

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 391.

(ano VII)

(09/07/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



09/07/2015 **Ricardo Souza Calcini**

» O "lay-off" como alternativa à atual crise econômica brasileira

ARTIGOS

09/07/2015 Kiyoshi Harada

» A polêmica sobre redução da maioria penal

09/07/2015 João Duque Correia Lima Neto

» Distinções entre o direito de Arena e o direito à imagem do atleta de futebol

09/07/2015 Cristiane de Mattos Carreira

» Iniciativas probatórias do juiz

09/07/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» O Reconhecimento do Direito à Moradia Adequada como Direito Humano: Primeiros Comentários

O "LAY-OFF" COMO ALTERNATIVA À ATUAL CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA

RICARDO SOUZA CALCINI: Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde obteve o título de Especialista em Direito Social. É também Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo. Assessor de Desembargador no Tribunal Regional de São Paulo da 2ª Região, tem atuação direta na área do Direito do Trabalho, com ênfase em Direito Material, Processual, Ambiental e Desportivo do Trabalho. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Aplicado (IDA) e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD).

Por força do atual cenário de crise vivenciado pela economia brasileira, muito se tem noticiado e discutido na mídia sobre o chamado “lay-off”, o qual representa, em síntese, uma ferramenta posta à disposição das empresas como medida a minimizar os custos com a mão de obra de seus empregados. Trata-se de uma vantagem conferida por lei que, ao possibilitar a suspensão dos contratos de trabalhos, legitima que o empregador não arque com o pagamento dos salários de seus funcionários, desde que sejam observados, para tanto, os requisitos do artigo 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Nesse sentido, para fazer jus ao benefício legal em análise, necessário o cumprimento cumulativo dos seguintes elementos: (i) expressa previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho; (ii) aquiescência formal do empregado; (iii) comunicação pelo empregador ao sindicato da categoria

profissional com quinze dias de antecedência. Nada impede, contudo, que a empresa e o sindicato dos trabalhadores possam estabelecer, pela via da negociação coletiva, outros critérios adicionais para a suspensão dos contratos de trabalho.

Dessa feita, atendidas as exigências supra, a empresa terá direito de suspender o contrato de trabalho dos funcionários atingidos pelo “lay-off”, por um período de dois a cinco meses, para a participação dos empregados em curso ou programa de qualificação profissional por ela oferecido. Nesse período, os trabalhadores não receberão salário, nem haverá o recolhimento do FGTS e dos encargos previdenciários. Contudo, será devida uma bolsa de qualificação, paga pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), a qual passa a ser obrigatoriamente custeada pelo empregador em caso de prorrogação do prazo da suspensão do pacto laboral.

Importante salientar que as empresas apenas podem se socorrer da aludida permissão legal a cada lapso temporal de dezesseis meses, quando então se oportunizará novo prazo de suspensão contratual, para outra qualificação e demais treinamentos aos funcionários.

Sucedem, porém, que, se durante o período suspensivo não for ministrado curso ou programa de qualificação profissional, ou se o empregado continuar trabalhando em suas atividades normais, ficará descaracterizada a suspensão contratual. Como consequência, o empregador deverá efetuar o pagamento imediato dos salários e encargos sociais referentes ao período,

bem como arcar com as penalidades legais e sanções previstas nos instrumentos coletivos de trabalho.

De outro norte, se o empregado for demitido no período do "lay-off", ou até três meses após seu retorno ao trabalho, a empresa é obrigada a pagar multa de, pelo menos, 100% sobre o último salário até então recebido pelo funcionário, além das verbas indenizatórias daí decorrentes.

Feitas essas considerações, infere-se que o "lay-off" é um instrumento juridicamente válido para que as empresas possam se adequar aos cenários temporários de retração e estagnação, sem comprometer, no entanto, a capacidade de recuperação, na hipótese de eventual melhoria do contexto econômico. Não se fala, aqui, em fechamento de postos de trabalho, o que representaria um custo ainda maior na produção, que a cada dia sofre reflexos com a política do governo de elevação da taxa de juros e de crescimento da carga tributária.

No mais, é possível que as partes, também pela via da negociação coletiva, venham a estipular os denominados "lay-off" paralelos. Exemplo disso foi o que ocorreu recentemente com a empresa Gerdau (notícia do dia 25.6.2015 – Jornal Estado de São Paulo), que negociou o pagamento integral dos salários de seus funcionários durante a suspensão dos contratos de trabalho, além de garantir a todos o valor referente a cinco parcelas de seguro-desemprego, caso sobreviesse a demissão ao final de um prazo de cinco meses.

Por fim, uma outra alternativa que se assemelha ao “lay-off”, porém com este não se confunde, é representada pelo Programa de Proteção ao Emprego (PPE), que está sob análise da equipe econômica do governo. Por meio de tal programa de iniciativa das Centrais Sindicais, se houver a sua aprovação pelas assembleias dos sindicatos dos trabalhadores, será autorizada a redução da jornada de trabalho e respectivo salário em 30%, enquanto que o FAT pagaria 15% dos salários dos empregados (notícia do dia 18.6.2015 - Jornal Estado de São Paulo).

A POLÊMICA SOBRE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site: www.haradaadvogados.com.br

Poucos sabem, mas a verdadeira origem da polêmica sobre a redução da maioria penal está na confusa redação conferida propositalmente na PEC 171/93 vazado nos seguintes termos:

“Art. 1º. O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido de parágrafo único e com a seguinte redação:

Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de 16 anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 2º Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação”.

Essa confusa redação conferida deve ser entendida como alteração parcial do art. 228 da CF para ler “16 anos” onde está escrito “18 anos”.

Não faz o menor sentido manter o *caput* em sua redação original (18 anos) para acrescentar o parágrafo único com a redução da maioria para 16 anos, a menos que queira induzir o Constituinte Derivado a promover a redução da maioria seletiva.

Temos razões para crer que essa PEC veio à luz para dar satisfação à opinião pública, mas de forma a prejudicar a sua regular

tramitação por conta da esperada confusão a ser lançada na Câmara Federal onde atuam 513 deputados de diversos partidos e com posicionamentos diferentes.

Iniciada a discussão dessa PEC na Câmara, favorecida pela sua dúbia redação original, houve proposta de reduzir a maioria penal para 16 anos apenas em relação a crimes cometidos com violência ou grave ameaça, crimes hediondos (como estupro), homicídio doloso, lesão corporal grave ou lesão corporal seguida de morte, tráfico de drogas e roubo qualificado.

Essa proposta foi rejeitada no dia 1º de julho de 2015. No dia seguinte, o Presidente da Câmara colocou em votação um outro substitutivo que reduz a maioria penal apenas para crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, eliminando a alusão a outros crimes como tráfico de drogas e roubo qualificado. Esse substitutivo foi aprovado na madrugada do dia 2 de julho por 323 votos contra 155 votos contrários e duas abstenções.

Inúmeros deputados, bem como, vários setores da sociedade, inclusive, juristas respeitáveis, condenaram a manobra regimental do Presidente da Câmara ameaçando impetrar mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal por violação do processo legislativo previsto no § 5º, do art. 60 da CF, *in verbis*:

“A matéria constante da proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

Esse dispositivo constitucional, sem embargo das respeitadas opiniões em contrário, não se aplica ao caso sob exame, pois a proposta

de emenda, tal como prevista na PEC 171/93, ainda não foi apreciada pela Câmara que discutiu e rejeitou um substitutivo, seguida de discussão e aprovação de um outro substitutivo. A proposta original de redução da maioria penal de 18 anos para 16 anos não foi objeto de discussão e deliberação pela Câmara dos Deputados. O que foi aprovado é o último substitutivo que estabelece uma redução seletiva da maioria penal contrariando o fundamento básico da imputabilidade do menor. A imputabilidade não está ligada exclusivamente a pessoa de menor idade.

Penalmente imputável é a pessoa doente mentalmente ou aquela pessoa que tem desenvolvimento retardado ou incompleto que a impede de entender o caráter ilícito do ato que está praticando.

Tanto a emenda rejeitada, como a emenda aprovada contrariam esse princípio lógico à medida que o menor de 18 anos teria plena consciência do que está fazendo em se tratando da prática de crimes graves, mas esse mesmo menor não teria menor ideia do que está fazendo em se tratando da prática de crime menos graves.

Impõe-se, pois, a apreciação da proposta original para desfazer esse equívoco em que incorreram os substitutivos apreciados pela Câmara dos Deputados. A proposta consiste em decidir se o menor de 16 anos é ou não imputável penalmente.

Não pode a pessoa de 16 anos ser imputável e ao mesmo tempo imputável. Seria o mesmo que conferir ao menor de 18 anos o direito de eleger vereadores, deputados estaduais, prefeitos e governadores, mas proibi-lo de eleger deputados federais, senadores e Presidente da República sob o argumento de que para esses últimos cargos se requer um voto maduro.

Voltando à questão da tumultuada votação na madrugada do dia 2 de julho, entendo que a proposta aprovada não feriu o § 5º, do art. 60 da CF. Segundo a jurisprudência do STF o que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a Emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é espécie do projeto originalmente proposto (MS nº 22.503, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 6-6-1997).

DISTINÇÕES ENTRE O DIREITO DE ARENA E O DIREITO À IMAGEM DO ATLETA DE FUTEBOL

JOÃO DUQUE CORREIA LIMA NETO: Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco, graduado pela UNICAP-PE, pós-graduado em Direito Administrativo, membro do Instituto Pernambucano de Direito Desportivo.

RESUMO: O direito de arena e o direito à imagem do atleta profissional de futebol não se confundem, os dois institutos estão previstos na Lei n. 9.615/98 (conhecida popularmente como Lei Pelé), o primeiro no art. 42 e o segundo no art. 87-A. Este artigo busca apresentar suas principais distinções de forma objetiva.

Palavras chave: direito de arena – direito à imagem - atleta de futebol.

INTRODUÇÃO

É muito comum a confusão entre o direito de arena e o direito à imagem, até mesmo o STJ^[1], já misturou os conceitos. Entretanto, conforme veremos, são institutos jurídicos distintos.

1. CONCEITOS

O vocábulo “arena”, que advém do latim, significa areia, utilizado no âmbito desportivo, desde a antiguidade, como local coberto de areia em que os gladiadores romanos combatiam entre si ou com animais. Naquela época, todos iam a arena assistir o espetáculo^[2].

