

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 433

(ano VII)

(03/09/2015)

ISSN - 1984-0454



**Conteúdo  
Jurídico**  
[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DO DIA



03/09/2015 Leonardo Sarmento

» [CPMF ou "imposto sobre grandes fortunas"? O que é de interesse?](#)

### ARTIGOS

03/09/2015 Braulio Bata Simoes

» [Aspectos polêmicos na gênese dos executivos fiscais](#)

03/09/2015 Christian Robert dos Rios

» [A tutela jurisdicional dos direitos sociais parâmetros hermenêuticos](#)

03/09/2015 Manoel Nicolau da Silva Júnior

» [História do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo](#)

03/09/2015 Ângelo Soares Castilhos

» [Panorama Geral dos Agravos na Justiça Eleitoral e Suas Perspectivas em Relação ao Novo Código de Processo Civil](#)

03/09/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Explicações ao Plano de Preservação de Sítio Histórico Urbano \(PPSH\): Apontamentos à Portaria nº 299/2004 do IPHAN](#)

### MONOGRAFIA

03/09/2015 Ismael de Córdova

» [O papel do advogado na gestão do suas: um estudo a partir do acesso aos direitos socioassistenciais](#)

## CPMF OU "IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS"? O QUE É DE INTERESSE?

LEONARDO SARMENTO: Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

A Advocacia-Geral da União requereu para que o Supremo Tribunal Federal rejeite a ação que quer obrigar o Congresso Nacional a instituir um imposto sobre grandes fortunas. Para a AGU, embora a Constituição diga que compete à União instituir o tributo, o artigo 153, que trata da regra, traz “uma faculdade” e não uma imposição.

O pedido de intervenção do STF no assunto foi feito em março deste ano pelo governador do Maranhão, Flavio Dino (PCdoB), que é ex-juiz federal e ex-deputado federal. Sustenta Dino, que o Congresso é omissivo ao não instituir o imposto, descrito no artigo 153 da Constituição. Para ele, essa falta de ação impede que sejam concretizadas as ideias do texto constitucional, “como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Dino cita estudos da Receita Federal segundo os quais a Receita deixa de arrecadar entre R\$ 14 bilhões e R\$ 100 bilhões com a omissão legislativa. Ele reconhece que o dinheiro iria para os cofres da União e só pingaria nos estados por meio de repasses. Mas o financiamento da educação, por exemplo, seria beneficiado com o novo tributo: segundo a inicial levada ao STF, 18% da arrecadação tributária federal devem ser investidos na área. E esse valor é administrado pelos estados e municípios.

Entretanto, em parecer enviado ao Supremo a AGU não chega a discutir o mérito da taxação de grandes fortunas. Apenas diz que o pedido é inviável, pois quer que o Supremo dê 180 dias para o Congresso editar uma lei sobre o assunto.

De acordo com a AGU, a jurisprudência do Supremo não permite, em ação de inconstitucionalidade por omissão, como é o caso, que o Judiciário imponha prazo obrigatório a outros poderes. Isso, segundo a AGU, “afrontaria a independência dos poderes”.

Ousamos discordar do nada querido pelos seus pares, mas com grande prestígio entre os palacianos por seus préstimos, Luís Inácio Adams, não confundamos com o outro Luís Inácio seu amigo, pois é um tema dividido e que precisaria de nova consulta plenária pela nova configuração do Supremo Tribunal Federal. Respeitar a independência entre as funções de Poderes é importante ditame constitucional, respeitar a conformação legislativa também, mas conferir efetividade aos *mandamus* constitucionais afigura-se de tamanho a importância a ponto de criar-se ADO e o Mandado de Injunção como remédios. Sabemos que nem toda omissão é inconstitucional, dessa forma, a inconstitucionalidade por omissão não decorre do dever geral de legislar, mas sim de uma determinação constitucional permanente e concreta de legislar. Ou seja, as omissões legislativas advêm de normas que impõem ao legislador a adoção de medidas que assegurem a efetividade da [Constituição](#). Deixemos para o Supremo decidir se entende ou não esta omissão de 27 anos como inconstitucional.

Não entendemos como uma mera questão de oportunidade e conveniência política como quis denotar o PGR. Pois vejam:

**Art. 153.** Compete à União instituir impostos sobre:

VII- grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

O Constituinte não conferiu um poder discricionário para sua criação, ao contrário, à nosso sentir ordenou a sua criação via Lei Complementar.

O Brasil tem uma distorção tributária muito grande porque taxa em excesso o consumo e subtributa o patrimônio e a renda. Consequentemente você faz com que os preços no Brasil de diversos bens fiquem majorados em torno de 50%. Então uma pessoa vai comprar um bem, ela está pagando o valor sem os impostos mais 50% de impostos ligados ao consumo. Quando você

tem uma tributação mais equilibrada, como nos países desenvolvidos, essa tributação sobre o consumo não excede 30%. Então você tem bens a preços melhores para o consumo da população. Quando você tem imposto sobre grandes fortunas entrando no conto tributário, você permite aliviar uma parte dessa tributação do consumo sem sacrificar a arrecadação pública. E, quando você faz isso, você está tomando medidas pró-crescimento. E medidas pró-crescimento repercutem do ponto de vista fiscal na melhoria da arrecadação e, portanto, na parte mais saudável das finanças públicas.

Para uma crítica de que não tem conhecimento suficiente das realidades “alienígenas” ou buscam fundamentos para proteger grandes fortunas. Dizem algumas vezes que a instituição deste imposto poderia acarretar a fuga do capital destas grandes fortunas para outros países. Os que pensam que vão lucrar com essa questão de sair do país se enganam, porque nos outros países o Imposto de Renda não é tão baixo como aqui, com 27,5%, a alíquota mais baixa do mundo. Em outros países é 40%, 50% e até 60%. Então se alguém pensa que vai para outro país para se dar bem pode ser que exista alguma ilha no mundo, mas talvez não caiba tanta gente.

Quando você tem uma sociedade com má distribuição de riquezas, você tem uma atividade econômica mais frágil. O imposto sobre grandes fortunas teria uma arrecadação semelhante àquela que tinha a CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), mas respeitando os princípios da Capacidade Tributária, da Isonomia e Justiça Tributária. Portanto bem acima até do ajuste fiscal pretendido pelo governo.

Perguntamos: Por que ressuscitar um tributo que onera muito mais a todos (CPMF) e deixar de instituir um tributo com previsão constitucional que onerará apenas os que tem condições econômicas para serem onerados? Por que não praticarmos a solidariedade nos termos do art. 3º, I da CRFB?

Para reflexão cabe-nos sopesar se a não criação do “imposto sobre grandes fortunas”, se a não colocação em pauta pelo Congresso Nacional, não atenderia mais aos instintos privatistas dos nobre congressistas que ao interesse público de seus representados.

Para que não haja confusões interpretativas, sempre formos ferrenhos defensores de um Estado responsável, quando sabemos que um Estado responsável para uma realidade contemporânea de desenvolvimento é um Estado mais próximo de um Estado mínimo, um Estado que se afastasse do modelo inchado, obeso, quase que lúdico que a gestão atual do país impõe. Agências reguladores com autonomia e eficiência, concessões para iniciativa privada com efetiva fiscalização e o Estado focado em garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, isto sem adentrar em maiores detalhamentos, em um modelo que se aproxime de um Estado gerencial.

Antes de se cogitar em aumento de tributos, imponderável o dever de o Estado fazer a sua parte, reduzir-se, gastar o dinheiro público que administra com eficiência, sem desvios e desperdícios. O dia que alcançarmos este estado de eficiência não apenas não haverá motivos para aumento de tributação, que já se mostra em sua totalidade para alguns setores quase que confiscatória, mas abrir-se-á fáticas possibilidades para reduzirmos os famigerados tributos sobre o consumo, um dos grande impeditivos finalísticos para o crescimento e a competitividade do país. O combate à sonegação é outra medida fundamental de arrecadação, e definitivamente esta não se faz com aumento de impostos.

Assim a criação do IGF é uma válvula de escape que a Constituição estipulou para arrecadar, mas ao encontrar um equilíbrio iniciar o processo dedesoneração imediato quando a fonte geradora do tributo for o consumo. Enquanto houver uma tributação confiscatória, ou próxima, a sonegação permanecerá, quando alguns dentro da legalidade paragão muito e outros na ilegalidade sonegarão muito para manterem-se competitivos, eis uma injustiça

tributária fática, mas de sobrevivência a partir de uma ilicitude, em um país com o fisco desequilibrado.

## ASPECTOS POLÊMICOS NA GÊNESE DOS EXECUTIVOS FISCAIS

**BRAULIO BATA SIMOES:** Doutorando em Direito Tributário - PUC-SP, como aluno bolsista CNPQ - modalidade integral; Mestre em Direito Tributário - PUC-SP; Especialista em Direito Tributário - IBET; Especialista em Direito Processual Civil - PUC-SP; Tecnólogo em Gestão Pública - UNISUL; MBA em Legal Administration - EPD; Membro do IBDT; Advogado em São Paulo.

**Resumo:** O presente artigo cuida das questões práticas de alta indagação logo no início do tramite das execuções fiscais. Desta feita é analisada não apenas os problemas que surgem quando da análise da legislação mas também o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial.

**Palavras-Chave:** Direito Tributário. Processo Tributário. Cautelar Fiscal. Tutelas de Urgência Tributária.

**Abstract:** The following article deals with practical questions of high difficulty, in the beginning of the judicial fiscal procedures. Therefore it is crucial to analyze not only the law but also the problems trough the eyes of the doctrine and the jurisprudence .

**Keywords:** Procedural Tax Law. Tax Law. Procedural Law.

**Sumário:** *Introdução. 1) A indispensabilidade da execução fiscal para a cobrança do crédito tributário no sistema brasileiro. 2)A Competência Judicial nas Execuções Fiscais. 3) Os sujeitos que ocupam o polo ativo e passivo nas execuções fiscais. 4)O grave problema da distribuição das ações de execução fiscal. A citação nos executivos fiscais. Conclusão.*

---

### Introdução

A execução fiscal se apresenta, muitas vezes, como a primeira real oportunidade de defesa para o contribuinte. A pragmática acumula casos e mais casos de processos que permanecem sem a manifestação ou defesa dos devedores executados. Isto ocorre por conta do conhecimento tardio da cobrança executiva, que ocorre apenas após a citação ou até mesmo apenas quando se tem um bem ou valores em conta penhorados.

Desta feita, é natural que grandes e interessantes discussões processuais tributárias surjam, logo na gênese deste delicado e especial procedimento da execução fiscal. Esta é a proposta do presente artigo, analisar questões jurídicas polêmicas que surgem nos executivos fiscais, entre a apresentação da petição inicial pelo ente público e a citação do devedor.

### **1) A indispensabilidade da execução fiscal para a cobrança do crédito tributário no sistema brasileiro**

A sistemática da cobrança do crédito tributário brasileiro elegeu o processo executivo fiscal como o único meio constitucionalmente estabelecido para que se realize a exação fiscal. Sabemos que por diversas vezes, o poder público pode, com base no poder de polícia e na autoexecutoriedade dos atos administrativos, executar e efetivar as suas decisões de forma direta, sem a necessidade de socorrer-se do Judiciário.

É natural que assim seja, vez que, muitas vezes, não haverá tempo hábil para socorrer-se do Judiciário e ao mesmo tempo proteger o interesse público. Citamos como exemplos do exercício desta autoexecutoriedade administrativa, a possibilidade de apreensão de um veículo que esteja estacionado de modo irregular em via pública, ou então, a possibilidade de interdição de um estabelecimento comercial do gênero de alimentos por irregularidades e desrespeito a normas da vigilância sanitária. Contudo, a sistemática da cobrança no direito tributário não se operacionaliza da mesma forma.

Como sabemos, mesmo sendo o crédito tributário constituído por um ato administrativo<sup>[1]</sup>, não pode o poder público invadir a esfera patrimonial do contribuinte sem utilizar-se da via constitucionalmente prevista – a execução fiscal. A gravidade e a necessidade de respeito absoluto a esta sistemática adquirem contornos ainda mais sérios ao constataremos que o título executivo extrajudicial que embasa a possibilidade de ajuizamento da execução (certidão da dívida ativa - CDA) é o único título executivo extrajudicial confeccionado de forma unilateral pelo credor, sem a participação do devedor.

A importância deste título executivo extrajudicial para a execução, por meio da CDA, pode ser visualizada logo por meio do que preceitua o artigo 6º da Lei 6.830/80, a Lei de Execuções Fiscais (LEF), exigindo sua presença na exordial:

Art. 6º - A petição inicial indicará apenas:

I - o Juiz a quem é dirigida;

II - o pedido; e

III - o requerimento para a citação.

§ 1º - A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita.

§ 2º - A petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

§ 3º - A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial.

§ 4º - O valor da causa será o da dívida constante da certidão, com os encargos legais.

