02/2014.

28 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm). Acesso em 25/02/2014.

29 Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a05n44.pdf>. Acesso em 25/02/2014.

30 Para Bourdieu, a percepção do mundo social é produto de uma dupla estruturação social: do lado “objectivo”, está socialmente estruturada porque as autoridades ligadas aos agentes ou às instituições não se oferecem à percepção de maneira independente, mas em combinações de probabilidade muito desigual (...); do lado “subjectivo”, ela está estruturada porque os esquemas de percepção e de apreciação susceptíveis de serem utilizados no momento considerado, e sobretudo os que estão sedimentados na linguagem, são produto das lutas simbólicas anteriores e exprimem, de forma mais ou menos transformada, o estado das relações de força simbólicas. (...) Esta parte de jogo, de incerteza, é o que dá fundamento à pluralidade das visões do mundo, ela própria ligada à pluralidade dos pontos de vista (...).









Quem se prepara, não para.