O inciso XXVIII, letra a, do art. 5º da CF, assegura, nos termos da lei, às participações individuais em obras coletivas e à

reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

O direito de arena está consubstanciado no art. 42 da Lei 9.615/98 (Lei Pelé) [3]. Em síntese, é o direito que pertence aos clubes de prática desportiva de negociar a transmissão das imagens das partidas, com exceção dos flagrantes para fins jornalísticos, desportivos ou educativos.

Outrossim, talvez por serem os grandes protagonistas do evento desportivo, o legislador conferiu aos atletas participantes do espetáculo, o direito a um percentual referente a ganho dos clubes pela negociação da transmissão do jogo. Completando, BARROS, Alice Monteiro de assim dispõe: “Ele é garantido aos desportistas e lhes assegura uma regalia pelas transmissões radiofônicas e/ou televisivas de suas atuações públicas sobre a base da originalidade e da criatividade de suas destrezas pessoais (...)” [4].

A Lei Pelé, antes de sua alteração, estabelecia que no mínimo 20% dos valores recebidos pelos clubes pela transmissão dos jogos deveriam ser rateados entre os atletas. Contudo, com a nova redação introduzida pela Lei nº 12.395/2011, o percentual a ser repassado aos jogadores diminuiu para 5% do ganho econômico em razão da venda da transmissão das partidas.

Reste claro: essas parcelas percebidas pelos atletas são provenientes exclusivamente do direito de arena e não por conta do direito à imagem, pois os valores repassados são gerados a partir da sua participação nos jogos, que é intrínseco ao próprio trabalho do atleta, e

não pelo simples uso de sua imagem [5]. Explica-se melhor utilizando as palavras de SILVA, Felipe Ferreira:

É evidente que há profissões que, por sua natureza, e para que possam ser exercidas em sua plenitude, dependem da utilização da imagem do trabalhador. A utilização da imagem nesse caso, não descaracteriza a relação como sendo de cunho laboral. (...) Com efeito, no contrato de trabalho de um atleta profissional está implícito o uso de sua imagem, desde que vinculada à sua obrigação principal, qual seja, a prestação do serviço. Em seu próprio salário, já esta incluído este uso legítimo da sua imagem. Porém, e é bom que se repita, limitado ao cumprimento do contrato de trabalho. [6]

Ponto que merece uma breve explicação condiz com a natureza jurídica referente a parcela recebida pelo atleta a título de direito de arena. Desde a época em que o ilustre ZAINAGUI, Domingos Sávio em 1997, na sua tese de doutoramento, e mais adiante, a jurisprudência dominante do TST considerava-se que tal parcela tinha natureza remuneratória, de forma semelhante às gorjetas, que também são pagas por terceiros. Assim, compunham a base de cálculo do FGTS, do 13º salário e das férias, e os atletas ainda poderiam cobrar dos clubes na justiça do trabalho se tais valores não fossem adimplidos [7][8].

Entretanto, com a referida inovação legislativa, foi definido que a parcela recebida pelos atletas a título de direito de arena tem a natureza jurídica civil. Ademais, para evitar conflitos sobre o tema, instituiu que os valores devem ser repassados aos sindicatos, que posteriormente estão incumbidos em distribuir igualmente aos participantes do evento.

Importante não olvidar-se que aos fatos acontecidos antes da vigência da lei que alterou a Lei Pelé, ou seja, 16 de março de 2011, ainda deve-se aplicar o entendimento de que a parcela do direito de arena tem natureza salarial, sob pena de malferir o princípio da irretroatividade da lei. Nesse sentido, julgado recente do TST:

(...) 3. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE ARENA. O direito de arena é regulado pelo artigo 42 da Lei 9.615/98. É cediço que a redação original do referido dispositivo legal não definia, de forma expressa, a natureza jurídica do aludido. Não obstante a ausência de definição legal a esse respeito, a jurisprudência deste Tribunal Superior manifestava-se no sentido da sua natureza salarial. Tal entendimento decorria do fato de que, sendo o aludido direito resultante da participação dos atletas profissionais sobre o valor negociado pela entidade desportiva com órgãos responsáveis pela transmissão e retransmissão de imagens, o valor percebido, vale dizer, condicionado à

participação no evento, resulta da contraprestação por este ato, decorrente da relação empregatícia, possuindo, então, natureza jurídica de salário. Precedentes. Cumpre esclarecer, por outro lado, que a alteração no § 1º do referido dispositivo legal implementada pela Lei nº 12.395 de 16/3/2011, no sentido de que o direito de arena é parcela de natureza civil, não se aplica à hipótese dos autos, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei. Recurso de revista não conhecido.(...). (RR - 86000-72.2007.5.04.0017 Data de Julgamento: 30/11/2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/12/2011).

Por sua vez o direito à imagem consiste no direito do indivíduo sobre a sua estética, sua forma plástica, sob os componentes peculiares que os distinguem e o individualizam, no seio da coletividade. A definição do direito à imagem recai sobre a forma física do indivíduo, exclusivamente sobre seus traços externos, sem qualquer relação com suas qualidades interiores[9].

A imagem para o direito pode ser considerada toda expressão da personalidade da pessoa, dessa forma, o direito à imagem também abrange a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão. É o que leciona MORAIS, Walter:

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade [\[10\]](#).

SOARES, Jorge Miguel Acosta, explica melhor a relação entre clube e atleta de futebol no que tange a uso da imagem:

“Como já visto, jogador de futebol profissional é aquele indivíduo contratado por uma agremiação desportiva para jogar futebol. Estão desenvolvidas nessa contratação todas as atividades ligadas à prática do esporte, inclusive a imagem do atleta dentro de campo, exercendo a profissão. Contudo, fora de campo, fora do exercício profissional, sua imagem pessoal, não está inserida nas obrigações de seu contrato de trabalho. Assim, plenamente plausível e lícita a contratação de

representação pessoal do atleta por seu clube para associá-la, por exemplo, aos produtos e serviços dos patrocinadores deste” [11].

A natureza jurídica o contrato de licença de uso da imagem ainda gerava uma certa polêmica, até que o art. 87-A da Lei n. 9.615/98 conhecida popularmente como Lei Pelé e incluído recentemente pela Lei n. 12.395, de 2011, pôs fim à controvérsia dispondo que o referido contrato tem natureza civil.

Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.

Assim, o contrato de trabalho firmado entre a entidade desportiva e o atleta de futebol tem natureza trabalhista e contrato de direito à imagem tem natureza civil. Corroborando com esse entendimento DELBIN, Gustavo Normanton e RIBEIRO, André de Melo, *ipsis litteris*:

(...) cabe lembrar mais uma vez que o contrato de trabalho é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela legislação própria que regulamenta a profissão, tendo como o objeto a relação de emprego, formalizando as obrigações

contratuais, tais como; remuneração, jornada, local de trabalho e outras peculiaridades. Logo, em nada se confunde com o contrato de licença de uso de imagem, que tem natureza civil e cujo objeto é apenas a utilização da imagem, com caráter eminentemente comercial e publicitário, devendo-se obedecer estritamente ao que está pactuado entre as partes [\[12\]](#).

O clube de futebol pode utilizar-se da imagem do jogador de diversas formas como a venda na sua loja de produtos com a imagem do atleta, exigir sua participação em campanhas publicitárias através de festas e eventos do clube, incentivando a ida de dos torcedores aos jogos, visando aumentar a quantidade de sócios, frequentar programas esportivos vestido com a camisa do clube, em noites de autógrafos para venda de camisa oficial, enfim, para divulgar a marca do clube atrelada ao profissional e ídolo contratado, visando, assim, aumento do potencial financeiro.

2. DISTINÇÕES

No que tange as diferenças entre o direito de arena e o direito à imagem. A principal distinção está na titularidade. Uma vez que o direito à imagem pertence ao atleta e o direito de arena ao clube. Nesse sentido, SÁ FILHO, Fábio Menezes de citando EZABELA, Felipe Legrazie:

A diferença crucial mencionada pela doutrina está na titularidade de cada direito. Enquanto

que a titularidade do direito de arena pertence à coletividade, representada pela entidade de prática desportiva dos atletas profissionais participantes do espetáculo, quanto ao direito de imagem, a titularidade é dos atletas de forma individual, independentemente de ser profissional ou não, por se tratar de direito da personalidade [\[13\]](#).

Outra distinção é que o direito de arena tem natureza legal e tem como fundamento a exposição do evento desportivo de forma coletiva, por sua vez, o direito de imagem, tem natureza contratual, sendo formalizado pelo contrato de licença de uso de imagem, cujo objeto é a contratação da imagem individual do atleta para fins comerciais, tais como a venda e promoção de produtos ligados ou não ao clube [\[14\]](#).

Nessa toada, pacífica é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme arestos abaixo ementados:

INDENIZAÇÃO. DIREITO À IMAGEM. JOGADOR DE FUTEBOL. ÁLBUM DE FIGURINHAS. ATO ILÍCITO. DIREITO DE ARENA. -É inadmissível o recurso especial quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada (súmula nº 282-STF). - A exploração indevida da imagem de jogadores de futebol em álbum de figurinhas, com intuito de lucro, sem o

consentimento dos atletas, constitui prática ilícita a ensejar a cabal reparação do dano. - **O direito de arena, que a lei atribui às entidades desportivas, limita-se à fixação, transmissão e retransmissão de espetáculo esportivo, não alcançando o uso da imagem havido por meio da edição de "álbum de figurinhas".** Precedentes da Quarta Turma. Recursos especiais não conhecidos.282 (67292 RJ 1995/0027400-0, Relator: Ministro BARROS MONTEIRO, Data de Julgamento: 02/12/1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.04.1999 p. 153LEXSTJ vol. 121 p. 121) (G.N)

E mais:

CIVIL E PROCESSUAL. ÁLBUM DE FIGURINHAS ("HERÓIS DO TRI") SOBRE A CAMPANHA DO BRASIL NAS COPAS DE 1958, 1962 E 1970. USO DE FOTOGRAFIA DE JOGADOR SEM AUTORIZAÇÃO DOS SUCESSORES. DIREITO DE IMAGEM. VIOLAÇÃO. LEI N. 5.988, DE 14.12.1973, ART. 100. EXEGESE. LEGITIMIDADE ATIVA DA VIÚVA MEEIRA E HERDEIROS. CPC, ARTS. 12, V, E 991, I.