Como podemos visualizar, a CDA deve instruir a petição inicial, sendo que aqui já cabe uma importante nota: cabe ao Poder Judiciário realizar um juízo de admissibilidade desta exordial, inclusive, quanto à regularidade do título que embasa a exação. Nesta linha de raciocínio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. PRESCRIÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS ANTERIORMENTE AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO FISCAL. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO. LEGALIDADE. INEXIGIBILIDADE DA CDA. POSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO DA INICIAL. 1. A prescrição pode ser decretada pelo juiz ex officio por ocasião do recebimento da petição inicial do executivo fiscal, ou antes de expedido o mandado de citação, porquanto configurada causa de indeferimento liminar da exordial, nos termos do art. 295, IV, c/c art. 219, § 5º, do CPC, bem assim de condição específica para o exercício do direito da ação executiva fiscal, qual seja, a exigibilidade da obrigação tributária materializada na CDA. 16. Recurso especial desprovido. REsp 1004747 / RJ RECURSO ESPECIAL 2007/0265384-2. DJ 18.06.2008.

Vale destacar, que, inclusive para driblar este escudo judicial que já surge na gênese dos executivos fiscais, existem inúmeras tentativas e projetos de lei, por enquanto fracassados, diga-se de passagem, que procuram “acelerar” a cobrança do crédito tributário transferindo a etapa de cobrança diretamente para a administração tributária. Dentre alguns projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados, destaca-se o PL 5.080/2009 que repassa a competência para executar créditos fiscais inteiramente para a Procuradoria da Fazenda Nacional, ao arrepio de toda nossa sistemática constitucional<sup>[2]</sup>.

Assentadas as devidas premissas e já fundamentada constitucionalmente a indispensabilidade e a importância da execução fiscal em nosso sistema, passemos a analisar algumas características e requisitos indispensáveis do procedimento e a análise da problemática referente à sua gênese.

## **2) A Competência Judicial nas Execuções Fiscais**

Um tema que logo de início gera questionamentos é quanto à competência para processamento das execuções judiciais. Como sabemos, a competência corresponde à fração de poder que é conferida a cada órgão jurisdicional, tendo a nuance de garantia processual do jurisdicionado conforme expressamente consta do art. 5º, incisos LIII e XXXVII da Constituição Federal<sup>[3]</sup>.

Quanto à competência material, temos que os créditos da União e de suas autarquias e fundações serão ajuizados perante a Justiça Federal, ao passo que os créditos do Estado, Distrito Federal e Municípios serão ajuizados perante a Justiça Estadual. Vale destacar aqui uma nuance, o artigo 15, inciso I, da Lei nº 5.010/66, possibilita a delegação da competência para processamento das execuções fiscais dos entes federais, nos entes estaduais, caso o domicílio do devedor se encontre em comarca que não seja sede de vara federal. Vale destacar que o recurso de eventual sentença proferida pro vara estadual com competência de vara federal deverá ser analisado perante o Tribunal Regional Federal competente.

Devemos ainda recordar que existe mais uma exceção a esta regra – o regime do Simples Nacional, previsto na Lei Complementar nº 123 de 2006. Como sabemos, o Simples nacional abrange tributos de todos os entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O artigo 41 da mencionada Lei, em seu §2º<sup>[4]</sup>, preceitua que competirá à PGFN a cobrança de tais créditos, perante a justiça federal competente.

Também vale mencionar que, nas execuções fiscais vigora o princípio da especialidade do juízo da execução, de forma que fica afastada a competência de outros juízos universais como os de falência, recuperação judicial, etc. Esta interpretação resulta da sistemática dos artigos 5º e 29 da Lei nº 6.830/80 (LEF), bem como do artigo 187 do CTN[5].

Em linhas gerais, o sistema pátrio estabelece que o cumprimento de sentença na execução civil é regulado pelo que preceitua o artigo 475 – P[6], do Código de Processo Civil, sem maiores discussões. Contudo, se a execução for de título executivo extrajudicial, as normas de competência são do tipo relativa, aplicando-se a mesma forma de procedimentos que a competência em geral. Em outros termos, para a execução de títulos executivos extrajudiciais, a sistemática geral estabelece que, primeiramente, deve-se verificar se há foro de eleição; se não houver vai prevalecer o do praça de pagamento; não havendo praça de pagamento prevalecerá a regra geral de competência do foro do domicílio do réu.

Uma vez que nas execuções fiscais temos títulos extrajudiciais embasando o processo judicial – a já comentada CDA, poderíamos pensar que a regra a ser aplicável nos executivos fiscais seria a mesma. Contudo, não é o que vivenciamos na prática de nossos Tribunais, tudo por conta do que preceitua o artigo 578 do Código de Processo Civil, in verbis:

Art. 578. A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.

Parágrafo único. Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o

ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar.

Tal norma do CPC leva a alguns debates na doutrina. A primeira posição [7] a ser destacada é de que o art. 109, § 1º, da Constituição impõe que as demandas ajuizadas pela União sejam propostas no foro do domicílio do réu (“As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte”). Como é uma regra destinada a assegurar o acesso à justiça, também deve ser observada pelos demais entes da Federação. Por isso, para essa corrente, o foro do domicílio do executado, previsto no caput do artigo em comento, prefere sobre seu parágrafo único, de forma que as hipóteses previstas seriam subsidiárias.

Já a segunda posição é aquela externada pelo Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento de recursos repetitivos REsp 1120276/PA, 1ª Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, entendeu que a Fazenda Pública tem a faculdade de optar por propor a execução fiscal (art. 578, caput e p. U., CPC): i) no foro de qualquer dos domicílios do réu ou, se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado; ii) havendo mais de um devedor, no foro de qualquer deles; iii) no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, ainda que nele não mais resida o réu; iv) no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar.

Sendo assim, chegamos à conclusão de que, em tese, o réu não tem o direito de ser demandado no seu domicílio, de forma que existe a possibilidade de se aplicarem as outras hipóteses do art. 578, parágrafo único transcrito acima.

Para os causídicos que militam na seara tributária, a dificuldade relacionada à competência tributária é corrente, vez que gera profundas relações com a temática da conexão entre as ações tributárias. Sabemos

que a conexão entre duas ações ocorre quando têm, em comum, o objeto ou a causa de pedir (art. 103 do CPC). Se também o pedido fosse idêntico, ter-se-ia litispendência e não apenas conexão. Desta feita, a conexão autoriza a modificação da competência territorial de uma das ações para que, reunidas em um único Juízo, sejam processadas e julgadas sem contradição.

Nesta linha de pensamento é que o artigo 28 da Lei nº 6.830/80 (LEF), permite que sejam reunidas (apensadas) execuções fiscais existentes em face de um mesmo devedor, em privilegio da unidade da garantia da execução, de forma que os feitos passam a tramitar conjuntamente. A competência será do juízo da execução fiscal mais antiga – paragrafo único do mesmo artigo 28. Com o apensamento, os atos serão unificados diante do processo mais antigo, de forma que um leilão judicial aproveitará a todas as execuções apensadas.

Vale destacar que com relação às outras ações tributárias, temos que conexão entre a ação anulatória e os embargos à execução sempre foi encarada como recorrente, vez que se está combatendo o mesmo crédito tributário - na anulatória se combate o crédito que deu ou que dará origem à certidão de dívida ativa que embasará a execução fiscal e que será combatida por meio dos embargos à execução fiscal.

Por este motivo, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp 787.408, reconheceu a necessidade de reunião da ação anulatória com a execução fiscal, quando o crédito que se pretende desconstituir na ação anulatória é justamente aquele objeto da execução fiscal. É que a concessão de antecipação de tutela na anulatória tem efeito suspensivo da execução e a sua procedência prejudica a execução, extinguindo-a em face da inexistência do crédito exequendo. Assim, “reunem-se a ação anulatória com a execução fiscal em nome da segurança jurídica, da economia processual e em razão do objeto mediato das ações ser o mesmo (a dívida em cobrança e sua exigibilidade)” [8].

Contudo, poderíamos nos perguntar qual o juízo competente diante da conexão entre ações tributárias? O Juízo competente, diante da conexão entre execução fiscal ou seus embargos, ou ainda com outras ações, é o Juízo da Execução, ou seja, o do domicílio do réu, com as ponderações feitas acima por conta do parágrafo único do artigo do 578 CPC,.

Ademais, correndo a ação de conhecimento em Vara Federal comum ou especializada (Tributária), a reunião com os embargos opostos à execução fiscal ajuizada se dará na Vara Federal de Execuções Fiscais. Na prática Isto dependerá do momento que a ação anulatória for ajuizada e também da esfera de competência – federal ou estadual. Na esfera federal dependerá também da região. Como exemplo, temos que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região estabelece como competência especializada a da execução fiscal.

Desta feita, a conduta a ser adotada no caso concreto dependerá de cada Magistrado Federal que tome conhecimento do caso, variando de acordo com o momento de ajuizamento. Exemplificando, com base na competência absoluta do juízo das execuções para o processamento da execução fiscal, se for ajuizada uma anulatória enquanto já estiver correndo a execução fiscal já tivemos a oportunidade de vivenciar alguns juízos que desconsideram a ação anulatória, mesmo que tenha havido depósito na esfera cível, de forma que não restará suspensa a execução por conta do depósito efetuado na anulatória – tudo por conta de ser o juízo das execuções fiscais um juízo absoluto e especializado.

Em outras oportunidades já verificamos juízos que, diante da conexão entre ações com débitos diversos, suspendem os feitos ou então passam a executar apenas o débito não discutido em ação anulatória, julgando o processo sem se pronunciar sobre o outro débito porque entendem que já vinha sendo discutido em ação própria. Em suma, ainda não temos uma resposta uniforme para a conexão entre ações tributárias,

o que acaba por impactar a questão da competência das execuções fiscais, sendo problema recorrente na gênese do procedimento.

### **3) Os sujeitos que ocupam o polo ativo e o polo passivo nas execuções fiscais**

Como sabemos, o processo sempre se inicia pela vontade das partes, aplicação corolária do princípio do impulso oficial, que estabelece que cabe às partes iniciar a lide perante o Poder Judiciário. De fato, seria, no mínimo estranho, imaginarmos um magistrado iniciando um processo de cobrança diretamente contra um devedor, e posteriormente julgando este mesmo processo. Estaria, em nossa opinião, vulnerado um pressuposto processual de validade do processo judicial – a imparcialidade do julgador oficial.

Por este motivo, sempre devemos estar atentos ao estudo daqueles que podem ocupar o polo ativo de uma execução fiscal. Não só pelo impulso oficial citado acima, mas também pela contundência com que se desenvolve a cobrança da dívida ativa, que possui, em nosso entender, “regalias” que não se aplicam na execução[9].

A primeira categoria é daqueles legitimados ativos que denominamos de naturais, por serem responsáveis pela grande massificação dos executivos fiscais. São os entes políticos da administração direta, representados por suas procuradorias fazendárias, União[10], Estados, Distrito Federal e Municípios. Regra geral, também ocupam o polo ativo, as pessoas jurídicas da administração indireta daqueles entes, tais como as autarquias e fundações públicas. Desta feita, concluímos que a sistemática da execução fiscal não pode ser utilizada pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, que são obrigadas a utilizar o processo de execução comum do Código de Processo Civil, de maneira semelhante as demais pessoas jurídicas de direito privado.

Contudo, eis mais uma questão que não pode ser visualizada de forma hermética. A dúvida surge por conta de constatarmos que, na verdade, é a especificidade do regime de direito eleito pelo ente público é que vai definir a possibilidade ou não da utilização da execução fiscal na cobrança de seus créditos. Citamos como exemplos, os casos relacionados à autarquia Banco Regional do Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE, em que o STJ afirmou que a despeito de o ente ser uma autarquia, não poderia utilizar do regime – RESP 35.415/RS, bem como o RE nº 225.011/MG, onde o STF estendeu aos Correios, a despeito de ser uma empresa pública, a possibilidade de utilização da execução fiscal na cobrança de seus créditos.

Quanto ao polo passivo, a questão atinge a mais alta complexidade, de forma que o estudo minucioso daqueles que ocupam o polo passivo da execução fiscal deverá ser reservado para momento próprio. Contudo, apenas a título de demonstração, teceremos alguns comentários.

Basicamente, a legitimidade passiva se resume nos devedores e responsáveis. A LEF (Lei 6.830/80) estabelece em seu artigo 4º<sup>[11]</sup> as possibilidades em que a execução fiscal poderá ser promovida. Neste assunto destaca-se a importância de aquele que ocupa o polo passivo na execução fiscal, também constar da Certidão da Dívida Ativa. A este respeito, as palavras contundentes de Humberto Theodoro Junior<sup>[12]</sup>:

Não sendo a execução forma de apurar a responsabilidade, mas apenas de realizar créditos líquidos, certos e exigíveis, toda execução tem por base, e por limite o título executivo (CPC, art. 583). Para definir-se a legitimação passiva do executado, portanto, não basta pesquisar quem, em tese, pode responder pela dívida. É indispensável identificar quem, concretamente, se acha vinculado ao título, já que *nulla executio sine titulo*.

Entendemos que os maiores desvios dos princípios constitucionais se concentram exatamente nesta fase de cobrança do crédito tributário. Por uma questão de facilitação da cobrança e do entendimento de que o crédito tributário deve ser salvo a qualquer custo, vivenciamos que a prática permite a inclusão tardia de determinadas pessoas na CDA, mesmo que durante o processo de execução, por meio do problemático redirecionamento do feito.