CONTRARIEDADE

INOCORRENTE.5.988100CPC12V991II. A viúva e os herdeiros do jogador falecido são parte legitimada ativamente para promoverem ação de indenização pelo uso indevido da imagem do de cujus, se não chegou a ser formalmente constituído espólio ante a inexistência de bens a inventariar.II. **Constitui violação ao Direito de Imagem, que não se confunde com o de Arena, a publicação, carente de autorização dos sucessores do de cujus, de fotografia do jogador em álbum de figurinhas alusivo à campanha do tricampeonato mundial de futebol, devida, em consequência, a respectiva indenização, ainda que elogiosa a publicação.**III. Recurso especial não conhecido. (113963 SP 1996/0073314-7, Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ 10.10.2005). (G.N)

Assim, diante das considerações sobre o direito de arena e o do direito de imagem, fácil perceber as distinções entre os dois institutos jurídicos desportivos, pois o primeiro decorre diretamente do evento desportivo e o segundo diz respeito à utilização da imagem extracampo do atleta.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de arena e o direito à imagem não se confundem, apesar da confusão comumente cometida entre os conceitos desses institutos jurídicos, até mesmo pelo STJ. A principal distinção está na titularidade, uma vez que o direito à imagem pertence ao atleta e o direito de arena ao clube.

O direito de arena está consubstanciado no art. 42 da Lei 9.615/98 (Lei Pelé). Em síntese, é o direito que pertence aos clubes de prática desportiva de negociar a transmissão das imagens das partidas com exceção dos flagrantes para fins jornalísticos, desportivos ou educativos. Os atletas participantes do espetáculo tem o direito a um percentual referente a ganho dos clubes pela negociação da transmissão do jogo. Com a nova redação introduzida pela Lei nº 12.395/2011, o percentual a ser repassado aos jogadores diminuiu de 20% para 5%. Vale ressaltar que a jurisprudência trabalhista entendia que essa parcela tinha natureza remuneratória, entretanto, a nova redação da Lei Pelé também definiu que essa parcela tem natureza jurídica civil. Ademais, para evitar conflitos sobre o tema, foi instituído que os valores devem ser repassados aos sindicatos, que posteriormente estão incumbidos em distribuir igualmente aos participantes do evento.

Outra distinção é que o direito de arena tem natureza legal e tem como fundamento a exposição do evento desportivo de forma coletiva, por sua vez, o direito de imagem, tem natureza contratual, sendo formalizado pelo contrato de licença de uso de imagem, cujo objeto é a contratação da imagem individual do atleta para fins

comerciais, tais como a venda e promoção de produtos ligados ou não ao clube de futebol.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002.

DELBIN, Gustavo Normanton & RIBEIRO, André de Melo. *Aspectos trabalhistas do Contrato de Cessão do Uso de Imagem dos Treinadores de Futebol*. p. 242-264 In: MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Org.) *Direito do Trabalho Desportivo – Homenagem ao professor Albino Mendes Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

EZABELLA, Felipe Legrazie *apud* SÁ FILHO, Fábio Menezes de. *Contrato de trabalho desportivo: revolução conceitual de atleta profissional de futebol*. São Paulo: LTr, 2010.

MORAIS, Walter - *Direito à própria imagem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972.

SARMENTO, Igor Asfor. *Considerações sobre o Direito de Arena e o Direito de Imagem à Luz da Lei n. 12.395/2001*. p. 266-270 In: MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Org.) *Direito do Trabalho Desportivo – Homenagem ao professor Albino Mendes Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SILVA, Felipe Ferreira. *Tributação no Futebol: Clubes e Atletas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de imagem e direito de arena no contrato do atleta profissional*. São Paulo: Ed. LTr, 2008

ZAINAGUI, Domingos Sávio. *Os atletas Profissionais de Futebol no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *As Novas Regras Desportivas da Legislação Trabalhista*. p. 86-94 In: MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Org.) *Direito do Trabalho Desportivo – Homenagem ao professor Albino Mendes Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NOTAS:

[1] INDENIZAÇÃO. DIREITO À IMAGEM. JOGADOR DE FUTEBOL. ÁLBUM DE FIGURINHAS. ATO ILÍCITO. DIREITO DE ARENA. - É inadmissível o recurso especial quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada (súmula nº 282-STF). - **A exploração indevida da imagem de jogadores de futebol em álbum de figurinhas, com intuito de lucro, sem o consentimento dos atletas , constitui prática ilícita a ensejar a cabal reparação do dano . - O direito de arena, que a lei atribui às entidades desportivas, limita-se à fixação, transmissão e retransmissão de espetáculo esportivo, não alcançando o uso da imagem havido por meio da edição de álbum de figurinhas- . (STJ - 4a. Turma - Resp. 67.262-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j.**

03/12/1998). G.N Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 8 março de 2013.

[2] ZAINAGUI, Domingos Sávio. *Os atletas Profissionais de Futebol no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. P. 145.

[3] “Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011)).

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011)).

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos, respeitadas as seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011)).

I - a captação das imagens para a exibição de flagrante de espetáculo ou evento desportivo dar-se-á em locais reservados, nos estádios e ginásios, para não detentores de direitos ou, caso não disponíveis, mediante o fornecimento das imagens pelo detentor de direitos locais para a respectiva mídia; (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011)).

II - a duração de todas as imagens do flagrante do espetáculo ou evento desportivo exibidas não poderá exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espetáculo ou evento; [\(Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011\)](#).

III - é proibida a associação das imagens exibidas com base neste artigo a qualquer forma de patrocínio, propaganda ou promoção comercial. [\(Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011\)](#).”

[4] BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002. P. 85.

[5] **“RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE ARENA.** À luz do artigo 42, parágrafo 1º, da Lei nº 6.915/98, **a parcela -direito de arena- é decorrente da participação do profissional de futebol em jogos e eventos esportivos, estando diretamente relacionada à própria prestação laboral do atleta e não apenas ao uso de sua imagem. Com efeito, referido direito é vinculado ao trabalho prestado pelo autor, ao longo dos 90 minutos do jogo, momento em que desempenha a sua atividade específica de profissional jogador de futebol.** Observe-se, por relevante, que o mencionado artigo 42 é flexível somente no que se refere à percentagem a ser ajustada - e ainda assim, garantindo ao trabalhador atleta um limite de 20 por cento. Entende-se, portanto, devida a contraprestação, a qual deverá ser previamente ajustada, respeitando-se aquele percentual mínimo, o que não significa retirar-se sua natureza salarial, como entendeu o eg. TRT. Recurso de revista conhecido e provido. (...) “. (TST, RR-

130400-49.2003.5.04.0006, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT de 01/10/2010). (G.N) Disponível em: <
<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 8 março de 2013

[6] SILVA, Felipe Ferreira. *Tributação no Futebol: Clubes e Atletas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 105

[7] ZAINAGHI, Domingos Sávio. *As Novas Regras Desportivas da Legislação Trabalhista*. p. 86-94 In: MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Org.) *Direito do Trabalho Desportivo – Homenagem ao professor Albino Mendes Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 93

[8] “RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE ARENA - INTEGRAÇÃO. A doutrina tem atribuído natureza remuneratória à verba denominada -direito de arena-. A referida verba é considerada como sendo componente da remuneração - artigo 457 da CLT. O valor referente ao que o clube recebe como direito de arena e repassa ao jogador, entretanto, irá compor apenas o cálculo do 13º salário e férias + 1/3, visto que a Súmula 354 do TST, aplicada por analogia ao caso, exclui a incidência, no caso das gorjetas, do cálculo do aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal. Recurso de revista conhecido e desprovido.” RR-61700-70.2002.5.04.0001, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT de 01/10/2010. Disponível em: <
<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 8 março de 2013.

“RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO. A doutrina e a

jurisprudência vêm-se posicionando no sentido de que **o direito de arena previsto no artigo 42 da Lei n.º 9.615/98, a exemplo das gorjetas, que também são pagas por terceiros, integram a remuneração do atleta, nos termos do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho.** Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (...) (ED-RR-128800-22.2001.5.15.0114, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 28/08/2009.) (G.N). Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 8 março de 2013.

[9] DELBIN, Gustavo Normanton & RIBEIRO, André de Melo. *Aspectos trabalhistas do Contrato de Cessão do Uso de Imagem dos Treinadores de Futebol*. p. 242-264 In: MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Org.) *Direito do Trabalho Desportivo – Homenagem ao professor Albino Mendes Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.. 245.

[10] MORAIS, Walter - *Direito à própria imagem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64

[11] SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de imagem e direito de arena no contrato do atleta profissional*. São Paulo: Ed. LTr, 2008, p. 83

[12] DELBIN, Gustavo Normanton & RIBEIRO, André de Melo. *Aspectos trabalhistas do Contrato de Cessão do Uso de Imagem dos Treinadores de Futebol*. p. 242-264 In: MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Org.) *Direito do Trabalho Desportivo*

– *Homenagem ao professor Albino Mendes Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 257

[13] EZABELLA, Felipe Legrazie *apud* SÁ FILHO, Fábio Menezes de. *Contrato de trabalho desportivo: revolução conceitual de atleta profissional de futebol*. São Paulo: LTr, 2010. p. 108.

[14] SARMENTO, Igor Asfor. *Considerações sobre o Direito de Arena e o Direito de Imagem à Luz da Lei n. 12.395/2001*. p. 266-270 **In:** MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Org.) *Direito do Trabalho Desportivo – Homenagem ao professor Albino Mendes Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 270.

INICIATIVAS PROBATÓRIAS DO JUIZ

CRISTIANE DE MATTOS CARREIRA:
Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; especialista em Direito Civil, Processual Civil e Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito. Advogada.

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar as iniciativas probatórias do juiz a luz dos princípios constitucionais consagrados pela Constituição Federal de 1988. Será realizada uma análise histórica do processo, dos princípios constitucionais aplicáveis ao instituto, do conceito de princípio jurídico e, ao final, será feita uma sugestão quanto a ponderação de princípios na iniciativa probatória do juiz.

PALAVRAS-CHAVE: Prova – Iniciativa - Juiz - Princípio - Processo

ABSTRACT: This work is scoped to analyze evidentiary light of constitutional principles enshrined in the Federal Constitution of 1988 initiatives judge. A historical analysis of the process of constitutional principles applicable to the Office of the concept of legal principle and will be held at the end, a suggestion as to the probative weight of principles initiative of the judge will be taken.

KEY WORDS: Proof – Initiative – Judge – Principle - Process

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução do processo: breve histórico. 3. Natureza jurídica do direito à prova. 3.1. Direito Estrangeiro. 3.2 Direito nacional. 3.2.1 Princípio do dispositivo. 3.2.2. Princípio da Imparcialidade. 3.2.3 Contraditório e Motivação. 3.2.4 Igualdade

Processual. 4. A busca da verdade no processo. 5. Ponderação e Lei de Colisão. 6. Ônus da prova. 7. Natureza jurídica da relação material. 8. A interpretação do artigo 130 do Código de Processo Civil a luz dos princípios constitucionais que regulamentam a matéria. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante as partes o direito a produção probatória, direito esse que decorre da interpretação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Inquestionável que a parte interessada deve ter garantido pelo magistrado o direito de produzir as provas que entende necessárias a comprovação dos fatos controvertidos existentes no processo.

Ademais, o princípio norteador do Direito Processual é o do livre convencimento motivado, previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz apreciará livremente os fatos e circunstâncias existentes no processo, ainda que não alegados pelas partes, devendo indicar na sentença os motivos que o levaram a referida conclusão.

Percebe-se que a motivação é condição para o exercício do livre convencimento pelo juiz, visto ser uma garantia constitucional do jurisdicionado. Sobre o tema leciona Nelson Nery Junior^[1]:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as

questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.

Ocorre que a legislação processual também admite a iniciativa probatória do juiz, haja vista o disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil, “in verbis”:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Assim, o presente trabalho visa analisar qual a amplitude do supracitado dispositivo, diante dos princípios constitucionais que regem o direito processual.

2. EVOLUÇÃO DO PROCESSO: BREVE HISTÓRICO

No direito antigo vigoravam normas ligadas a uma visão privatista do processo que não aceitavam a iniciativa probatória do juiz, que deveria apenas assistir ao embate entre as partes. Por exemplo, nas Ordenações o magistrado deveria julgar apenas com base naquilo que foi provado pelas partes, independente de sua convicção pessoal. Cita-se um ditado da idade média, justificando o posicionamento adotado a época, no sentido de que “quem tiver um juiz acusador precisa de Deus como defensor, mas às vezes isso não é suficiente”.

A partir do Século XIX é que começou a ser feita a distinção entre direito material e direito processual, esse último admitido como ciência autônoma e com princípios próprios. Logo, o processo adquiriu uma visão publicista, ou seja, passou a entender-se o processo como interesse do Estado, com o escopo de pacificação social. Assim, além do interesse privado da parte em obter êxito na demanda, tem-se o interesse público em promover a pacificação social.

Nesse sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco^[2]:

“Ser de direito público significa que as normas processuais não disciplinam negócios ou interesses conflitantes entre o Estado e as partes, mas o modo como o poder é exercido. O Estado-juiz não persegue concretos interesses seus em confronto com os dos litigantes nem se põe no mesmo plano que eles no processo. Exerce imperativamente o poder, tendo por contraposição o estado de sujeição dos litigantes (sujeição é a impossibilidade de impedir o exercício do poder de outrem). Falando de poder e de sujeição ao seu exercício, estamos falando de direito público”.

Destarte, o direito de ação se separou do direito material, sendo certo que o processo passou a ser visto como instrumento do direito material. Com essa nova visão do processo, passou-se a admitir em maior ou menor escala a iniciativa probatória pelo Magistrado.

3. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À PROVA

No âmbito civil a matéria relacionada a prova é trazida pelo Código de Processo Civil que traz disposições referentes ao ônus e aos meios de

prova. No âmbito do processo trabalhista há previsão na CLT referente ao ônus probatório. Todavia, o conteúdo dessas legislações infraconstitucionais devem amoldar-se a nova ordem trazida pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1.988 trouxe em seu artigo 5 um rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais pode-se destacar, por serem importantes ao presente estudo, o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como o direito de ação. Por devido processo legal entende-se ser a “possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se de modo mais amplo possível”^[3], enquanto que o contraditório está relacionado ao direito da parte de ser cientificada dos atos processuais e deles participar, com o intuito de influenciar o convencimento do magistrado.

Percebe-se que o devido processo legal também está relacionado ao valor justiça.

Assim, as disposições referentes às provas devem ser analisadas a luz dos dispositivos constitucionais, pois para que haja efetivação dos preceitos constitucionais é fundamental garantir as partes o direito a efetiva produção probatória.

3.1 DIREITO ESTRANGEIRO

As legislações estrangeiras variam quanto à conferência ou não de poderes instrutórios ao juiz. Como exemplo de ordenamento jurídico que não conferem poder instrutório ao magistrado (em que pesem haja entendimentos em sentido contrário) temos o direito espanhol, no qual a Ley de Enjuiciamiento Civil, datada de 2000, trouxe ainda mais restrições aos poucos poderes instrutórios que o Magistrado detinha. Por esse

motivo, o direito espanhol é trazido como exemplo com relação a ausência de poderes instrutórios, não se esquecendo, todavia, do posicionamento mais ampliativo que o admite naquele sistema.

Por sua vez, como exemplos de países que admitem poderes instrutórios ao Magistrado com ressalvas pode-se citar o direito alemão, no qual a restrição a iniciativa do juiz refere-se apenas a prova testemunhal, bem como o direito sueco traz algumas limitações com relação tanto a prova testemunhal quanto a documental.

Outrossim, há aqueles países que admitem de modo amplo a iniciativa probatória oficial como, por exemplo, o Chile, o direito do trabalho italiano (no direito comum a questão é controvertida, havendo que admita a não excepcionalidade da intervenção e quem, a contrário senso, não a admita dessa forma tão ampla). O Código Austríaco também permite a investigação ampla pelo Magistrado.

3.2 DIREITO NACIONAL

No Direito nacional a questão sobre a admissibilidade restrita ou irrestrita dos poderes instrutórios do juiz gera controvérsias, sendo imperiosa, para resolução da questão, a análise dos princípios que regem o Direito Processual, dentre eles o princípio do dispositivo, da imparcialidade, contraditório e da igualdade processual. Todavia, antes de adentrar nos princípios expressamente, importante tecer algumas considerações sobre o conceito de princípio.

O conceito de princípio jurídico evoluiu com o passar do tempo e é definido de formas diferentes pela Ciência do Direito. Inicialmente estava relacionado a própria origem semântica da palavra, ou seja, início, começo. Em um segundo momento passou a ser visto com conteúdo

normativo, na medida em que seriam vetores de interpretação das normas jurídicas do sistema, pois fundamentais a estrutura do sistema. Por fim, entendeu-se que princípios detêm a mesma estrutura das normas jurídicas[4]. Os princípios positivam um valor na ordem jurídica, que deve ser concretizado com a máxima eficácia possível, estabelecendo uma finalidade a ser atingida pelo ordenamento sem, contudo, fixar o meio para atingimento do objetivo.

Todavia, importante salientar que a terceira fase não superou a segunda, sendo certo que atualmente os princípios são concebidos tanto como vetores de interpretação, por trazerem mandamentos nucleares do sistema, quanto mandamentos de otimização.

Haja vista que os princípios positivam valores que orientam o sistema jurídico é comum que esses valores entrem frequentemente em conflito, fazendo com que o interprete analisando a situação jurídica concreta, aplique o princípio de maior peso, concretizando assim a vontade do constituinte.

3.2.1 PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO

Há várias concepções sobre o Princípio do Dispositivo.

Para Rui Portanova[5] o princípio do dispositivo não se confunde com o princípio do acesso a justiça e da demanda. O princípio do dispositivo fica circunscrito a possibilidade de que detêm as partes de alegar fatos e apresentar pedidos, ou seja, referido princípio abarca apenas a liberdade conferida as partes de formular alegações e pedidos no processo.

Para José Roberto dos Santos Bedaque considera-se como princípio do dispositivo apenas a relação de direito material estabelecida pelas partes e não a relação de direito processual.

Portanto, tratando-se a relação de direito material disponível para as partes elas podem dessa livremente dispor, seja mediante renúncia, desistência ou transação, por exemplo, não havendo qualquer possibilidade de intervenção oficial nesse aspecto. Ademais, esse princípio garante as partes o direito de fixar os limites de investigação do Magistrado, visto que somente será objeto de exame aquilo que foi aduzido pelas partes em sua causa de pedir.

O referido autor também argumenta que não se confunde a disponibilidade ou indisponibilidade do direito com a iniciativa referente a relação jurídica processual, pois mesmo se tratando de direito indisponíveis não detém o magistrado poderes para dar início a relação jurídica processual.

Segundo o autor, o que a maioria de doutrina dizia sobre o princípio do dispositivo, ou seja, que a manutenção do processo deveria ficar sob o domínio das partes é rechaçada pela moderna ciência processual, pois o argumento de que o processo deve ficar na mão das partes prestigia a concepção privatista do processo, que não se coaduna com o atual estágio dessa ciência.

Isso porque é indubitável que o processo é regido com base em princípios de direito público. O pedido da parte atende a um interesse tipicamente privado, no entanto, o procedimento é regulamentado pelo Estado, que tem interesse na solução do conflito, com base nos princípios de direito público e o escopo do processo.

Destarte, sendo o processo público a busca da verdade e os escopos sociais do processo devem ser observados pelo magistrado que na visão do autor tem amplos poderes para determinar de ofício a produção probatória, desde que o faça com base na causa de pedir e pedido delimitado pelas partes na relação jurídica de direito material, não podendo interferir na vontade das partes quanto a eventual disposição desse direito.

3.2.2 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Por imparcialidade entende-se que o juiz não deve ter interesse pessoal em relação às partes em litígio, nem retirar proveito econômico do mesmo. A imparcialidade é condição “sine quo non” para atuação judicial, vez que a ideia de retirar das partes o direito a justiça privada foi concebida no sentido de que um terceiro imparcial analisaria e prolataria uma decisão sobre os fatos, despido de qualquer interesse pessoal no assunto.

Encontra-se menções a imparcialidade no Código de Hammurabi e no de Manu. Ademais, os próprios gregos quando sorteavam juízes o faziam porque acreditavam na intervenção dos deuses no referido procedimento. Todavia, não se confundem os conceitos de imparcialidade com neutralidade, que é concebida como um dado subjetivo que relaciona o juiz que está inserido em um contexto social com a sua visão geral de mundo[6].

Fazendo apontamento sobre a neutralidade, importante citar Dinamarco:

“o processualista moderno sabe também que imparcialidade não se confunde com neutralidade

axiológica, porque o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e problemas que a envolvem, advindo daí escolhas, que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo. Agindo como canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e o caso concreto, o juiz não infringe o dever de imparcialidade”[7].

Pelo princípio da imparcialidade entende-se que o Magistrado deve conduzir o processo de modo a não prejudicar ou beneficiar qualquer das partes. A imparcialidade está relacionada às pessoas e fatos, mas não com relação aos valores e caminhos utilizados para a realização da justiça.