A questão que surge é verificar em que condições e limites temporais e circunstanciais isto pode se dar, sem que estejam sendo vulnerados determinados princípios constitucionais. Entendemos que carecem de uma resposta segura perguntas como: qual o momento ou as condutas que possibilitam a aferição segura desta responsabilização? Qual o procedimento a ser observado? Quais os princípios que regem tal procedimento? Quais implicações processuais, sobretudo no campo das execuções fiscais, regem a matéria? Quais os prazos de decadência e prescrição para a configuração de tal responsabilização?

Não obstante o artigo 8º da Lei 6.830/80 possibilitar a emenda e substituição da CDA antes da decisão de primeira instância, entendemos que não supre, por si só os questionamentos e lacunas do sistema, de modo que podemos concluir que as perguntas enumeradas linhas atrás ainda carecem de respostas seguras e conclusivas, levando a problemas que também podem ser verificados não só ao longo dos executivos fiscais, mas também em sua gênese.

#### **4) O grave problema da distribuição das ações de execução fiscal. A citação nos executivos fiscais**

Finalmente, eis mais um grave problema que assombra os executivos fiscais em seu nascimento. Sabemos que a praxe aponta a conduta dos entes públicos em ajuizar as execuções fiscais no último momento possível de seu ajuizamento, atolando o Judiciário e desprestigiando toda uma sistemática constitucional e processual já estabelecida.

Atento ao tema, em entrevista ao site Consultor Jurídico, o Magistrado Federal Paulo Cesar Conrado, não obstante sinalizar uma mudança de perfil por parte da PGFN, afirma que a distribuição das Execuções Fiscais em lotes ainda continua a acontecer<sup>[13]</sup>:

O juiz passa quatro meses sem distribuição nenhuma e, de repente, vêm 20 mil processos de uma vez, o que desarticula todo o planejamento. Mas existe um esforço que vem sendo feito pela Procuradoria da Fazenda Nacional. A origem desse problema é a Receita Federal, que inclui os débitos não pagos pelo contribuinte na dívida ativa. [...]

Entendemos que esta conduta do Fisco fere o princípio Constitucional da Eficiência. Este princípio deve ser aplicado à atuação do Estado, não só sob o ângulo da atuação eficiente do Poder Judiciário, mas também, principalmente, nos processos em que o Estado atua como parte. Desta feita, não é eficiente um órgão que deixa o ajuizamento das execuções fiscais para o último minuto. Acaba por ferir, também, o princípio da duração razoável do processo, vez que o contribuinte acaba sofrendo demandas executivas no fechar das cortinas.

Tal conduta também gera profundos reflexos na maneira como a citação se dá nos processos executivos fiscais. Sabemos que os artigos 7º e 8º<sup>[14]</sup> da Lei 6.830/80 trazem regras gerais sobre a citação na execução fiscal. A peculiaridade fica por conta de que a regra geral é a citação por correio, sendo possível, diante de sua falência e subsidiariamente a citação por edital. Vale destacar que não há previsão legal para a citação por hora certa no procedimento desta lei especial.

Retornando à discussão a respeito do ajuizamento tardio das execuções fiscais, mesmo que se alegue que esta conduta é direito do Fisco poderíamos cogitar da aplicação da teoria do abuso de direito, que por si só considera o ato abusivo como ilícito, de acordo com o artigo 187<sup>[15]</sup> do Código Civil.

Também temos que esta conduta acaba por ferir mandamentos do Código de Processo Civil, especialmente o artigo 219 e seus §s . Explicamos: A conduta de protocolar as execuções fiscais quase no momento da ocorrência da prescrição se dá com sucedâneo no §1º do artigo em comento, que preceitua: “A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação”.

Desta feita, uma vez protocolada a execução fiscal, o Fisco repassa integralmente a responsabilidade pela citação ao Poder Judiciário, sem se atentar ao que preceitua o § 2º do mesmo artigo: “Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequente ao despacho que a ordenar [...]”, de forma que concluímos que a responsabilidade pela citação é da parte autora e não do Poder Judiciário. Na prática, quando o Fisco descarrega todas as suas ações, de uma só vez no Poder Judiciário, repassa seu ônus, o que não deveria acontecer.

Na prática, isto significa que, se o juiz despachar o feito proposto após quatro anos, 11 meses e 30 dias da constituição do crédito tributário, a prescrição não ocorrerá. Atento a esta problemática, Renato Lopes Becho<sup>[16]</sup> entende que tal conduta acaba por gerar efeitos indesejáveis que violam a Constituição Federal e acabam, inclusive, por gerar um aumento no número de feitos executivos.

Como podemos visualizar, a questão do ajuizamento tardio das execuções aliado às questões que refletem na citação, também é capaz de gerar inúmeros problemas de ordem prática e teórica quando do exame da gênese das execuções fiscais.

## **Conclusão**

O presente artigo buscou efetuar uma análise da problemática recorrente nos executivos fiscais logo em sua gênese. Mostramos que as questões de competência e conexão entre as ações tributárias, bem como a composição dos polos ativo e passivo estão longe de oferecer uma solução pacífica e segura para aqueles que militam na área.

Também procuramos esmiuçar ainda mais o tema, fazendo uma incursão a respeito das consequências nefastas do ajuizamento tardio das execuções fiscais, aliado notas a respeito da citação no processo de execução fiscal. Concluímos que a execução fiscal revela, hodiernamente, um dos campo mais complexos e interessantes da sistemática de cobrança tributária, propiciando inúmeros debates e sendo importante ferramenta de estudo em busca das soluções a médio e longo prazo.

### Referências

BECHO, Renato Lopes. Efeitos do ajuizamento tardio das Execuções Fiscais. Revista Dialética de Direito Tributário nº 170.

CONRADO, Paulo César. Entrevista concedida ao site Conjur: Acesso em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-29/entrevista-paulo-cesar-conrado-diretor-foro-justica-federal-sp>.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil. São Paulo: RT. 2011, pág 615.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012: item 161.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Lei de execução fiscal. São Paulo: Saraiva: 1995. P, 22.

VELLOSO, Andrei Pitten. Reforma da execução fiscal: a legitimidade constitucional das propostas de penhora administrativa e de execução da dívida ativa pelo Fisco. Curso modular de direito processual civil. Florianópolis: Conceito, 2011, p. 635.

### NOTAS:

[1] Vale ressaltar que a doutrina se divide a respeito da natureza jurídica do lançamento – se ato ou procedimento administrativo.

[2] VELLOSO, Andrei Pitten. Reforma da execução fiscal: a legitimidade constitucional das propostas de penhora administrativa e de execução da dívida ativa pelo Fisco. *Curso modular de direito processual civil*. Florianópolis: Conceito, 2011, p. 635.

[3] Art. 5º [...]

LIII – ninguém sera processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

[...]

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[4] Os créditos tributários oriundos da aplicação desta Lei Complementar serão apurados, inscritos em Dívida Ativa da União e cobrados judicialmente pela Procuradoria da Fazenda Nacional, observado o disposto no inciso V do § 5º deste artigo.

[5] Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

[6] Art. 475-P. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I – os tribunais, nas causas de sua competência originária; II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição; III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

[7] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*. São Paulo: RT. 2011, pág 615.

[8] PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012: item 161.

[9] Entendemos que a mais impactante é o já mencionado fato de a CDA ser o único título executivo extrajudicial confeccionado de forma exclusiva pelo credor.

[10] Pelo alto grau de especialização com que se dá a representação da União nos processos judiciais, vale destacar que a responsabilidade nos processos tributários sempre é da Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN).

[11] Art. 4º. A execução fiscal poderá ser promovida contra:

I – o devedor;

II – o fiador;

III – o espólio;

IV – a massa;

VI – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, e

VI – os sucessores a qualquer título.

[12] THEODOR JUNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. São Paulo: Saraiva: 1995, p, 22.

[13] Entrevista de Paulo César Conrado. Acesso em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-29/entrevista-paulo-cesar-conrado-diretor-foro-justica-federal-sp>.

[14] Art. 7º - O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para:

I - citação, pelas sucessivas modalidades previstas no artigo 8º;

[...]

**Art. 8º** - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;

III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital;

IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterà, apenas, a indicação da exequente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo.

§ 1º - O executado ausente do País será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias.

§ 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

[15] **Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[16] A respeito do tema conferir interessante artigo publicado pelo autor: BECHO, Renato Lopes. *Efeitos do ajuizamento tardio das Execuções Fiscais*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 170.

## A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS PARÂMETROS HERMENÊUTICOS

**CHRISTIAN ROBERT DOS RIOS:** Delegado de Polícia da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo. Mestrando em Direito do Programa do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho de São Paulo - Área de Concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade; Linha de Pesquisa: Justiça e Paradigma de Eficiência. Especialista em Segurança Pública pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo - UFES. Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Atualmente integra o grupo de pesquisa do Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil Lattes do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), na linha de pesquisa Ensino de Língua e Literatura ([dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3742920810657747](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3742920810657747)). Professor visitante do Centro de Pós-graduação da Universidade Nove de Julho de São Paulo. Trabalhou como professor de graduação em instituições de ensino superior e em cursos preparatórios para concursos da área jurídica. Atuou como professor em cursos de formação e aperfeiçoamento na Academia da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo. Desempenhou a função de tutor de ensino à distância na Academia Nacional de Polícia do Ministério da Justiça. Tem experiência na área do Direito e da Educação, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal. Autor do livro **MANUAL DE POLÍCIA JUDICIÁRIA - DOCTRINA E PRÁTICA**, SÃO PAULO: EDIPRO, 2014.

**RESUMO:** Este artigo tem por objeto o controle judicial das políticas de direitos sociais e os respectivos parâmetros interpretativos. Parte-se da identificação histórica dos contornos constitucionais dos direitos sociais a caracterizá-los nos dias atuais como direitos subjetivos. Analisam-se os parâmetros hermenêuticos esposados pela doutrina neoconstitucionalista. Conclui-se pela corresponsabilidade do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais fundamentais, evidenciando-se a inadequação do cientificismo juspositivista como vetor dessa desejável concretização.

**Palavras-chave:** direitos sociais; hermenêutica constitucional; judicialização de políticas; controle judicial.

**ABSTRACT:** This article focuses on the judicial review of social rights policies and the respective interpretive guiding parameters. It starts with the identification of historic constitutional contours of social rights to characterize them in presents days as subjective rights. Analyzes the

hermeneutical parameters espoused by neoconstitutionalist doctrine. The results confirmed the responsibility of the judiciary in the effectiveness of fundamental social rights, demonstrating the inadequacy of juridical positivist scientism as vector of this desirable achievement.

**Keywords:** social rights; constitutional hermeneutics; political jurisdiction; judicial control.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1.Perspectiva histórica dos direitos sociais. 2. A constitucionalização dos direitos sociais. 3.A hermenêutica constitucional. 4.A corresponsabilidade do Poder Judiciário. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## INTRODUÇÃO

Este artigo incursiona no Sociologismo Jurídico, na Escola da Exegese, no Normativismo Kelseniano, no Positivismo e no Neopositivismo, engendrando-se a discussão em torno da judicialização de políticas públicas como vetor de concretização dos direitos sociais fundamentais.

Em tempos em que se constata a não efetivação de vários direitos sociais encartados na Constituição Federal com caráter de direitos fundamentais, exsurge a necessidade de se refletir sobre a responsabilidade do Poder Judiciário como protagonista legítimo na concretização impositiva dessa dimensão de direitos humanos.

Nos primeiros capítulos procurar-se-á identificar as linhas demarcatórias dos direitos sociais desde a sua evolução histórica até o atual quadro de positivação constitucional.

Em seguida, investigar-se-á a hermenêutica constitucional em perspectiva com a doutrina dos princípios, confrontando-se algumas correntes positivistas e neopositivistas.

O método de pesquisa a ser empregado é o dedutivo, partindo-se dos conceitos gerais de direitos sociais, hermenêutica e judicialização de políticas para chegar-se ao particular contexto da responsabilidade do

Poder Judiciário na concretização de políticas públicas de direitos sociais fundamentais. Utilizar-se-á a técnica de pesquisa bibliográfica, examinando-se os apontamentos históricos e teóricos de cientistas e jusfilósofos nacionais e estrangeiros.

### 1. Perspectiva histórica dos direitos sociais

As permanentes transformações do cenário social impactam os direitos humanos desencadeando sucessivos movimentos de expansão ao longo da história:

No processo de reconhecimento dos direitos humanos também se estabelece uma ampliação progressiva do conteúdo dos direitos reconhecidos, o que vem a ser uma exigência diante da *dinamogenesis* de novos direitos, que são novos reclamos ou concretizações ou novas interpretações de direitos preexistentes. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 109)

Vladmir Oliveira da Silveira e María Mendez Rocasolano (2010, p. 112) prelecionam que os direitos humanos evoluíram a partir da aclamação das liberdades civis e dos direitos políticos, passando pelos direitos de igualdade ou prestacionais - compreendendo aqui os direitos sociais - até o surgimento dos direitos difusos ou de solidariedade:

Ao percorrer estes três períodos é possível observar o nascimento das sucessivas *gerações* de direitos humanos, que evoluíram conforma a sociedade se transformava. São elas: (1) os direitos de *Primeira Geração*, que aclamavam as liberdades civis e os direitos políticos, e são também chamados “Direitos de Liberdade”, de autonomia ou de participação; (2) os direitos de *Segunda Geração*, denominados “Direitos de Igualdade” ou prestacionais, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais; e (3) os “Direitos dos Povos”, que marcam a *Terceira Geração* de direitos humanos, e que correspondem aos direitos difusos ou da solidariedade.

Os direitos de primeira geração ou dimensão voltam-se à proteção das liberdades individuais, sobretudo impondo uma postura negativa do Estado frente ao direito de liberdade e seus consectários.

Ainda que inicialmente identificadas como resultado dos reclamos da classe burguesa frente às amarras impostas pelo totalitarismo, as declarações formais de direitos individuais foram propulsoras do reconhecimento da dignidade humana, conforme ilustra Vladmir Oliveira da Silveira e María Méndez Rocasolano (2010, p. 127):

Finalmente, a partir das declarações de direitos do final do século XVIII e com o auxílio da férrea ferramenta do direito, abre-se caminho para uma dinâmica e progressiva luta em favor da dignidade da pessoa frente ao poder estabelecido.

Seguindo essa proposição, os êxitos do movimento liberal individualista não esgotaram a evolução dos direitos humanos, destacando-se, entre os marcos jurídicos precursores dos direitos sociais, a Constituição Francesa de 1791:

A declaração de direitos da Constituição de 1791 destaca-se por seu pioneirismo na identificação dos reclamos sociais, abrindo a porta – pode-se assim dizer – para a segunda geração dos direitos humanos, muito embora os direitos civis e políticos continuassem a preponderar. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 140)

Ao passo que o liberalismo individualista não se sustentou isolado nas várias Declarações de Direitos que ampliaram a concepção de dignidade humana no transcurso do século XVIII, as constituições mexicana e alemã, de 1917 e 1919 respectivamente, consolidaram o surgimento do constitucionalismo social fundante da perspectiva prestacional positiva na relação verticalizada entre Estado e indivíduo.

É, contudo, no contexto da Revolução Industrial do século XIX, que a ampliação progressiva dos direitos humanos encontra, nas reivindicações trabalhistas e de assistência social que permeavam a tensão entre capital e trabalho, os anseios pelo direito à igualdade. No momento

em que o Estado assumiu o papel de compatibilizar os interesses conflitantes, as demandas sociais transformaram-se em direitos.

Vera Maria Ribeiro Nogueira (2001, p. 92) relaciona a gênese dos direitos sociais à Política de Bem-estar Social (*Welfare Policy*) criada na década de 40 em meio à expansão da produção capitalista e os princípios da sociedade salarial:

As decorrências deste processo (*Welfare State*) se estendem para os estatutos e garantias jurídicas (universalização da cobertura da proteção social garantida como direito social – exigindo financiamentos com fundos públicos) e regulação econômica (um padrão de financiamento público da economia capitalista, tanto na produção como reprodução social, levando os conflitos originários do trabalho para o interior do Estado). A alteração de princípios e valores surge a partir da inflexão no padrão de acumulação com o escopo de superar uma de suas crises cíclicas.

O ser humano passa a ser projetado coletivamente, enquanto que ao Estado é incumbida a tarefa de minimizar as desigualdades sociais, sobretudo por meio da assistência material e da criação de oportunidades de acesso ao emprego, à renda, à saúde e à educação.

Esclareça-se que, por óbvio, os direitos sociais não surgiram abruptamente no tempo e na história, cumprindo anotar desde logo que a consolidação de tais atributos é marcada por avanços e retrocessos, havendo que esclarecer que a demarcação histórica que se faz aqui considera as etapas mais relevantes da conformação constitucional da segunda geração de direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer que tais direitos pautaram o contínuo desenvolvimento social, seja em forma de aspiração ideal ou de formalizações esparsas, ainda que não concretizados em sua plenitude até os dias atuais.

## **2. A constitucionalização dos direitos sociais**

Na sucessão dos acontecimentos históricos relacionados no capítulo anterior, os direitos sociais passaram, gradativamente, a integrar as constituições de diversos países:

No âmbito europeu cabe citar a Constituição francesa de 1946, a italiana de 1948, e a Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949. Mais recentemente, a Constituição portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978. No continente americano, especialmente na América Latina, também se seguiu a elaboração de constituições com estatutos de direitos sociais, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição Política da Colômbia de 1991. (CARVALHO, 2006, p. 21).

José Afonso da Silva (2005, p. 286), define os direitos sociais como

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, **enunciadas em normas constitucionais**, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (grifamos)

Referindo-se aos direitos sociais positivados na Constituição Federal Brasileira, Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 31), sintetiza: “o tema da Justiça Social está contemplado, sobretudo, nos arts. 6º, 7º, 170 e 193 da Lei Maior”. E o mesmo autor aduz: “tais preceptivos são de máxima relevância; contudo há também outros versículos de grande significação”.

Pode-se assim afirmar que os direitos sociais estão profusamente assinalados na atual Constituição Federal do Brasil, nos dispositivos que em alguma medida refletem pretensões de bem-estar social, a exemplo das normas atinentes à seguridade social, à comunicação social, à educação e desporto, à família, ao meio ambiente, à política urbana e agrária e ao trabalho. É, entretanto, no Capítulo II do Título II que estão expressos nomeadamente os direitos sociais como categoria de direitos

humanos fundamentais: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O artigo 6º da Constituição Federal contempla os direitos humanos de segunda geração/dimensão e a amplitude semântica dos termos que enumera, bem como a sua natureza programática, não desqualifica sua exigibilidade imediata, independentemente de qualquer condicionamento.

Discorrendo sobre a textura aberta do direito[1], Hebert L. A. Hart (2009, p. 175) pontua:

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso.

A propósito da generalidade e abertura das regras constitucionais, a lição de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2011, p. 4): “As normas constitucionais são dotadas de um caráter aberto, amplo e genérico que lhes permite abarcar uma pluralidade de situações”.

Esse signo de abertura dos princípios constitucionais amplia o protagonismo judicial na densificação[2] dos direitos fundamentais, propiciando uma atuação criativa do julgador diante da necessidade de concretização dos valores sagrados para a democracia.

As normas constitucionais têm, portanto, em sua essência, um caráter aberto, mormente aquelas de cunho programático indicadoras de fins e valores a serem concretizados, fazendo-se necessário, diante dessa imprecisão, compreender como o aplicador do direito deve guiar-se na hermenêutica dos dispositivos relativos aos direitos sociais:

Este caráter aberto das normas constitucionais é decorrência da própria essência da Constituição que é responsável pela fixação das diretrizes e princípios

fundamentais do Estado, bem como em virtude de as normas constitucionais, na maioria das vezes, apresentarem-se como princípios ou normas programáticas. Essas últimas contêm disposições indicadoras de valores a serem respeitados e assegurados e fins sociais a serem alcançados. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 75).

Veremos nos capítulos seguintes que a existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos nas regras constitucionais definidoras de direitos sociais não é impeditiva a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo (BANDEIRA DE MELO, 2010, p. 57).

### 3. A hermenêutica constitucional

Comentando a Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas, Paulo Nader (2011, p. 304) afirma que a linguagem participa da articulação do pensamento e o faz mediante proposições, que são as suas partes elementares, passíveis de verdade. Com efeito, a linguagem tem o poder de direcionar o pensamento humano e atua decisivamente na criação da realidade (RIOS; RIOS, 2014, p. 36).

Canotilho (1993, p. 365), ao discorrer sobre a hermenêutica constitucional, nos remete à ideia dos símbolos linguísticos: “Interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada”.

Interpretar “significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada.” (BOBBIO, 2006, p. 212)[3].

Ou seja, a interpretação é a atribuição de um significado a vários símbolos linguísticos, mediante a utilização de critérios (ou medidas) que, em conformidade com a doutrina hermenêutica, se pretendem objetivos, transparentes e científicos:

A interpretação jurídico-constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários

símbolos linguísticos escritos na Constituição. Esta interpretação faz-se mediante a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objectivos, transparentes e científicos (teoria ou doutrina da hermenêutica). (CANOTILHO, 1993, p. 376).

O juspositivismo<sup>[4]</sup> tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social (BOBBIO, 2006, p. 221).

Para o Cesare Beccaria (1997, p. 20), o juiz deve julgar adstrito ao método científico de dedução - silogismo - e qualquer raciocínio a mais gera incerteza e obscuridade:

O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A premissa *maior* deve ser a lei geral; a premissa *menor*, a ação conforme ou não a lei; a *consequência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro. (BECCARIA, 1994, p. 20).

É de se atentar para as limitações impostas por tais perspectivas reducionistas da atuação jurisdicional, ainda mais quando se enfrenta as lacunas no ordenamento:

O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora do Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo; e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente. A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. (KELSEN, 2009, p. 395).

Além do mais, a ciência “neutra e superior” é moralmente cega e muda à fonte de recursos (SOUZA; DUTRA, 2011, p.14).

Noutro giro, Descartes (2007, p.37) afirma que a capacidade de bem julgar e de distinguir o verdadeiro do falso é naturalmente igual em todos os homens:

Não é verossímil que todos se enganem nesse ponto: antes, isso mostra que a capacidade de bem julgar, e distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se chama o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens. (DESCARTES, 2007, p. 37).

Todavia, criticando a ficção segundo a qual a interpretação da norma jurídica só pode levar a uma única conclusão “correta”, Kelsen (2009, p. 396) esclarece que em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, esse ideal somente é realizável aproximativamente.

Com efeito, a necessidade de uma interpretação dinâmica resulta justamente

[...] do fato de a norma ou o sistema de normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo e o de maior valor, mas deixarem ante esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – à sentença judicial, por exemplo. (KELSEN, 2009, p. 392).

De mais a mais, a interpretação científicista é incapaz de colmatar as já mencionadas lacunas do direito:

A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do direito é uma função criadora que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo. (KELSEN, 2009, p. 395).

Assim como o legislador, o julgador é um criador do direito e nesta função é relativamente livre, ingressando a voluntariedade no processo de aplicação da lei. Na atividade cognoscitiva do órgão julgador o processo de criação pode valer-se, além do direito positivo, de outras normas de incidência:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, etc. (KELSEN, 2009, p. 393).

Tem-se, portanto, que alcançar princípios de interpretação que possam ancorar a Constituição em uma realidade externa mais segura e determinada e “essa tarefa não é simples. Um problema básico é que o texto deixa em si mesmo um espaço grande demais para o exercício da imaginação” (TRIBE; DORFE, 2007, p. 13).

O juiz, ao aplicar as leis, deve fazer mais do que operar um processo autômato de dedução:

Não existe fórmula capaz de eliminar definitivamente a necessidade de escolhas judiciais, embora haja certas fórmulas que tentem esconder tal necessidade atrás de declarações de “intenção original” ou de “significado claro” do texto da norma”. (TRIBE; DORF, 2007, p. 37).

É de se atentar que uma justiça paralisada favorece a concentração do poder e gera a impossibilidade de se instaurar uma dialética em torno de conflitos sociais, conforme adverte Foucault (1997, p. 74): “A paralisia da justiça está ligada menos a um enfraquecimento que a uma distribuição mal regulada de poder, sua concentração em um certo número de pontos e aos conflitos e descontinuidades que daí resultam”.

O julgador, como aplicador/intérprete e intérprete do direito, “opera no mundo da ambiguidade, devido ao caráter geral da norma jurídica. Sua função não é automatizável porque consiste na absorção da incerteza” (LOSANO, p. 371)[5].

O direito é constituído por um conjunto de textos normativos que exprime a vontade do legislador e demanda, para a sua adequação às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais (BOBBIO, 2006, p. 213), uma *interpretação dinâmica*[6] por parte da jurisprudência.

A interpretação é o caminho que leva à aplicação da lei, sendo imperioso que o intérprete decifre o texto e compreenda o seu conteúdo, o seu alcance e a sua finalidade (MEYER-PFLUG, 2011, p. 85).

Nesse processo cognoscitivo o intérprete deve considerar o contexto social em constante mudança, situando o direito em conformidade com a sua significação mais atual:

No decorrer de poucos anos, as leis mudam de significado, indo muito além da intenção originária de seus autores, sem sofrerem a mínima mudança em seus elementos gráficos [...] como a norma já é um dado de referência pré-constituído, um “querer já manifestado genericamente” e posto por ato de autoridade, torna-se necessário interpreta-la à luz das circunstâncias histórico-sociais em que ela se situa,

bem como verificar qual a sua significação real a partir de sua vigência. (REALE, 1999, p. 563).

Samantha Meyer-Pflug (2011, p. 77) consigna que:

A interpretação das normas constitucionais deve ater-se a esses elementos políticos e sociais, de maneira que a norma constitucional possa cumprir o seu papel dentro do ordenamento jurídico, sem distanciar-se da realidade social que visa regular. As aspirações políticas da Constituição devem orientar o intérprete durante a sua atividade, sob pena de invalidar o próprio Texto Constitucional.

Aliás, superado o dogma da completude do direito (BOBBIO, 2011, p. 126) [7], franqueia-se ao julgador a possibilidade de uma atuação criativa, sendo-lhe conferido um papel ativo diante de cláusulas abertas ou mesmo quando confrontado com a realidade dinâmica que escapa à normatização.

A propósito, a lição Hebert L. A. Hart (2009, p. 264):

Ao interpretar as leis ou os precedentes, os juízes não têm à sua disposição somente as alternativas da escolha cega e arbitrária da dedução “mecânica” a partir de normas de significado predeterminado. Com muita frequência, sua escolha é guiada pelo pressuposto de que o objetivo das normas que estão interpretando é razoável, de modo que estas não se destinam a perpetrar a injustiça ou ofender princípios morais estabelecidos. A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer.