Todavia, parte da doutrina afirma que a concessão de poderes instrutórios ao juiz poderia afetar a sua imparcialidade, influenciando, por conseguinte, o seu julgamento da lide.

Arruda Alvim[8] entende o fato de o processo ter um objetivo público não garante ao magistrado poderes ilimitados para alcançar a sua finalidade. Para o referido autor o princípio do dispositivo assegura a imparcialidade do magistrado, sendo certo que para a atuação judicial na iniciativa probatória deve ser subsidiária, apenas nas hipóteses em que ocorrer nas situações em que não se opere o ônus da prova e desde que ocorra um fato incerto, sendo certo que essa incerteza emergiu após a produção da prova pela parte.

Percebe-se assim que o referido autor não admite que o juiz substitua a parte negligente na produção de prova, vez que essa seria admitida apenas se após a instrução processual ainda restasse dúvida ao

magistrado, dúvida essa que poderia ser dirimida pela produção de nova prova.

Ademais, ressalta o autor que o direito a produção das provas é das partes que tem interesse processual na confirmação de sua alegação, sendo as regras de ônus da prova importantes pois estimulam as partes a se movimentarem no sentido de requerer e produzir a prova, em razão do risco de um provimento jurisdicional desfavorável.

A busca da verdade é um dos objetivos do processo, entretanto, não é o único, pois a atuação do magistrado também deve observar os princípios da imparcialidade e do dispositivo.

Michele Taruffo rebate o argumento da parcialidade do Magistrado quanto a iniciativa probatória [9] afirmando que o mesmo é mal colocado, pois a iniciativa probatória está ligada à técnica processual e não ao princípio do dispositivo. Outrossim, aduz que o fato de acreditar-se que o juiz se que aquele que busca informações sobre um fato perde, de imediato, a noção ou o parâmetro para julgar e valorar se aquele fato aconteceu ou não no mundo do ser, o que seria por demais incongruente.

O referido autor traz argumentos históricos que reforçam o seu posicionamento no sentido de que a iniciativa probatória não afeta a imparcialidade quando traz a baila o exemplo do direito francês no qual a generalização da iniciativa probatória oficial foi compatibilizada com o princípio do dispositivo, não havendo qualquer mácula a imparcialidade.

Por sua vez, José Roberto Bedaque também relaciona argumentos no sentido de que a iniciativa probatória oficial não afeta a imparcialidade. Pode-se citar, por exemplo, que a doutrina tradicional aceita a concessão de poderes instrutórios para direitos indisponíveis.

Logo, questiona o autor se seria possível um juiz parcial para julgar direitos indisponíveis.

Ademais, afirma que determinar a realização de uma prova não significa antever o seu resultado, ou seja, o fato pode ser provado ou não. Sob outro ângulo de visão, poderia se admitir que se o juiz não determinasse a produção da prova estaria, ainda sim, beneficiando a outra parte.

3.2.3 CONTRADITÓRIO E MOTIVAÇÃO

Pelo princípio do contraditório entende-se “de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e de outro a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis[10]”.

O referido princípio está relacionado com os princípios do direito de ação e da isonomia entre as partes, uma vez que quando o constituinte garante o direito do contraditório para os litigantes demonstra que tanto o direito de ação quanto ao direito de defesa são formas de expressão do princípio do contraditório.

O direito à prova também é manifestação contraditório, vez que as partes têm o direito de fazer prova de suas alegações, bem como de produzir contraprova das alegações trazidas ao processo pela parte contrária. Na percepção de Nelson Nery o destinatário da prova é o processo e não o juiz, motivo pelo qual esse não poderia indeferir o pedido de uma prova alegando que já estaria convencido do fato sobre o qual a prova recairia[11].

Por sua vez, motivar as decisões significa que o juiz deve expor as razões de fato e de direito que o convenceram a proferir a decisão no

sentido que foi prolatada. A fundamentação deve ser substancial, expondo, de modo coerente, o raciocínio utilizado para chegar a conclusão, bem como o fundamento legal que amparou a referida conclusão.

Conforme leciona Chaim Perelman com a efetiva motivação da sentença há substituição de uma simples afirmação pela exposição de um raciocínio, bem como a substituição do mero exercício de uma autoridade pela tentativa de persuasão que se dirige às partes, Tribunais e opinião pública. Assim, a motivação traz um equilíbrio entre o direito e a moral, uma função que a seu ver é absolutamente essencial^[12].

Ademais, não se trata apenas de uma justificação racional e objetiva da decisão que será anunciada. Além do discurso retórico/persuasivo, a decisão deve demonstrar a veracidade dos fatos de acordo com as provas constantes no processo, explicando as razões que levaram o julgador a chegar a conclusão por ele preconizada^[13].

Ressalta-se que tanto o princípio do contraditório, quanto o princípio da motivação decorrem do Estado Democrático de Direito.

O juiz como detentor de um poder deve prestar contas de sua atividade e o faz através da motivação. A motivação visa convencer as partes, a opinião pública e também as instâncias superiores, que exercem o controle das decisões^[14].

Destarte, mesmo tendo o juiz determinado a produção de uma determinada prova, deve conferir a parte o direito a expressa manifestação sobre a prova produzida bem como deve demonstrar na sentença, de modo fundamentado, as razões que o levaram a proferir a decisão naquele sentido.

Indaga-se aqui qual seria a correlação entre os princípios do contraditório e motivação com os poderes instrutórios do juiz. Nesse aspecto, para quem defende a possibilidade de iniciativa probatória pelo magistrado os referidos princípios seriam “garantias” de que a imparcialidade ou isonomia não foram violados, na medida em que o juiz deve garantir às partes direito de manifestação sobre a prova que ele determinar, bem como deve justificar os motivos que o levaram a essa conclusão, conferindo assim um certo controle sobre sua decisão.

3.2.4 IGUALDADE PROCESSUAL

A Constituição Federal, em seu artigo 5, I estabelece o princípio da isonomia como um direito fundamental, cujo teor se aplica as relações processuais. Nesse sentido entende-se recepcionado o disposto no artigo 125, I, do Código de Processo Civil que estabelece competir ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento.

O princípio da igualdade se caracteriza pelo tratamento igual das partes, na medida de sua igualdade e, a contrário sensu, de seu tratamento desigual na medida de suas desigualdades.

Assim, como o princípio da isonomia também se aplica ao processo e dentro do processo o referido princípio é visto sob a perspectiva da igualdade de partes, compete ao legislador e ao juiz atuarem para que essa igualdade seja plenamente realizada[15]. Logo, não basta a atuação do magistrado no sentido de agir igualmente, vez que com a sua conduta deve neutralizar as desigualdades porventura existentes. As desigualdades podem decorrer de fatores externos ao processo, tais como pobreza, desinformação, carências em geral.

Ocorre que a plena disponibilidade da prova, em algumas situações, pode não assegurar a igualdade real buscada pela moderna ciência processual. Logo, para compensar essa desigualdade há quem defenda ser preciso reforçar o poder instrutório do juiz.

José Roberto dos Santos Bedaque traz a afirmação de que o processo não é um jogo. A atividade probatória deve buscar se aproximar da realidade dos fatos. Deve ser orientada pelo principal objetivo do processo, qual seja, alcançar a pacificação social. O resultado do processo deve ser compatível com a vontade do direito material.

Sob essa perspectiva, poderia se questionar se a participação do juiz no processo não violaria o princípio do contraditório. No entanto, não há essa situação, pois a iniciativa oficial, por ampliar os elementos de convicção, possibilita as partes melhores condições de influir no julgamento. Garante a efetiva paridade de armas.

Sobre o tema assevera Barbosa Moreira^[16]:

“o mais valioso instrumento “corretivo” para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se substitui às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante,

contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou a dificuldades de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto”.

Por sua vez, assevera Dinamarco:

“O processo civil moderno repudia a ideia do juiz Pilatos, que em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes. O art. 399 do Código de Processo Civil dá expressamente ao juiz esse poder-dever de suprir as deficiências probatórias. (...) No artigo 342 estabeleceu-se que o juiz chame as partes para serem interrogadas, a requerimento do adversário ou de ofício. Ainda existem vozes doutrinárias contra essa maneira de vez o juiz no processo, mas o compromisso de todo o juiz deve ter com o valor do justo não pode permitir solução diferente”

Todavia, deve-se ressaltar que a doutrina não é uníssona sobre o assunto, havendo quem sustente que a interferência do magistrado na iniciativa da prova poderia causar uma desigualdade entre as partes, visto que estaria beneficiando uma parte em detrimento da outra que, inerte, não requereu a produção da prova necessária a comprovação de seu direito.

5. A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO

Antes de adentrar no tema a busca da verdade, se faz importante tecer algumas considerações sobre o que a atual doutrina entende por verdade. Pela doutrina tradicional a verdade pode ser classificada como verdade material ou verdade formal. Por verdade material entende-se uma idêntica correspondência dos fatos existentes no processo com a realidade do mundo do ser, ao passo que por verdade formal é aquela decorrente da verdade que as partes “permitiram” ser conhecida, vez que o juiz se limita a analisar as provas trazidas pelas partes. O juiz se contenta com as provas trazidas pelas partes no processo, em razão do caráter disponível do direito que está se discutindo.

A atual doutrina já não faz essa distinção entre verdade formal e verdade material, pois, a uma, a verdade “material” é algo quase que inatingível, a duas, o caráter publicístico da ciência processual não permite que o juiz se conforme com as provas trazidas pelas partes, pois o escopo do processo é a pacificação social.

Com relação ao conceito de verdade, podemos citar as lições de MARINONI:

“E voltando os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: a noção de verdade hoje é algo meramente utópico e ideal (enquanto absoluto). Uma afirmação “polêmica”, como essa, exige certamente maiores esclarecimentos. Em essência o que se pretende dizer, na realidade, é que seja no processo, seja em outros campos científicos, jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente

corresponde a verdade. Realmente, a essência da verdade é intangível (ou ao menos o é a certeza da aquisição desta)[17]”

A busca da verdade, se é que se possa dizer ser possível trazê-la para o processo, é uma consequência lógica da visão publicística do processo, vez que embora a relação de direito material estabelecida entre as partes seja disponível, a tutela jurisdicional prestada pelo Estado por intermédio do processo é pública, sujeita-se a regras específicas que tem como um de seus escopos a pacificação social. O Estado tem interesse que a solução do processo seja no sentido de dar aquele que tem direito, o que “de fato” tem direito.