Robert Alexy (1993, p. 83)[8] equipara os princípios às regras, preconizando tratem-se de categorias distintas de normas jurídicas:

Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deontológicas básicas do mandamento, da permissão e de proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas. (tradução do autor)

Para Ronald Dworkin (2002, p. 42) o julgador deve considerar que os princípios “[...] possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quanto os princípios se inter cruzam [...] quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles”[9].

Na lição de Canotilho (1993, p. 306), essa ponderação é um balanceamento de valores e interesses que o intérprete realiza diante de princípios aparentemente conflitantes: “Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”[10].

Nessa perspectiva, a ponderação de princípios constitui caminho necessário para o intérprete:

A interpretação constitucional diz respeito tanto à interpretação do próprio Texto Constitucional, tendo em vista os seus princípios e regras, como à interpretação dos atos normativos infraconstitucionais em relação à Carta Magna, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis tem por objeto a própria Constituição e por finalidade tornar aplicável o Texto Constitucional às realidades fáticas. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 73).

No mesmo sentido, Daniel Sarmento (2000, p. 54):

Os princípios constitucionais desempenham também um papel hermenêutico constitucional, configurando-se como genuínos vetores exegeticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais. Neste sentido, os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados.

Destarte, os princípios são vetores de concretização das normas contidas na Constituição e o intérprete

[...] deve, portanto, adotar uma solução que confira à norma constitucional a máxima efetividade, é dizer, a sua plena operatividade e eficácia. Ressalte-se que este princípio é utilizado para a interpretação de todas as normas constitucionais, sendo de grande valia, principalmente, em face das normas programáticas e de direitos fundamentais. Trata-se, na verdade, de um reforço ao princípio da unidade da Constituição. Nesse sentido busca-se atribuir eficácia a todas as normas constitucionais, evitando-se assim a existência de “normas não jurídicas”. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 80).

Nessa perspectiva, o intérprete deve conferir a maior eficácia à norma constitucional, assegurando assim a aplicabilidade das diretrizes preconizadas na Carta (MEYER-PFLUG, 2011, p. 83).

Sem embargo, não se pode ignorar o truísmo segundo o qual a existência e o reconhecimento por grande parte do grupo social não é suficiente para garantir a efetividade dos direitos. Com efeito, o caráter constitucional das normas que definem os direitos sociais não é suficiente para garantir, por si só, a concretização dos fins a que se destinam, sendo necessário, por vezes, o fluxo do que o filósofo inglês Herbert Lionel Adolphus Hart (2009, p. 125) denominou de “normas de julgamento”, uma categoria de normas secundárias que conferem poderes judiciais e

um *status* especial às declarações judiciais sobre o não-cumprimento de obrigações, ou seja, normas adicionais que impõem aos juízes a responsabilidade de julgar<sup>[11]</sup>.

#### 4. A corresponsabilidade do Poder Judiciário

Os direitos sociais previstos na Constituição são judicializáveis, uma vez que conferem aos seus destinatários o direito subjetivo de exigir do Estado as prestações respectivas:

Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da expressão. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 56).

Vladmir Oliveira da Silveira e María Mendez Rocasolano (2010, p. 123) afirmam que: “para formular os direitos humanos devemos, antes de tudo, reconhecer os direitos subjetivos do indivíduo – que decorrem de sua condição de ser humano”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 25) afirma que as normas constitucionais que prescrevem os direitos sociais conferem, de imediato, ao administrado direito a “obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras”.

Ingo Sarlet (2012, p. 300) posiciona-se no mesmo sentido:

[...] mesmo a partir de normas de cunho programático, que, em princípio, reclamam uma *interpositivo legislatoris*, é possível deduzir-se, por vezes, um direito subjetivo individual.

Inegavelmente, pois, a Constituição Federal obriga o Estado a conferir efetividade aos direitos sociais fundamentais, momento em que surge uma situação jurídica, cabendo ao Poder Judiciário suprir as falhas

dos outros poderes. Nesta hipótese, o Poder Judiciário assume legitimamente o protagonismo na garantia da concretização dos direitos prestacionais.

Aliás, quando a fruição de direitos fundamentais é obstaculizada ou afetada negativamente, seja pela inação administrativa ou por práticas nocivas à coletividade, a sociedade encontra no Poder Judiciário a sua salvaguarda.

Diante do desatendimento do plexo normativo e principiológico que orienta a concretização dos direitos sociais, emerge, portanto, o Poder Judiciário como garantidor da efetividade da Constituição Federal.

Cabe, entretanto, para delimitar os contornos da corresponsabilidade do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais aqui esposada, fazer a distinção entre o que se denomina de um lado *judicialização da política* e de outro lado *ativismo judicial*.

A judicialização pressupõe que

[...] algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2012, p. 24)

Para Luís Roberto Barroso (2012, p. 25), a judicialização da política caracteriza-se pelo deslocamento de questões sociais ou políticas para o âmbito de decisão do Poder Judiciário, enquanto que o ativismo judicial é um modo de interpretação proativa e expansiva, sobretudo no suprimento de omissões legislativas que configurem óbices para a fruição efetiva de direitos:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício

deliberado de vontade política [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Nesse passo, é preciso reconhecer que interpretação constitucional, além de possuir um caráter jurídico, também detém:

[...] inegavelmente, um caráter político, em razão da própria matéria que o Texto Constitucional normatiza. Note-se que este consagra em seu corpo opções políticas da sociedade. Há uma série de princípios políticos, ou melhor dizendo, de decisões políticas na Constituição. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 76)

A propósito, a lição de Ada Pellegrini Grinover (2008, p. 12):

[...] o Judiciário, como forma de expressão estatal, deve ser alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em neutralização de sua atividade [...] o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.

Ao constitucionalizar os direitos sociais, o legislador transformou Política em Direito, pois a partir do instante em que uma prestação social é normatizada no Texto Constitucional, ela se transmuda em potencial pretensão jurídica que a ser apresentada em juízo (BARROSO, 2012, p. 24)[12].

Verifica-se, pois, nos tempos atuais, um processo de judicialização das mais diversas questões da vida em sociedade, reforçando o vínculo existente entre Política e Direito. Tal relação é mais evidente no

Texto Constitucional, que além de ser uma norma jurídica, trata de matéria política. Tal fato pressupõe uma democracia mais judicializada, é dizer, que encontra no Poder Judiciário a sua força regulatória (MEYER-PFLUG; CAMPOS, 2013, p. 310).

Diferentemente, no ativismo judicial o intérprete exerce atividade criativa, age proativamente através de uma exegese expansiva que colima vácuos reguladores impeditivos da concretização de direitos, imiscuindo-se, desta forma, na esfera de competência do Poder Legislativo. Neste cenário, o princípio da separação dos poderes tem relevância para por em xeque essa manifestação excepcional de exercício de jurisdição.

Para Ronald Dworkin (1999, p. 451-452):

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. [13]

Entre nós, Elival da Silva Ramos (2010, p. 308) define o ativismo judicial nos seguintes termos:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

É de se notar que no ativismo judicial o Poder Judiciário incursiona na esfera de competência do Executivo ou do Legislativo,

situação em que o princípio da tripartição dos poderes passa a permear o tema.

Aliás, as lições de Montesquieu (2000, p. 170)[14] e Rousseau (2009, p. 71)[15] continuam a influenciar as discussões atuais no tocante à divisão estanque das funções estatais. Assinale-se, entretanto, que o princípio da separação dos poderes, no atual estágio da ciência, não tem o mesmo rigor inflexível de outrora, conforme aduz Paulo Bonavides (2005, p. 143):

O princípio perdeu, pois, autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda.

Certo é que a doutrina da separação dos poderes não pode servir de barreira retórica impeditiva do controle jurisdicional em prol da efetivação dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática, mormente diante do vácuo legislativo deixado pela inércia ou inapetência do legislador, tampouco diante de direitos positivados e, conseqüentemente, judicializáveis de pronto.

No Brasil, o conjunto de direitos sociais é matéria contemplada na Constituição Federal, sendo exigível judicialmente ante o desatendimento pelas esferas políticas originariamente competentes (Executivo e Legislativo), hipótese que se coaduna com a ideia de judicialização da política a partir do modelo democrático de controle de constitucionalidade instituído no Brasil.

Destarte, se no atual modelo brasileiro de controle de constitucionalidade todos os direitos fundamentais são judicializáveis - art. 5º, XXXV, da Constituição Federal -, a omissão de políticas necessárias à concretização dos direitos de segunda dimensão reclama a corresponsabilidade do Poder Judiciário.

Nessa linha de raciocínio, não cabe opor o princípio da separação dos poderes diante da judicialização de políticas públicas necessárias à concretização de direitos sociais, pois tal possibilidade conferida ao Poder Judiciário é inerente ao atual sistema de controle de constitucionalidade, ante o plexo normativo e principiológico preexistente que baliza a atuação do órgão julgador.

Numa época em que se verifica um preocupante agravamento das funestas consequências para as gerações atuais e futuras, como decorrência de práticas econômicas que teimam em fixar-se no ideal exclusivo do lucro, desprezando os imperativos constitucionais, o Poder Judiciário é convocado a garantir a efetividade dos direitos sociais eventualmente estancados pela inexecução deliberada de políticas que conduzam à concretização dos ideais do bem-estar social.

Bem a propósito a exortação de Carlos Alberto dos Rios Júnior (2013, p. 25): “deve-se determinar os grupos de pessoas que mais sofrem os efeitos da exclusão social e, assim, tomar medidas para que sejam inseridos na vida social e política da sociedade de que fazem parte”.

## CONCLUSÃO

Os direitos sociais surgem a partir do processo dinâmico de evolução do direito, havendo que admitir que a superação do modelo liberal individualista resta superado pelos contornos proeminentemente sociais do atual constitucionalismo.

Contudo, pretendendo-se que os direitos sociais fundamentais transcendam a linhas da retórica inerte, é de se reconhecer o emprego da hermenêutica valorativa/principiológica por parte do aplicador do direito, ultrapassando-se o cientificismo insensível apregoado por parcela da corrente juspositivista.

No Brasil, os direitos sociais e os princípios orientadores de sua efetivação estão disponibilizados ao intérprete/aplicador do direito em

forma de direitos sociais fundamentais cravados na Constituição Federal, constituindo matéria política judicializável.

O caráter aberto das normas programáticas não constitui óbice ao intérprete, ao contrário, permite uma atuação criativa entre as várias possibilidades de escolha que a imprecisão dos preceitos enunciativos de direitos sociais fundamentais franqueia.

O Poder Judiciário tem, nesse contexto, a corresponsabilidade pela concretização dos direitos sociais fundamentais expressamente conferidos a todos, mesmo que a via de realização de tais atributos sagrados implique na imposição de ações ou omissões ao Poder Legislativo ou ao Executivo, sem que se possa falar em decisionismo ou ativismo judicial, mas sim em expressão do exercício legítimo de controle jurisdicional de constitucionalidade em homenagem aos valores humanos do Estado Democrático de Direito.

#### **REFERÊNCIAS:**

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p-23-32, 2012.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru: EDIPRO, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Versão *e-pub*. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes**. Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, 5ª ed., v. 5, p. 72-95, 2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; CAMPOS, Cleiton. **A reforma do Poder Judiciário e o princípio da eficiência**. Revista de Direito Brasileiro, ano 3, vol. 6, set.-dez., 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. **Estado de Bem-estar Social – origens e desenvolvimento**. São Paulo: Katálysis nº 5. jul.-dez., 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIOS, Carlos Alberto dos; RIOS, Christian Robert dos. **Manual de polícia judiciária: doutrina e prática**. São Paulo: EDIPRO, 2014.

RIOS JÚNIOR, Carlos Alberto dos. **Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário**. São Paulo: EDIPRO, 2013.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVEIRA, Vladmir de Oliveira; ROCASOLANO, Maria M. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, José Fernando Vidal; DUTRA, Tônia Andréa Horbatiuk. **Alteridade e ecocidadania: uma ética a partir do limite na interface entre Bauman e Lévinas**. Piracicaba: Cadernos de Direito, v. 11 (20): 7-22, jan.-jun. 2011.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

### **Notas:**

[1] O jusfilósofo inglês procura explicar a “textura aberta do direito”, conceito por ele cunhado, com a justificação de que: “Nada pode eliminar essa dualidade ente um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida quando procuramos acomodar situações particulares ao âmbito das normas gerais. Isso confere a todas as normas uma margem de vagueza ou 'textura aberta', o que pode afetar tanto a norma de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados para a identificação do direito quanto uma lei específica.” (HART, 2009, P. 158).

[2] Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos (CANOTILHO, 1993, p. 367).

[3] Bobbio complementa a ideia de signo: “Ora, a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos, é uma *species* do *genus* signo (tanto é verdade que é substituível por outros signos, por exemplo os gestos da mão, embora seja mais perfeito porque mais rico e maleável).” (BOBBIO, 2006, p. 212).

[4] O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. (BOBBIO, 2006, p. 135).

[5] O catedrático da *Università di Torino* explica que a “norma positiva apresenta um caráter de generalidade que também é incerteza e ambiguidade.” (LOSANO, 2011, p. 371).

[6] Aquele jusfilósofo distinguiu os conceitos de interpretação estática e dinâmica nos seguintes termos: “De um outro ponto de vista, fala-se em interpretação estática e de interpretação dinâmica, dependendo de a atividade do intérprete tender exclusivamente à reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação, ou, vice-versa, tender ao enriquecimento do significado dos signos interpretados, para adequá-los às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais.” (BOBBIO, 2006, p. 213).

[7] Concluindo pela existência de lacunas no ordenamento jurídico, Bobbio afirmou: “Caía como inútil e perigosa a resistência à adequação do direito às exigências sociais, o dogma da completude. Em seu lugar, passou a figurar a convicção de que o direito legislativo era lacunoso, e que as lacunas não podiam ser preenchidas mediante o próprio direito estabelecido, mas apenas por meio da redescoberta e da formulação do direito livre.” (BOBBIO, 2011, p. 126).

[8] Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deônticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente, La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre tipos de normas. (ALEXY, 1993, p. 83).

[9] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis de opção aos princípios de liberdade de contrato), aquela que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. (DWORKIN, 2002, p.42).

[10] Para Canotilho “Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática.” (CANOTILHO, 1993, p. 307).

[11] “A forma mínima de julgamento consiste nessas determinações, de modo que denominamos 'normas de julgamento' as normas secundárias que outorgam o poder de formulá-las.” (HART, 2009, p. 125).

[12] Na lição do constitucionalista, a positivação constitucional de direitos gera a conseqüente judicialização: “Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.” (BARROSO, 2012, p. 24).

[13] Entretanto, Dworkin defende que o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política, afirmando que esses ingredientes integram o processo interpretativo: “A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e

discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.” (DWORKIN, 1999, p. 452).

[14] Note-se o conflito entre a discricionariedade judiciária e a segurança jurídica como objeto de reflexão por parte do filósofo: “Mas, se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos Juizes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos.” (MONTESQUIEU, 2000, p. 170).

[15] Ressaltando as diferentes funções de um mesmo corpo político, o pensador francês ilustrou figurativamente: “Toda a ação livre tem duas causas que contribuem para produzi-la: uma moral, a vontade que determina o ato, e a outra física, o poder que a executa. Quando caminho em direção a um objeto, primeiro é preciso que eu queira ir; segundo, que meus pés levem-me até lá. Se um paralítico quiser correr, se um homem ágil não o quiser, ambos não sairão do lugar. O corpo político tem os mesmos motivos, nele também se distinguem a força e a vontade: esta sob o nome de poder legislativo, aquela sob o nome de poder executivo. Nada se faz ou não deve ser feito sem a cooperação de ambos.” (ROUSSEAU, 2009, p. 71).

## HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E NO MUNDO

**MANOEL NICOLAU DA SILVA JÚNIOR:** Formando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, com ênfase nas áreas de Direito Penal/Administrativo/Constitucional. Servidor Público da UFRN.

**RESUMO:** O presente artigo visa informar sobre a história do direito do trabalho. Para tal, iniciamos a nossa análise desde a definição de trabalho, bem como da sua origem, que remete ao início da existência humana desde os primeiros seres humanos, haja vista que o que define o trabalho humano do “trabalho animal” é justamente essa capacidade de prever o resultado de seu esforço antecipadamente. Após isso tratamos das diferentes formas de trabalho na antiguidade, passando a escravidão, servidão até chegar ao trabalhador moderno, tendo este último suas origens remetidas à revolução industrial. Nesse momento discorreremos sobre a origem do Direito do Trabalho, que só se mostra viável após a revolução industrial, sendo os motivos demonstrados no artigo. Logo após, fazemos referência à história do direito do trabalho no Brasil, passando desde o seu primeiro grande marco, qual seja, a abolição da escravatura, indo até a nossa Constituição atual. Por último faz-se referência ao Direito do Trabalho na contemporaneidade, trazendo à tona a situação do trabalhador atual e sua relação com a Justiça do Trabalho e sua efetividade.

**Palavras Chave:** História. Trabalho. Revolução Industrial. Brasil. Contemporaneidade. Social.

---

### 1. INTRODUÇÃO

Para que surgisse o Direito do Trabalho, no contexto da Revolução Industrial, a história teve que presenciar momentos de horror,

em que muito sangue foi derramado, muitas pessoas foram mortas e o grau de selvageria parecia ultrapassar o patamar da civilidade. Em todos esses episódios, os destinados ao trabalho, com o intuito de produzir as riquezas de suas civilizações ou Estados, viviam em condições subumanas, sofrendo pressões de qualquer natureza e carregando a responsabilidade de agradar minorias preguiçosas e ambiciosas.

Para se ter uma ideia de tamanha evolução das relações de trabalho, a historiografia não deixa mentir que o Brasil passou quase quatro séculos vivendo o escravismo. Aqui, como no resto do mundo onde existiram, os escravos eram seres humanos “coisificados”, relegados à “condição de nada”, sem qualquer direito assegurado perante os demais e ao Estado. Consistiam, pois, somente em mercadorias usadas em favor de seus senhores, que os vendiam e compravam como se fossem um objeto qualquer.

Até atingir os contornos dignos de um Estado Democrático de Direito, o trabalho sofreu modificações profundas, vez que hoje amplas legislações trabalhistas, no Brasil e no mundo, asseguram direitos à classe operária. Ademais, no Brasil, o Direito laboral evoluiu no sentido de estabelecer a igualdade substancial da classe trabalhadora perante o restante da sociedade. Basta pensar, *verbi gratia*, que nacionalmente, não precisa um trabalhador comum de um advogado para entrar em juízo perante um tribunal trabalhista, ressalvado o momento que a lide chega a um tribunal superior, entre outras medidas asseguradas.

A exposição aqui exposta, nada obstante, tem o escopo de esclarecer como as relações de trabalho foram se desenvolvendo no decorrer da história, para que se entenda o contexto da formação do Direito do Trabalho e sua evolução até os dias de hoje, tanto quanto a situação social em que os trabalhadores se encontram e suas repercussões no âmago das garantias de seus direitos.

## 2. DEFINIÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de se iniciar a definição conceitual do instituto do Direito do Trabalho, deve-se entender historicamente a palavra “trabalho”, desde sua etimologia até seus conceitos sociológico, econômico, filosófico e jurídico.

Primeiramente, etimologicamente falando, ‘trabalho’ apresentou significados diversos. De acordo com as raízes indo-europeia, a ideia de trabalho assumiu dois contornos, remetendo um deles à noção de ‘produto’, ‘ação’, e o outro dizendo respeito à ‘padecimento’, ‘peso’ e ‘carga’. De acordo com Thilguer, os gregos conceberam trabalho como um sofrimento, uma pena (já que o *pónos* grego tem a mesma raiz da *poena-pena*- latina). Talvez, esta definição grega, também definindo trabalho como tortura, refletiu as condições em que viviam os escravos em suas cidades- estados, assim como em Roma e em outros Estados, como o Brasil- colônia.

Hodiernamente, entende-se que a etimologia correta provém do latino *palum*, sendo primeiramente um encargo ou fadiga, depois ganhando a ideia de labutar. Não obstante, pode-se falar em um direito laboral como sinônimo de direito do trabalho, e o labor como um equivalente de trabalho.

Em relação ao conceito geral de trabalho, este pode apresentar genericamente vários sentidos. Por um viés marxista, também sendo o econômico, fundado no valor de uso, pode significar qualquer alteração na natureza com o objetivo de satisfazer as necessidades humanas. Por outro lado, pode significar o reconhecimento da dignidade do homem, uma dimensão da personalidade humana, por meio do qual o ser humano se realiza em sua plenitude.

Sob o aspecto sociológico do trabalho, seria tido como um método pelo qual se produz bens e serviços. O Trabalho aqui, se constituiria como a forma pela qual o homem adquire seu sustento. Deve-se ater ao aspecto do convívio social que o trabalho alude, haja vista que ninguém produz um bem sem ter a quem efetuar sua troca/venda.

O conceito de trabalho filosófico, por sua vez, apresenta uma dimensão dual. De um lado pode significar castigo e privilégio. De outro, produção de riqueza e redenção humana. Na realidade fática, especialmente na Idade Média, em que se fundava uma sociedade teocêntrica, trabalhar significava a remissão de pecados perante Deus, o que contribuía para a subordinação da massa servil aos senhores feudais, que ostentavam de regalias como palácios luxuosos e de grandes exércitos de cavaleiros. Assim, a visão filosófica de redenção se confirmara.

Por fim, faz-se mister a conceituação de trabalho em seu sentido jurídico. Para o Direito, o trabalho não pode ser contrário ao ordenamento jurídico, ou seja, necessita de licitude. Além disso, a atividade realizada deve ser valorada socialmente, bem como ter aproveitamento na sociedade.

Nessa esteira, por sua vez, o Direito do Trabalho, cuidando apenas do conceito em significado jurídico, constitui um conjunto de normas e regras com o fito de regular as relações de trabalho. Para este instituto jurídico, pode carecer o trabalho de aproveitamento na sociedade, devendo obrigatoriamente estar de acordo com o ordenamento jurídico em pauta e ter um valor social. Ainda se divide em três vertentes: objetiva, subjetiva e mista. A primeira visa ao objetivo empreendido, ou seja, as relações de trabalho. A visão subjetivista vê o instituto através dos sujeitos que integram essa relação. Por seu turno, o misto integra as duas divisões que o Direito do Trabalho compreende.

### **3. ESCORÇO HISTÓRICO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Com o intuito de que se compreenda a atual situação do trabalhador assalariado na atualidade, faz-se necessária uma retrospectiva histórica, em que se analise desde as formas rudimentares de produção, na antiguidade remota, até os modos de produção desenvolvidos entre a Idade Antiga e a Idade Moderna, passando pela Idade Média. Como já supracitado, trata-se de relacionar os modelos de trabalho predominantes em cada época com o contexto sócio-político e econômico vigentes. Assim

procedendo, o entendimento de como o Direito do Trabalho surgiu entre os séculos XIX e XX será mais fácil.

Começemos pela antiguidade remota.

No início da era arqueológica, as relações de trabalho eram exercidas através do convívio familiar, em que os integrantes, no sentido de garantir a subsistência dos outros, realizavam uma economia apropriativa. Aqui, reforçavam-se os laços de parentesco, de modo que a consanguinidade era pressuposto básico para a realização das atividades circunscritas ao âmbito familiar.

No decorrer do período arqueológico, no momento em que o ser humano passou a lascar pedras, criando instrumentos e garantindo sua defesa e superioridade em relação aos outros animais, gradativamente a figura masculina ganhou poder dentro da família. Agora, as relações de trabalho eram coordenadas pelo patriarca, que distribuía funções para os demais membros. O poder patriarcal, surgido neste momento, perdurou praticamente no decorrer de toda a humanidade, somente sendo reconhecida a igualdade da mulher perante o homem, no âmbito trabalhista, no século XX.

Depois do domínio sobre a arte de polir metais, fundilos, e praticar a agricultura e a pecuária, as relações familiares de trabalho são superadas pela divisão social do trabalho, já com o surgimento das primeiras civilizações historicamente conhecidas.

Passar-se-á, agora, às relações laborais desenvolvidas dentro dos modos de produção a partir da Idade Antiga, período que se estende desde a invenção da escrita- 4000 A.c, até a queda do império romano do oriente- 476 d.C. Na sequência proposta, primeiro vem a escravidão.

Na Grécia e na Roma antigas, os escravos não tinham personalidade jurídica assegurada. Eram seres “coisificados”, tratados

literalmente como objetos de relações jurídicas travadas entre seus senhores. Fazendo uma analogia à atual codificação civil brasileira, são eles bens móveis, semoventes e disponíveis, não tendo sequer nenhum direito garantido, já que não é sujeito.

No que tange ao labor, eram destinados a condições subumanas de trabalho, sem qualquer proteção jurídica em seu favor. Como bem preceitua Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcanti:

Sendo assim, é facilmente compreensível por que, no Direito Romano, reina silêncio profundo à respeito da regulamentação do trabalho: o trabalhador era escravo e o escravo não era homem, era objeto de propriedade e tratado, pelas leis e pelos cidadãos, como as coisas de que dispomos (Ferreira; Quadros, 2010).

Apesar de ter adquirido uma conotação expressiva na antiguidade, dada a sua extensão no império romano, a escravidão perdurou ainda na Idade Média e na Idade Moderna.

Na primeira, os escravos já não representavam a principal mão-de-obra, já que a servidão era predominante nos feudos. No entanto, subsistiam através das guerras travadas entre os reinos bárbaros. Acabadas as disputas, os derrotados eram imediatamente escravizados e vendidos pelos senhores para o Oriente próximo. Além disso, na Idade Média, os escravizados eram rotulados de “infiéis” e “subversivos”, já que outrora colocaram em perigo reinos bárbaros contra os quais travaram batalhas.

Na Idade Moderna, por sua vez, a escravidão também ganhou continuidade durante séculos, sobretudo no que diz respeito às relações de trabalho nas colônias européias, como a América espanhola e o Brasil. A colônia portuguesa das Américas, situada no atual território

brasileiro, viveu períodos sangrentos, a exemplo dos navios negreiros. Neles, multidões de escravos negros, vindos da África, espremiam-se nos sótãos das embarcações, recebendo alimentações de água e farinha como um luxo. Mesmo passado quase um milênio, o escravo moderno também padeceu de direitos como aquele do império romano. Era, portanto, excluído de direitos e deveres na ordem jurídica, o mesmo podendo se entender para as relações de trabalho.