O processo não pode ser considerado um fim em si mesmo, devendo-se acautelar para que um formalismo exacerbado. Nesse sentido são as lições do professor Bedaque[18]:

“Não deve o processo ser escravo da forma. Esta tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam. A estrita obediência à técnica elaborada pelo legislador processual e às regras formais do processo é importante para garantir igualdade de tratamento aos sujeitos parciais, assegurando-lhes liberdade de intervir sempre que necessário. Tudo para possibilitar que o instrumento atinja o seu escopo final com a justiça.”

Por conseguinte, dentro do processo deve o juiz atuar de modo a buscar a maior semelhança possível entre os fatos aduzidos pelas partes no processo e os que efetivamente ocorreram no mundo do ser.

Todavia, questiona-se se esta busca pela verdade caracterizada pela iniciativa probatória do juiz sujeita o magistrado a limites e se, positivo, quais seriam esses limites.

Isso porque, como já dito anteriormente os princípios positivam valores a serem respeitados pelo sistema. Contudo, os princípios não se aplicam na regra do “tudo ou nada”, ou seja, ou existe ou não existe a situa o jurídica e se existente deve-se obrigatoriamente aplicar o conseqüente. Não existem princípios absolutos, sendo certo que para análise da preponderância do princípio deve ser analisado o peso dos mesmos no caso concreto.

6. PONDERA O E A LEI DE COLIZ O

Tendo em vista que os princípios elencados nos itens anteriores expressam valores consagrados pelo constituinte, bem como considerando que os valores não são absolutos, imperiosa a análise dos critérios de sopesamento dos princípios como método adequado para soluço da questão sobre a iniciativa probatória do juiz e os seus limites no Direito Processual Brasileiro.

Sobre a pondera o de princípios imperiosa as li es de Robert Alexy^[19] que trouxe para a ciência jurídica um método para aplica o do referido sopesamento.

Para o autor princípios são normas que ordenam que algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São mandamentos de otimiza o, que podem ser satisfeitos em diversos graus. Ocorrendo colisão entre eles no caso concreto, um deles terá que ceder, prevalecendo sobre o outro princípio. Todavia, isso não acarretará a invalidade do mesmo, bem como não

significa que sempre esse princípio será prevalente sobre o outro, pois sempre será necessária a análise da situação concreta para o sopesamento do princípio.

Podem ocorrer conflitos de princípios constitucionais, situação na qual pode-se dizer que há uma relação de tensão entre princípios constitucionais, chamada pelo autor de colisão. Referido conflito também deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os princípios conflitantes.

Percebe-se que o escopo da análise da ponderação será determinar qual dos princípios terá prevalência na análise do caso concreto, posto que ambos devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Logo, se analisados os princípios de forma isolada, a análise levaria a uma contradição, visto que um restringiria a possibilidade jurídica de realização do outro.

O autor sugere que a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Considerando-se o caso em concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem prevalência sobre o outro. Alterando-se as condições é possível que essa relação de precedência seja resolvida de maneira contrária.

Dentre esses critérios, pode-se citar o procedimento da proporcionalidade que é aplicado em três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Primeiramente verifica-se se a medida é adequada; posteriormente, analisa-se a necessidade da medida diante do caso concreto; por fim, realiza-se a ponderação de princípios

mediante a apuração de seu peso, definindo-se assim aquele que será concretizado.

Salienta-se que a observância do requisito posterior somente pode ser verificada na hipótese de estar presente o requisito anterior. Explica-se: primeiramente deve-se analisar se a medida é adequada. Se positivo o juízo de valor, deve-se verificar se é necessária e, se positivo também esta resposta, deve-se fazer um juízo verificando se a medida obedece aos critérios da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, caso a medida não seja adequada, deve-se entendê-la desproporcional, visto tratarem-se de critérios excludentes.

Diante do fato de o processo ser regido pelos princípios do dispositivo, imparcialidade, contraditório e motivação e isonomia, dentre outros, bem como tendo em vista o seu escopo de pacificação social que se alcança na maior medida com a fiel retratação aos autos dos fatos ocorridos no mundo do ser, indaga-se qual seria a medida adequada da incidência da iniciativa probatória pelo magistrado.

Qual seria o critério válido para o sopesamento dos referidos princípios de modo a garantir a integridade do ordenamento jurídico?

Antes de propormos uma resposta a difícil questão, imperiosa a análise de alguns institutos que estão estreitamente relacionados a questão da iniciativa probatória, dentre os quais o instituto do ônus da prova e a análise da relação jurídica de direito material subjacente à relação processual.

7. ÔNUS DA PROVA

Preliminarmente, importante salientar que a palavra ônus difere de obrigação, pois essa última se origina no descumprimento de um dever

jurídico. Inadimplida uma obrigação pode-se exigir o seu cumprimento. Todavia, a situação é diferente quando se trata de ônus pois nesse caso não há pressuposto de existência de direito alheio. A própria parte tem interesse em se desincumbir dele, pois se não fizer ficará em situação jurídica desfavorável.

Para parte da doutrina, a iniciativa probatória “exofficio” encontra limites nas regras de ônus da prova, na medida em que o juiz não poderia diligenciar no sentido de “completar” a instrução, sendo somente admissível a sua intervenção quando houvesse real dúvida.

A doutrina tradicional apresentava-se contrária a iniciativa probatória do juiz, podendo-se trazer como exemplo as lições de Moacyr Amaral Santos^[20]:

“Dá-se, assim, no processo probatório, uma perfeita interdependência de atribuições das partes e do juiz. Apenas aquelas não podem ter ingerência na função específica deste, de admitir provimentos relativos a qualquer dos atos probatórios e de avaliar e estimular as provas, porque, então, seria transformarem-se em juízes das próprias alegações. Por sua vez, o juiz não pode, a não ser dentro do critério legal e com o propósito de esclarecer a verdade, objetivo de ordem pública, assumir a função de provar fatos não alegados ou de ordenar provas quando as partes delas descuidam ou negligenciam”.

Arruda Alvin afirma que o artigo 130 do Código de Processo Civil somente se aplicaria às hipóteses em que não se opere a técnica de ônus

da prova e que exista um fato “incerto”. Essa incerteza deve decorrer da prova já produzida nos autos, não podendo o juiz se sub-rogar-se no ônus subjetivo da parte que se omitiu. Justifica sua interpretação na inspiração individualista do sistema. Todavia, aceita que deve cada vez mais prevalecer o entendimento contrário a essa concepção individualista quando afirma que:

“se o magistrado verificar que a parte não provou porque não tinha direito e em cuja verificação ingressam vários fatores, e até a intuição, não terá dificuldade de resolver o quadro pelo ônus da prova. Se, todavia, a luz das mesmas motivações chegar à convicção de que pode, com grau acentuado de convicção, haver perda do direito e atribuição de bem jurídico ‘indevidamente’ a outra parte, acreditamos que, possivelmente, e cada vez mais interpretar-se-á o sistema atrofiando-se o espaço do art. 333 do CPC. Desta forma, portanto, acreditamos que, apesar da interpretação dada, dificilmente, sendo viável, o juiz deixará de ordenar a realização e prova, ainda que omissa o litigante, se se convencer de que haverá perda do direito^[21]”.

Por sua vez, Bedaque critica tal posicionamento, argumentando que as regras de ônus da prova são regras de julgamento e, portanto, somente poderiam ser sopesadas naquele momento processual. O fundamento do ônus da prova é evitar o “non liquet”. Ademais, pondera que a iniciativa probatória do juiz pode acarretar uma diminuição do uso das regras de

ônus da prova, porém, isso está em consonância com o escopo de pacificação do processo, vez que o objetivo é que os fatos retratados no processo sejam o mais próximos possíveis da realidade.

Destarte, o poder instrutório não se limita ao ônus da prova, pois a produção probatória ocorre em momento anterior a análise sobre as questões do ônus, que somente se aplica àquelas situações de falta de prova no processo podendo, portanto, ser considerada como exceção. Ademais, os poderes instrutórios do juiz não retira das partes o ônus de demonstrar os fatos por ela alegados.

Acrescenta-se o posicionamento de Dinamarco para quem a figura do juiz moderno traz a iniciativa probatória como mais uma faceta do exercício da jurisdição. Para o referido autor o processo civil moderno repudia a ideia do juiz Pilatos que, em face de uma instrução mal feita resigna-se em face de uma injustiça, atribuindo a falha aos litigantes[22]

8. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MATERIAL

O assunto aqui tratado refere-se a posição doutrinária no sentido de que há variação dos poderes instrutórios do juiz, a depender na natureza jurídica da relação de direito substancial, se disponível ou indisponível. Na primeira situação pouquíssimos seriam os poderes instrutórios do juiz, ao passo que, na segunda a orientação seria no sentido de busca da “verdade real”.

Bedaque critica o referido posicionamento, uma vez que há um interesse público no reconhecimento do direito material àquele que de fato o tinha, ou seja, há interesse na busca de uma solução justa, independentemente da natureza jurídica do direito material em questão.

Afirma ainda que a ampliação dos poderes instrutórios do juiz é uma tendência das leis processuais modernas, que demonstra uma concepção publicista do processo. Poderia se falar em interferência na relação jurídica substancial se fosse permitido ao magistrado o julgamento ultra ou extra petita, que acarretaria a publicização também das relações de direito material.

Arruda Alvim o princípio do dispositivo limita a busca da verdade pelo magistrado, não podendo ir além do conjunto probatório trazido pelas partes e, tampouco, infringir o princípio do ônus da prova. Afirma também que se é permitido ao juiz intervir na atividade probatória para a formação de sua convicção isso somente deve ocorrer de modo subsidiário as partes, não suprimindo omissões daquela parte que foi negligente quanto a sua atuação processual[23].

9. A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA.

O artigo 130 do Código de Processo Civil traz a seguinte disposição:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Destarte, o tema proposto no presente debate é estabelecer com base no ordenamento jurídico qual o alcance da referida disposição a luz

dos princípios constitucionais, especialmente aqueles analisados no estudo aplicáveis ao sistema processual.

Parte da doutrina entende que a iniciativa probatória do juiz é livre, podendo ser realizada independentemente do conteúdo da relação jurídica de direito material subjacente, em razão do caráter público do processo que tem como principal escopo a pacificação social. Assim, para que essa paz social seja alcançada imperioso que se retrate no processo os fatos de forma mais próxima possível daqueles que efetivamente ocorreram no mundo do ser. A busca da verdade está intimamente ligada aos escopos do processo, motivo pelo qual deve ser buscada pelo juiz.