Findo o Império Romano do ocidente, a Europa central esfacela-se em vários reinos “bárbaros”, onde a economia feudal passou a exigir uma mão- de- obra presa à terra. Eis a servidão. Esta relação de trabalho já engendrava alguma autonomia ao camponês. Ao contrário dos escravos, os quais eram considerados coisas, os servos já possuíam alguns direitos civis, como contrair núpcias, embora dependesse da ratificação do senhor feudal para o matrimônio.

No que tange às relações laborais, a servidão consistia num regime social e jurídico caracterizado pelo trabalho compulsório, uma vez que os camponeses eram presos à terra e pertencentes ao senhor feudal, não podendo dela sair nem escusar-se de pagar tributos. Desse modo, não possuíam liberdade, inexistindo qualquer regramento jurídico que regulasse seus ofícios. O que contraíram, a despeito do escravismo, foi a condição de ser humano, dotado de personalidade jurídica, mesmo que a expressão desta fosse diminuta. Nas palavras de Mozart Victor Russomano:

O trabalhador medieval, na verdade, está no primeiro degrau de uma longa escada, que ele subiria lentamente, com sofrimentos leves e recuos: a escada de sua libertação. (Russomano, 2002).

Ainda durante a Roma Antiga, subsidiariamente à escravidão, surgiram também os agrupamentos de profissões similares, por meio dos quais os mercados e as profissões era monopolizados, evitando a

livre concorrência. Eram chamadas de corporações de ofício, cuja origem se dá com os *collegia* romanos e as *guildas* germânicas.

No que tange ao funcionamento das corporações, estas dividiam-se em: aprendizes e mestres. Estes comandavam todas as diretrizes previstas nas normas estatutárias, de modo que os aprendizes eram inteiramente subordinados aos seus mestres. Entre eles, portanto, havia uma relação de hierarquia, em que o processo de ensino era árduo e penoso aos iniciantes. Quando desenvolviam certas habilidades, os aprendizes passavam à condição de companheiros, que eram profissionais já habilitados em dominar um ofício específico. Em melhores condições que os aprendizes, estes últimos já possuíam considerável liberdade pessoal, embora também nunca pudessem ingressar na categoria de mestre.

Nota-se, portanto, uma hierarquização das corporações, onde o posto de mestria era sucedido do pai para filho, através dos laços de consanguinidade. O trabalhador iniciante só podia evoluir um patamar, sem perspectivas de ascendência profissional.

Mesmo assim, apesar de tamanha hierarquização, a corporação já representava certo grau de proteção ao trabalhador, uma vez que, nela inserido, detinha de certa estabilidade, já que, em geral, os membros que a integravam permaneciam por um longo tempo.

Com o advento da Revolução Francesa, ocorreu o fim das corporações de ofício. Já no século XIX, os direitos naturais do homem, anteriores à formação do Estado, deveriam ser afirmados. Sobretudo o direito à liberdade, corolário do Estado Liberal, que pregava a não-intervenção estatal nas esferas econômica, política e social.

Carregando os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, a burguesia tomava o poder das monarquias absolutistas. Enfraquecendo o poder do rei, era necessária a retirada da ingerência do Estado na economia, devendo esta guiar-se pela “mão livre do mercado”. Nesse ínterim, a liberdade contratual ganhou força, de modo que as relações

de trabalho ficaram à mercê da lei da oferta e da procura, sem um amparo legislativo estatal protetor.

O resultado da não-intervenção estatal foi degradante para a humanidade trabalhadora, atingindo o ápice com a ocorrência da I Revolução Industrial, em 1750. Relatos históricos lembram homens, e até mulheres e crianças trabalhando até 16 horas por dia, em condições adversas nas fábricas de algodão na Inglaterra. Nesse contexto, uma multidão de desempregados formava um “exército de reserva” usado pelo burguês como pretexto para justificar os baixos salários pagos.

A revolução Francesa, ao mesmo tempo em que afirmou os direitos naturais e individuais humanos, foi uma arma burguesa a fim de implantar a liberdade contratual, de modo que o lucro fosse maximizado e as condições do proletariado fossem remetidas à precariedade, sob o véu das ideias de Adam Smith, pai do liberalismo clássico.

Nascia, a partir de agora, a luta entre a liberdade formal, de cunho iluminista, e a igualdade substancial, norte da luta dos trabalhadores por seus direitos.

#### **4. SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO**

Até a revolução industrial não existia Direito do Trabalho propriamente dito, simplesmente porque não havia trabalhadores suficientes para que se constituísse pressão o bastante que ensejasse a conquista desses direitos protetivos.

Com o advento desta, do capitalismo industrial e da conseqüente exploração sobre o trabalhador, o anseio por seus direitos ganhou corpo com o início da luta dos trabalhadores, que se viam num cenário de injustiça social. Concretiza-se, desta forma, as condições políticas e econômicas para o surgimento do Direito do Trabalho.

Quanto ao aspecto econômico temos o próprio avanço do capitalismo, que ensejou, com a expansão da nova indústria, um aumento considerável no número de trabalhadores em regime de exploração, o que, como citado alhures, fez surgir uma certa consciência de classe, que conferiu condições à exigência de direitos. Neste ponto, faz-se mister destacar a influência do Marxismo na criação dessa consciência de classe, que com o seu Manifesto Comunista, entre outras obras, tornou pública a ideia de luta de classes, bem como a consciência de que a classe trabalhadora é incessantemente esmagada pela burguesia com o intuito da maximização dos lucros, bem como a ideia de que por meio da alienação do trabalho, o capitalista tenta separar o proletário do fruto de seu esforço, conseguindo dessa maneira que o trabalhador perca a noção do valor de seu labor e por conseguinte não se sinta explorado.

Relativamente ao aspecto político, emergia nesse momento, o Estado Liberal, em que a política do não-intervencionismo Estatal e da “Mão invisível”, relegava o contrato ao âmbito privado, o que se caracterizava pela expressão “O Contrato faz lei entre as partes”. O que levava à exploração máxima do trabalhador que, por necessidade de subsistência, haja vista o grande exército industrial de reserva que se formava nos guetos das grandes cidades, via-se obrigado a aceitar qualquer condição. Desta maneira, tem-se o aspecto político também corroborando com essa consciência de classe que necessita que seus direitos sejam reconhecidos.

Nesse ínterim, começa a despontar o embrião do Estado social, haja vista que não se consegue mais manter as relações trabalhistas no âmbito exclusivamente privado, carecendo estas de regulamentações advindas do Estado. Emerge neste sentido, a dicotomia Liberdade/Igualdade, visto que, em não se podendo conceber em sua totalidade nenhum dos dois princípios constitucionais, faz-se mister a atuação Estatal visando mantê-los simultaneamente em patamares aceitáveis e dignos.

Emergem diversas leis esparsas visando à tutela do trabalhador, entre os temas podemos citar a lei que extingue as corporações de ofício, que visam, em primeiro momento, a garantia da liberdade profissional e individual do cidadão, leis que fixam a jornada de trabalho diária para o trabalhador, entre outras leis que almejavam de forma geral, a diminuição dessa espoliação do trabalhador. Vale ressaltar aqui que nenhuma dessas conquistas foram entregues a “troco de nada” ao trabalhador, foram sim, ao contrário, cedidas após embates máximos entre burguesia e proletariado, através de greves, formação de sindicatos, entre outras formas de lutas sociais.

Desta forma, podemos dividir o direito do trabalho em três frases, a primeira que vai da Revolução Industrial até o Manifesto Comunista de 1848, caracterizando-se essa fase, por leis esparsas e difusas, não ensejando ainda um Direito do trabalho propriamente dito independente, ressaltando-se o aspecto de que nessa época a pressão proletária era ainda pequena, pois se estava criando, em primeiro momento, a consciência inicial de classe.

A segunda vai do Manifesto Comunista até 1919, com o fim da primeira guerra e a criação da Organização Internacional do Trabalho, nessa fase tem-se a ação em massa dos trabalhadores em prol dos seus direitos, o que acarreta num maior reconhecimento destes perante o Estado, como por exemplo, a conformação constitucional de direitos trabalhistas, já no fim desta, como citado alhures. Esta fase é tida como fase de sistematização do direito trabalhista.

Já na terceira, que se inicia a partir de 1919, tem-se a oficialização do direito do trabalho. Nessa fase, constituem-se varias leis, tais como a *Carta Del Lavoro*, carta essa que institui o corporativismo sindical, a qual tem seus reflexos diretos no Brasil, no governo de Getúlio Vargas e sua CLT.

## 5. DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Maurício Godinho Delgado, tratando sobre a abolição da escravatura, preceitua:

“[...]ela pode ser tomada com marco inicial da referência da História do Direito do Trabalho brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião dos pressupostos à configuração desse novo ramo jurídico especializado. De fato, constituiu diploma que tanto eliminou da ordem jurídica a relação de produção incompatível com o ramo jus trabalhista (a escravidão), como, via de consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária da utilização da força de trabalho: a relação empregatícia.”(Delgado, 2010).

Desta forma, tem-se um marco no momento da abolição da escravatura, que define a possibilidade ou não do surgimento de um Direito Laboral, haja vista que anteriormente, não tínhamos trabalhadores livres em número bastante para exigir tutela jurídica em seu ofício.

Logo se pode dividir a história do direito trabalhista brasileiro em três fases distintas: a primeira, que vai da independência até a abolição da escravatura, período em que, como já supracitado, não houve a possibilidade prática de surgimento do direito laboral haja vista a falta de material humano proletário. Nesta fase, deve-se destacar a existência de uma incipiente massa de trabalhadores livres, trabalhadores estes que infelizmente não encontravam trabalho tão facilmente em uma sociedade tão patriarcal. Somente esse quadro começando a mudar, quando da entrada maciça de imigrantes europeus com fins a trabalhar nas fazendas de café, produto este que o Brasil produzia em larga escala na época.

A Segunda vai da abolição até 1930. Nessa fase, têm-se manifestações esparsas e desconexas, tendo como exceção a greve geral de 1917, a qual angariou milhares de trabalhadores inspirados principalmente

nos ideais anarco-sindicalistas trazidos por imigrantes europeus que vieram trabalhar no café brasileiro. Além de claro, como já citado anteriormente, a questão da abolição.

A última fase, que vai desde os anos 30 até os dias atuais, é marcada pela intervenção massiva do Estado no esqueleto de tutelar com maior vigor os direitos em tela. Tutela essa, baseada no corporativismo italiano, que tem interesses que vão além da simples defesa dos direitos laborais, e transpassam a motivos de manutenção de *status quo*, apaziguamento da classe operária, dirigismo sindical, entre outros maniqueísmos de dirigentes autoritários.

Nessa fase destaca-se com o devido louvor, além da concretização da Justiça do Trabalho, a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT – que compilou e generalizou leis, as quais antes encontravam-se esparsas e dirigidas às classes de trabalhadores específicas. Para se falar na CLT é importante se fazer uma retrospectiva à Revolução de Trinta, que pôs fim ao governo das oligarquias no Brasil e levou Getúlio Vargas à presidência brasileira.

É fato que todo livro de História, que trate da Era Vargas, mencione que o seu governo refletia um Estado compromissado com a intervenção forte na economia e com leis trabalhistas que visassem o bem-estar do operário urbano. Todavia, é possível se fazer uma crítica à esse segundo compromisso.

Durante o governo provisório imposto pela Revolução de Trinta, foi promulgado o Decreto 19.770 de 19/03/1931, cujo art.10 revela:

Além do que dispõe o art. 7º, é facultado aos sindicatos de patrões, de empregados e de operários celebrar, entre si, acordos e convenções para defesa e garantia de interesses recíprocos, devendo ser tais acordos e

convenções, antes de sua execução, ratificados pelo Ministério Público, Indústria e Comércio (Santos, 2000, p.192).

Isso reflete a inserção da negociação coletiva como elemento de resolução de conflitos do trabalho de cunho coletivo. Assim, o Estado passa a supervisionar de perto as relações trabalhistas.

Visando o controle da classe operária, o novo governo obrigou os sindicatos a se submeterem ao Ministério Público, que dava autorização de funcionamento somente para sindicatos cuja diretoria fosse aprovada pelo governo – o imposto para a manutenção do sindicato só era garantido àqueles autorizados; além disso, o governo reprimia as manifestações operárias legítimas, deportava estrangeiros, prendia líderes de sindicatos que queriam manter sua autonomia e detinha o poder de fechá-los. Fica-se claro que nas negociações entre patrões e empregados conduzidas pelo Ministério Público prevaleciam as decisões que interessavam mais ao capital que ao trabalho; reflexo do Estado Novo e de seu caráter corporativista e autoritário.

Para enfraquecer a luta operária se tornou lei federal o dia de descanso semanal, a jornada de trabalho de 8 horas, férias anuais remuneradas e a proibição do trabalho dos menores de 14 anos. Embora conquistas vistas hoje, na época mal saíram do papel, uma vez que os operários não podiam fazer greves ou manifestações. Essa política atingiu o seu auge com o estabelecimento do salário mínimo e a criação da CLT. A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), embora configurasse uma compilação das leis trabalhistas aprovadas desde o início do século XX, foi apresentada à nação como o resultado do esforço de Vargas em prol das classes trabalhadoras; na realidade, Vargas retira do movimento operário a sua capacidade de mobilização ao consolidar a CLT.