Para essa corrente doutrinária as regras de ônus da prova não seriam limitativas dos poderes instrutórios do juiz, pois são regras de julgamento, analisadas em momento processual diferente daquele referente à produção probatória.

Todavia, outra parte da doutrina se manifesta no sentido de que o princípio do dispositivo e as regras de ônus da prova são limitações para o exercício do poder instrutório pelo magistrado, que não poderia substituir a sua vontade pela das partes quanto à iniciativa probatória.

Nessas situações poderia se caracterizar violação ao princípio da imparcialidade do magistrado, visto que determinando a realização de uma prova poderia beneficiar a parte negligente no que tange ao seu resultado.

A sugestão aqui proposta é no sentido de que a iniciativa probatória do magistrado somente ocorra em caráter excepcional, nas hipóteses em que a relação jurídica de direito material seja indisponível e vise a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como nas

hipóteses em que após a produção das provas requeridas pelas partes permaneça a dúvida sobre a questão de fato controvertida.

Referida conclusão tem como fundamento a ponderação dos princípios que regem as relações processuais e de direito material.

Inegável a natureza pública do processo, que tem como escopo a garantia da paz social. Todavia, o processo é instrumento para concretização do direito material, motivo pelo qual a natureza jurídica da relação de direito material pode influenciar no sopesamento dos princípios que garante a intervenção do magistrado na produção da prova.

Sobre os fundamentos da autonomia privada nas situações patrimoniais e existenciais Rose Melo Vencelau Meireles^[24] afirma que o fundamento constitucional para os atos patrimoniais é a livre iniciativa, enquanto que o embasamento constitucional para atos de natureza existencial, ou seja, aqueles relacionadas com a personalidade, integridade física, relações familiares, é a dignidade da pessoa humana. Segundo a autora a ideia de conferir fundamentos diferentes a esses atos é possibilitar a ponderação entre eles, fazendo com que os atos fundados na dignidade da pessoa humana prevaleçam sobre os atos patrimoniais.

Destarte, tratando-se de direitos disponíveis referentes a relações patrimoniais o seu fundamento constitucional é a livre iniciativa, motivo pelo qual as partes poderiam livremente dispor da relação de direito material e, por conseguinte, das provas que entendem necessárias sob o ponto de vista processual, sem qualquer intervenção do juiz. Deve prevalecer as regras de ônus probatório e a igualdade de tratamento das partes e, por corolário, a não intervenção do juiz na iniciativa probatória.

O processo, por sua vez, é fundamental para a garantia do Estado Democrático e instrumento para a paz social e realização da justiça. Conforme leciona Ricardo Marcondes Martins^[25]:

“para que haja justiça faz-se necessário um procedimento racional, vale dizer, um procedimento estruturado sobre regras aceitas por todos os partícipes, regras essas que garantam às partes a possibilidade de apresentarem sua opinião sobre a decisão justa e que exijam a explicitação dos argumentos em prol da decisão adotada”.

Ademais, analisando o processo como instrumento para a realização da justiça, as normas processuais que estabelecem a iniciativa da parte para início da relação jurídica processual, as regras sobre ônus da prova, o princípio da isonomia é evidente que a regra é a iniciativa da parte sobre a prova, e não a iniciativa pelo juiz. Isso porque as disposições de iniciativa do processo pela parte e ônus da prova tem por finalidade demonstrar que compete, primeiramente, a parte a comprovação dos fatos por ela articulados mediante o requerimento de produção de provas por sua iniciativa. A parte é que detém maior conhecimento sobre a relação de direito material, possuindo melhores condições de escolher o meio probatório para conveniente para a comprovação dos fatos controvertidos.

Não pode a parte fazer-se substituir pelo juiz. O sistema processual foi pensado de forma a efetivar o valor justiça, motivo pelo qual traz todo o procedimento judicial que será aplicado a uma futura relação jurídica processual. Explica-se: antes de iniciar o processo a parte sabe das “regras do jogo”. Ademais, as partes têm possibilidade de saber ou ao menos

estimar qual será o seu ônus probatório no processo antes mesmo de distribuí-lo, tendo ciência de sua capacidade de provar os fatos alegados e, por conseguinte, os riscos da demanda.

Para as situações que se discute direitos patrimoniais essa é a regra, pois o princípio tutelado pelo direito material é a livre iniciativa que não se sobrepõe aos princípios tutelados pelo processo, especialmente a efetivação do valor justiça, que nesse caso satisfaz a segurança jurídica as partes, em razão de saberem do procedimento que se adotará durante o processo.

A atuação judicial quanto a iniciativa probatória nessas situações afeta o princípio da segurança jurídica e isonomia das partes que, na ponderação de princípios se sobrepõe ao valor livre iniciativa, motivo pelo qual defende-se a não intervenção do magistrado nessas situações.

Por outro lado, se a relação jurídica de direito material se referir a situações referentes a atos existenciais que concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana, a postura do magistrado não deve ser a mesma.

Isso porque realizando a mesma ponderação de princípio o princípio da dignidade humana inerente a relação de direito material e o princípio da justiça no processo que se manifesta através da segurança jurídica e isonomia, deve-se prevalecer a dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual é admissível a intervenção do magistrado na iniciativa probatória independentemente da atuação das partes e das regras de ônus da prova. O peso do princípio da dignidade da pessoa humana nessa situação prevalece sobre o peso da segurança jurídica.

Adotar posturas com base na relação jurídica de direito material subjacentes as relações processuais não implica no afastamento do caráter público do processo. Trata-se, na verdade, da ponderação dos princípios que embasam a elaboração das regras processuais e que no sistema atual não podem ser aplicados de modo absoluto. Afinal, não há princípios ou valores absolutos. A análise da prevalência de cada um vai depender da análise do caso concreto.

Por fim, quando após a produção probatória restar dúvida ao magistrado, é possível a sua iniciativa, pois ele é o destinatário da prova. Nessa situação as partes não foram negligentes. Requereram a produção das provas que entendiam cabíveis para a comprovação do seu direito. No entanto, as provas trazidas foram insuficientes para o convencimento do juiz, motivo pelo qual pode o magistrado determinar a produção de uma nova prova.

Aqui, ressalta-se, não haver preclusão *projudicato*, podendo o magistrado determinar inclusive a produção de uma prova que houvera indeferido anteriormente.

O processo é instrumento para a realização da justiça, motivo pelo qual a estrita observância dos procedimentos previstos na lei processual é necessária para efetivação do valor. O processo não pode se transformar em instrumento para realização de um valor pessoal do magistrado e tampouco transformar-se em uma situação surpresa para a parte.

Sendo assim, o mecanismo para efetivação dos princípios inerentes ao processo é a iniciativa probatória do magistrado somente de modo excepcional, nas situações em que a relação jurídica de direito material refira-se a atos que concretizem o princípio da dignidade da pessoa

humana ou, atuação subsidiária, nas hipóteses em que produzida a prova a matéria fática controvertida continuar duvidosa.

10. CONCLUSÃO

A Constituição Federal garante as partes o direito a produção probatória, direito esse que decorre da interpretação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Inquestionável que a parte interessada deve ter garantido pelo magistrado o direito de produzir as provas que entende necessárias a comprovação dos fatos controvertidos existentes no processo.

Ademais, o princípio norteador do Direito Processual é o do livre convencimento motivado, previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz apreciará livremente os fatos e circunstâncias existentes no processo, ainda que não alegados pelas partes, devendo indicar na sentença os motivos que o levaram a referida conclusão.

Percebe-se que a motivação é condição para o exercício do livre convencimento pelo juiz, visto ser uma garantia constitucional do jurisdicionado. Sobre o tema leciona Nelson Nery Junior^[26]:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas

ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.

Ocorre que a legislação processual também admite a iniciativa probatória do juiz, haja vista o disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil, “in verbis”:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Assim, o presente trabalho visa analisar qual a amplitude do supracitado dispositivo, bem como tecer considerações a aplicação do mesmo ao processo do trabalho.

A partir do século XIX a ciência processual ganhou autonomia frente ao direito material, passando a ser concebida a natureza jurídica pública do processo.

A matéria atinente a prova está prevista na Constituição e visa efetivar nos embates jurídicos estabelecidos entre os litigantes os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

No que tange as iniciativas probatórias do juiz as legislações estrangeiras variam quanto a conferência ou não desses poderes ao juiz. Como exemplo de não conferência de poder instrutório ao magistrado pode-se citar a Espanha. O direito alemão e sueco confere poderes instrutórios limitados ao juiz, enquanto que o Chile e o direito do trabalho italiano conferem livres poderes instrutórios ao magistrado.

No direito nacional há controvérsias sobre os limites de iniciativa probatória pelo juiz, haja vista o teor do artigo 130 do Código de Processo Civil.

As relações processuais são regidas, dentre outros, pelos princípios do dispositivo, imparcialidade, contraditório e motivação, igualdade processual e tem como um de seus objetivos alcançar a verdade, essa não mais entendida como a “verdade formal”, mas sim como a transcrição para o processo dos fatos de modo mais aproximado possível da forma que eles ocorreram.

Todavia, os referidos princípios, que traduzem valores positivados no ordenamento jurídico, podem se colidir na análise de uma situação concreta, sendo imperiosa a análise da ponderação e lei de colisão dos princípios. Para Alexy princípios são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em diversos graus. Destarte, havendo colisão entre eles no caso concreto, um deles terá que ceder, prevalecendo sobre o outro princípio. Todavia, isso não acarretará a invalidade do mesmo, bem como não significa que sempre esse princípio será prevalente sobre o outro, pois sempre será necessária a análise da situação concreta para o sopesamento do princípio.

Por sua vez, as regras de ônus da prova visam trazer para estabelecer quem será o responsável pela produção da prova, sendo certo que a inércia da parte a quem competia trazer a prova para o processo faz com que a parte negligente fique em uma situação processual desfavorável. Destarte, há quem entenda que as regras de ônus da prova limitam o poder do magistrado quanto a iniciativa probatória, pois não poderia substituir a atuação da parte, enquanto que outra parte. Todavia,

há posicionamento em sentido oposto, argumentando que as regras de ônus da prova são regras de julgamento, apreciadas em momento diferente da produção probatória, motivo pelo qual não interferiria na iniciativa probatória do juiz.

Outra questão surge quanto a variação da iniciativa probatória do juiz sob a análise da natureza jurídica da relação de direito material. Parte da doutrina entende que o fundamento do direito material não pode influenciar a iniciativa probatória do juiz em razão da natureza pública e do escopo do processo de pacificação social. Todavia, também há posicionamento no sentido de que tratando-se de direitos indisponíveis o poder instrutório do juiz seria mais amplo que nas hipóteses de direitos disponíveis.

Destarte, no presente artigo defendeu-se a posição de que o fundamento da relação jurídica de direito material influencia a atuação do magistrado, sendo certo que nas situações jurídicas em que se discutem direitos indisponíveis o poder instrutório do juiz é maior e exercido concorrentemente às partes.

O fundamento da referida conclusão é que as relações de direito indisponíveis são fundamentadas no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual sopesado no processo face ao princípio da segurança jurídica decorrente do direito processual, sobre ele prevalece. Ao contrário senso, tratando-se de relação jurídica negocial de direito disponível, o princípio constitucional que a fundamenta, livre iniciativa, não é pesado o suficiente para afastar a segurança jurídica que o direito processual materializa na relação jurídica processual.

Ademais, também se admite a iniciativa probatória pelo juiz de modo subsidiário às partes quando produzidas as provas por ela requeridas continue a existir a dúvida quanto a situação jurídica fática controvertida.

O processo é meio de efetivação da justiça, na medida em que garante as partes a segurança jurídica necessária para travar uma relação processual sem surpresas. A iniciativa probatória pelo juiz em concorrência com a parte, sem qualquer critério, traz para o processo o elemento surpresa, afastando-o da segurança jurídica que tem por objetivo positivar no ordenamento e por isso somente pode ser admitida em situações excepcionais.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, 15. Edição, São Paulo: RT, 2012

ALVIM, Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão prejudicatio em matéria de prova. In: Ativismo judicial e garantismo processual. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos, Wilson Levi. Bahia: Editora Juspodium, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In *RePro* n. 37. São Paulo: RT.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. Efetividade do Processo e técnicaprocessual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 6 edição revista e atualizada. Editora Malheiros, São Paulo, 2009

DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; participação e processo. DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kasuo (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz: entre o privatismo e o publicismo do processo brasileiro. In: Ativismo judicial e garantismo processual. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos, Wilson Levi. Bahia: Editora Juspodium, 2013.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz e o princípio dispositivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. São Paulo: Editora Malheiros.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Autonomia privada e dignidade humana. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

NERY, Nelson Junior. Princípios do Processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10. Edição.

PERELMAM, Chaim. Lógica Jurídica. Nova retórica. Tradução Verg[omoa L. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. Tradução: Maria Ermentina Galvão. São Paulo: 1999, Editora Martins Forense.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. MARTINS, Ricardo Marcondes. A justiça arquetípica e a justiça deôntica. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Sétima Edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1983.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho, 4. Edição, Editora LTR: São Paulo, 2011

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Temas de Processo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2000

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TARUFFO, Michelle. Uma simples verdade. O juiz e a reconstrução dos fatos. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.

NOTAS:

[1] NERY, Nelson Junior. Princípios do Processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10. Edição, p. 291.

[2] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 6 edição revista e atualizada. Editora Malheiros, São Paulo, 2009, p. 51

[3] NERY, Nelson Junior. Princípios do Processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10. Edição, p. 87

[4] MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. São Paulo: Editora Malheiros, p. 15

[5] PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Sétima Edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 121-122

[6] PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Sétima Edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 77

[7] DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; participação e processo. DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kasuo (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 114-127, 1988.

[8] ALVIM, Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão prejudicada em matéria de prova. In: Ativismo judicial e garantismo processual. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos, Wilson Levi. Bahia: Editora Juspodium, 2013, p. 98-99

[9] TARUFFO, Michelle. Uma simples verdade. O juiz e a reconstrução dos fatos. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012, p.204-205

[10] NERY, Nelson Junior. Princípios do Processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10. Edição, p. 210.

[11] NERY, Nelson Junior. Princípios do Processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10. Edição, p. 211

[12] PERELMAM, Chaim. Lógica Jurídica. Nova retórica. Tradução Verg[omoa L. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 211

[13] GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz: entre o privatismo e o publicismo do processo brasileiro. In: Ativismo judicial e garantismo processual. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos, Wilson Levi. Bahia: Editora Juspodium, 2013, p. 596

[14] PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. Tradução: Maria Ermentina Galvão. São Paulo: 1999, Editora Martins Forense, p. 566

[15] Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

[16] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In *RePro* n. 37. São Paulo: RT.

[17] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 251.

[18] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 26

[19] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-179

[20] SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 259-260

[21] ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, 15. Edição, São Paulo: RT, 2012, p. 971.

[22] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1, 2. Edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 115

[23] ALVIM, Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão projudicato em matéria de prova. In: Ativismo judicial e garantismo processual. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos, Wilson Levi. Bahia: Editora Juspodium, 2013, p. 103

[24] MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 98

[25] PIRES, Luis Manuel Fonseca. MARTINS, Ricardo Marcondes. *A justiça arquetípica e a justiça deôntica*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012, p. 86.

[26] NERY, Nelson Junior. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10. Edição, p. 291.

O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA ADEQUADA COMO DIREITO HUMANO: PRIMEIROS COMENTÁRIOS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal.

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Direito à Moradia Adequada. Direitos Sociais.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 O Reconhecimento do Direito à Moradia Adequada como Direito Humano: Primeiros Comentários.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação

alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança

privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da*

legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes^[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz^[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”*[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”*[9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os

servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “*Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos*”[\[10\]](#), tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[\[11\]](#). A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[\[12\]](#), devido processo legal[\[13\]](#), acesso à Justiça[\[14\]](#), liberdade de locomoção[\[15\]](#) e livre entrada e saída do país[\[16\]](#).

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[\[17\]](#), reafirmando, deste modo, os princípios

estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos

pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade,

liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[26].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[27]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[28] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[29], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[30], da reserva legal[31]

e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[32], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[33].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”* [34], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram

submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[35]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”*[36]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[37], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [38], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [39], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho,

remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais^[40].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que*

germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal” [41]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais” [42], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [43], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos*

interesses de um indivíduo, de um grupo” [44] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e

reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[45].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”* [46]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”* [47]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[48] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram

como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 O Reconhecimento do Direito à Moradia Adequada como Direito Humano: Primeiros Comentários

Em um primeiro painel, ao refletir sobre o que é o direito à moradia adequada, pode-se afirmar que uma série de condições devem ser atendidas antes que formas particulares de abrigo possam ser consideradas como moradia adequada. Para que o direito à moradia adequada seja satisfeito, há alguns critérios que devem ser atendidos. Tais critérios são tão importantes quanto à própria disponibilidade de habitação. Neste aspecto, é possível enumerar elementos estruturantes para a materialização do direito humano à moradia adequada^[49]. O primeiro requisito repousa na segurança da posse, porquanto a moradia não é considerada adequada se os seus ocupantes não são detentores de um grau de segurança de posse que assegure a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças. Igualmente, há que se computar a disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura, eis que a moradia não é adequada se o seus ocupantes não possuem água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo. No que compete à economicidade, quadra explicitar que a moradia não é descrita como adequada, caso o seu custo ameace ou comprometa o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes. Em relação à

habitabilidade, cuida ponderar que a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde[50].

No que pertine à acessibilidade, na condição de requisito para a materialização do direito em comento, a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta. Já a localização estabelece que a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas. Por fim, no que toca à adequação cultural, a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural. As características do direito à moradia adequada são esclarecidas em comentários gerais do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Comitê reforçou que o direito à moradia adequada não deve ser interpretado de forma restritiva[51]. Pelo contrário, deve ser visto como o direito de viver em algum lugar em segurança, paz e dignidade. A melhor forma de entender o direito à moradia adequada é entender que ele é composto por três elementos: liberdades, garantias e proteções. O direito à moradia adequada inclui, mas não se limita, às seguintes liberdades: (i) proteção contra a remoção forçada, a destruição arbitrária e a demolição da própria casa; (ii) o direito de ser livre de interferências na sua casa, à privacidade e à família; (iii) O direito de escolher a própria residência, de determinar onde viver e de ter liberdade de movimento. O direito à

moradia adequada inclui, mas não se limita, às seguintes garantias: (i) segurança da posse; (ii) restituição da moradia, da terra e da propriedade; (iii) acesso igualitário e não discriminatório à moradia adequada; (iv) participação, em níveis internacional e comunitário, na tomada de decisões referentes à moradia. Por fim, o direito à moradia adequada também inclui proteções: (i) proteção contra remoção forçada é um elemento-chave do direito à habitação adequada e está intimamente ligada à segurança da posse.

No mais, consoante a ONU já assentou, o direito à moradia adequada abrange medidas que são necessárias para evitar a falta de moradia, proibir as remoções forçadas e a discriminação, focar nos grupos mais vulneráveis e marginalizados, garantir a segurança da posse a todos, e garantir que a habitação de todos seja adequada[52]. Essas medidas exigem a intervenção governamental em vários níveis: legislativo, administrativo, de políticas e/ou prioridades de gastos. Porém, o direito à moradia adequada pode ser implementado através de uma abordagem em que o governo viabilize a habitação, ao invés de provê-la. O governo torna-se o facilitador das ações de todos os participantes na produção e na melhoria das habitações. Políticas, estratégias e programas baseados na abordagem da viabilização têm sido promovidos pela ONU desde 1988.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em:

<<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Direito à Moradia Adequada**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jun. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/peças/34357>>. Acesso em 21 jun. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 21 jun. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007. SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015. _____ . Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015. _____ . Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015. _____ . Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 21 jun. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jun. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 21 jun. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme

a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] MORAES, 2003, p. 28.

[27] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[28] SILVA, 2004, p. 157.

[29] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[32] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[33] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever,

imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[34] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[35] COTRIM, 2010, p. 160.

[36] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

[37] MORAES, 2011, p. 11.

[38] SANTOS, 2003, s.p.

[39] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[40] SANTOS, 2003, s.p.

[41] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[42] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[43] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[44] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[45] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à

preserva o de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira gera o (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Prote o constitucional da fauna (CF, Art. 225,   1 , VII) - Descaracteriza o da briga de galo como manifesta o cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - A o Direta procedente. Legisla o Estadual que autoriza a realiza o de exposi es e competi es entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. .  rgo Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jun. 2015.

[46] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[47] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[48] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degrada o das liberdades ou a deteriora o dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes na es. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de solu es também globais. Tais “solu es” são os direitos de terceira gera o.[...]”

[49] BRASIL. **Direito   Moradia Adequada**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013, p. 13.

[50] Ibid.

[51] BRASIL. 2013, p. 13-14.

[52] Ibid, p. 16.