Essa atuação intervencionista do Estado, diante das questões coletivas e das individuais resultante do trabalho diário, manteve-se basicamente a mesma por muito tempo. Uma mudança veio a ocorrer em

vigência da Constituição de 1946 – momento de democratização do governo – transformando a Justiça do Trabalho (criada oficialmente em 1943) em órgão do Poder Judiciário.

Já na Carta Magna de 88, a atual, tem-se uma grande tutela não só de direitos trabalhistas, que são considerados sociais, mas também de direitos fundamentais da pessoa humana. Vale a ressalva que, no que tange ao trabalho, a CF versa em seu art. 193 que a ordem social tem como primado o trabalho e, como objetivos, o bem-estar e justiça sociais. Ademais, lembra que a Constituição Brasileira, no que tange à proteção da pessoa humana, é bastante avançada nesta tutela específica.

## **6. DIREITO DO TRABALHO E O MUNDO CONTEMPORÂNEO**

A partir do fim dos anos 60, o mundo foi impactado por diversos acontecimentos: a crise do petróleo de 70, as greves operárias na Europa em que as novas lideranças divergiam das tradicionais, os protestos contra a guerra do Vietnã, nos EUA. Essas e outras mudanças políticas, econômicas e sociais, a nível internacional contribuíram para a aceitação da proposta econômica neoliberal, o que afetou o mundo do trabalho.

Nesse contexto, o mundo do trabalho se tornou mais complexo e direcionado aos serviços nos principais países ocidentais, provocando uma superação dos trabalhadores de macacão, típicos da produção industrial tradicional, pelos de colarinho branco, relacionados ao campo dos serviços.

Essa mudança repercutiu no modelo de produção adotado pelos países em suas indústrias. A inovação trazida pela indústria japonesa – O Toyotismo – gerou uma concorrência desigual com a indústria ocidental, principalmente pelo barateamento do custo da mão-de-obra e das mercadorias produzidas. Esses elementos, então, fundamentais para a concorrência de mercado, passaram a ser dotados pelas indústrias do

ocidente e de seus países periféricos, tais como o Brasil; o que substituiu o padrão fordista que dominava a lógica produtiva.

No toyotismo, o trabalhador opera com várias máquinas, desempenhando múltiplas funções; a produção é elevada sem o aumento do número de trabalhadores; adesão à técnica de repor mercadorias na medida em que elas são consumidas – inclusive pelas empresas contratadas ou fornecedoras; produção de um estoque mínimo; qualidade do produto e de seu transporte; melhor aproveitamento do tempo de produção; divisão da produção entre empresas (terceirizadas) e; flexibilização da produção de acordo com as exigências do mercado. Aliás, a empresa toyotista investe pesadamente em treinamento, participação e sugestões para aumentar a produtividade e a qualidade, de maneira que a produção é controlada por grupos de trabalhadores, motivados por privilégios concedidos pela empresa, em caso de êxito na produtividade.

No entanto, é fato que todas essas vertentes do toyotismo estão atreladas à lógica neoliberal e que, por fim, levam à retrocessos quanto às conquistas e garantias sociais obtidas ao longo da história (jornada de 8 horas, descanso semanal, férias remuneradas, dentre outros), além de contribuir para a perda de força das organizações sindicais – responsáveis por lutar pelos direitos dos trabalhadores.

Chegando ao fim o tempo do sistema econômico com aspectos dos estados do bem-estar social, a nova estrutura empresarial gerou um enorme desemprego, e o desrespeito às leis trabalhistas criaram tipos de trabalho não regulamentado ou de baixa regulamentação; isso tornou comum o trabalho informal, a precarização das atividades, "o emprego por conta própria" e a falta de segurança jurídica de quem presta serviços (trabalha).

## 6.1 O TRABALHO ATUAL E SUAS FACETAS

Dizemos que o Direito do Trabalho não é um direito de todos, mas apenas de quem tem trabalho. Explica-se: todo dia se verifica o

aumento da informalidade, precarização e redução dos postos de trabalho, e desemprego, que podem levar à exclusão social, visto que a falta de emprego e sua permanência levam a perda de cidadania em razão da falta de interação social; culminando com a perda do direito. Pode-se dizer, então, que no Brasil, tal exclusão se dá pela pobreza e sua ampliação, decorrente ainda das diferenças regionais, da cor de pele, por gênero e falta de escolaridade.

Outro elemento que corrobora com a aclamada exclusão é a ausência de emprego formal, resultante da liberalização comercial que força as empresas à promover cortes trabalhistas, uma vez que seus concorrentes já são informais ou possuam fornecedores e subcontratantes desta linha, como assevera o economista Paul Singer.<sup>2</sup> Na busca econômica pela redução dos custos, a utilização de empresas e cooperativas de prestação de serviços, o trabalho temporário e as *pseudo* "firmas" beneficiam as empresas, todavia são também responsáveis pela redução da renda do trabalhador; o que configura mais um "empurrão" no declínio social rumo a exclusão.

É bem sabido que o ser humano vivencia, atualmente, um fenômeno de globalização, economicamente veiculada aos interesses dos grandes monopólios, e conectada com o mundo via técnicas de informação internacional. Isto é, tudo gira em torno do grande capital, e por conseguinte, vislumbra-se uma concentração e uma extensão do mercado do trabalho. As repercussões do que foi mencionado anteriormente são a concentração do capital por quem o detêm, a redução dos gastos com o trabalhador e com os locais de trabalho, e dos postos de trabalho e; a extensão da informalização e precarização do trabalho, retirando do capital o ônus social e institucional (previdência, por exemplo) referente ao trabalho.

Ao lado desse trabalho, fruto dos preceitos do neoliberalismo, encontramos outra vertente, uma forma alternativa de trabalho que tem como base a solidariedade e a distribuição participativa dos lucros; muitas vezes criando uma própria "moeda de troca" para reger

esse corporativismo. Essas cooperativas, formam-se de maneira popular e independentemente dos monopólios e do grande capital, configurando verdadeiras empresas de sobrevivência. Por fim, vale dizer que esse movimento busca melhorias para a vida dos excluídos, fazendo nascer um mínimo de dignidade entre eles e com a sociedade "oficial".

As tendências do mercado atual defendem a lei do mais forte, que sempre remete às grandes empresas e aos implacáveis capitalistas, fazendo com que a "defesa de direitos" não passe de um "sussuro" entre aqueles trabalhadores que ainda ousam falar. É claro que se tratar de trabalho sem a interferência do Estado com preocupação social, configura-se um retrocesso das conquistas históricas dos trabalhadores, uma vez que as garantias mínimas sociais (jornada de trabalho de 8 horas, repouso semanal, salário mínimo, segurança e higiene no trabalho, direitos previdenciários, férias remuneradas) são postas de lado por aqueles que se utilizam da força de trabalho de outrem – cujo objetivo é o lucro máximo em face da concorrência de mercado e; meio que esquecidas pelos próprios trabalhadores que buscam trabalhar cada vez mais para ganhar o suficiente, que possa manter o seu padrão de vida. Nesse espoco, encontramos o homem em duas localidades distintas: a dos trabalhadores dotados de direitos (entenda-se "direitos" como preceito de lei e não como sua efetivação plena) e a dos excluídos socialmente.

## 6.2 JUSTIÇA E SUA EFICÁCIA NO TRABALHO

Se diz que uma das formas de se considerar o direito é a partir do exame de seu valor ideal – a Justiça – ao se conceber os fins sociais da norma, dos ordenamentos e do próprio direito. O direito, segundo o jurista Norberto Bobbio, configura uma experiência normativa que há de se fundamentar tanto nas aspirações ideais de bem comum desejadas pela sociedade (justiça), quanto nas vivências sociológicas de uma sociedade ao lado da força das normas jurídicas (eficácia). Essa assertiva é de bom grado, no entanto não livra de complexidade o termo justiça, como salienta Leib Soibelman ao afirmar que a palavra justiça:

“em sentido amplo e vulgar, significa jurisdição, organização judiciária, poder judiciário, serviços judiciários, direito, juízo, razão jurídica, respeito ao direito, alçada, tribunais, magistrados, autoridades judiciais, ministério público, pessoal forense, ofícios de justiça, escriturarias forenses, auxiliares da justiça, lei. O homem comum não faz nenhuma distinção entre direito, justiça e lei. Antigamente sinônimo de execução capital. Ulpiano definiu-a como sendo a vontade firme e permanente de dar a cada um o seu direito (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*). É uma das noções mais difíceis de definir. É ideia e sentimento, não se sabendo até hoje se é mais uma coisa do que outra. É o ideal que persegue todo o direito, e o fato de ter havido e haver direitos injustos, não destrói esse ideal. Há autores que acham que o direito nada tem a ver com a justiça. Outros dizem que é impossível saber se uma ordem jurídica é justa usando conceitos éticos. Terceiros consideram que a justiça nem é um conceito, mas apenas um pseudo-conceito. Todos concordam que é um tema desesperador, inclusive por motivo das variações históricas da ideia da justiça. Para os gregos, para só citar um exemplo indestrutível, a escravidão era uma instituição justa. Justiça é virtude, liberdade, igualdade, racionalidade, boa vontade, boa fé, humildade ante a finitude da vida humana, moderação, etc. É tudo isso e mais do que isso. Hegel tem uma frase que dá a ideia exata da complexidade da justiça: o drama não é a luta entre a justiça e a injustiça, é a luta entre

dois direitos igualmente justos. A justiça não é um dom gratuito da natureza humana, ela precisa ser conquistada sempre porque ela é uma eterna procura.”

Apesar da valia dessa complexidade, é fulcral se adotar uma diretriz no intuito de se tratar do trabalho. Por isso, aludimos à Mozart Victor Russomano: um juiz, ao formar suas convicções e estipular sentenças, deve estar ciente de que a justiça, para ser justa, tem de ser generosa, e de que o direito, para ser correto, deve buscar o nivelamento social.

### 6.2.1 ACESSO À JUSTIÇA

Nos Estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, a justiça, como qualquer outro preceito do sistema do *laissez-faire*, só podia ser alcançada por aqueles que tivessem condições de arcar com os seus custos. Assim, só existia acesso formal à justiça e não efetivo. O acesso à Justiça corresponde, na atualidade, ao requisito fundamental de um sistema jurídico que visa garantir e não somente declarar a existência de direitos. Agora o enfoque é outro. Se busca o acesso, de maneira a se efetivar os direitos – garantindo aos trabalhadores aquilo legal e historicamente posto. Porém, já se adianta que o acesso à justiça não logra êxito em sua plenitude.

Tecnicamente, o acesso à justiça é compreendido como um direito de todos os cidadãos, que conjuntamente com o princípio da igualdade perante a lei, garante o acesso do cidadão ao órgão do estado, através do poder judiciário, para tratar de ameaça ou de efetiva lesão a seu direito. Para garantir esse direito se criou um aparato instrumental: o processo é o instrumento utilizado para se fazer o pedido do interessado, que deve ser feito por um advogado – “a voz do interessado” – e julgado por um juiz. Também vale dizer que o acesso à justiça garante que a sociedade sempre seja ouvida, de forma que ninguém seja injustiçado.

É fato que nem todo indivíduo detêm os recursos econômicos necessários para se entrar na justiça: a contratação de um advogado, o pagamento do processo e de seus respectivos recursos. Por tal razão, existem nos países órgãos que prestam assistência gratuita à esses “cidadãos” – se é que se pode chamar essas pessoas de cidadãos, mais correto seria classificá-los como cada vez mais próximos da classe excluída já mencionada – como a defensoria pública e procuradoria. Assim, a comunidade carente é assistida com advogados pagos pelo estado e por benefícios de gratuidade no pagamento de custas e perícias, facilitando o acesso à justiça por essa parcela – majoritária – da população. Dessa maneira, direitos – como os dos trabalhadores – podem ser efetivamente garantidos.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O livre acesso compreende, não apenas o acesso à instituição estatal da Justiça, mas também o acesso à ordem jurídica justa. Assim, a partir do que foi exposto e refletido, parece que o acesso à Justiça do Trabalho ainda está longe de ser alcançado satisfatoriamente. Nota-se, que na luta pela efetividade do acesso à justiça, encontram-se inúmeros obstáculos e dificuldades, de forma que ao se falar em Acesso à Justiça, não basta permitir que o trabalhador ingresse em juízo, mas também é fundamental que se busque por uma solução final que seja a mais justa possível, garantindo a reivindicação plena de direitos.

Na busca pela verdadeira cidadania, baseada em uma vida digna, deve-se lutar pela aspiração de uma justiça social como obrigação do Estado e direito do cidadão; por isso é tão importante que seja garantido a assistência jurídica para aqueles desprovidos de recursos, para que essa parte excluída da população tenha a mínima condição de defender seus direitos, que são desrespeitados pelos demais. Por fim, é saliente trazer à tona que a sobrevivência digna de todos depende da ênfase e do respeito que se dá ao trabalho; e foi com esse objetivo que tais palavras foram redigidas.

## REFERÊNCIAS

JORGE NETO, PESSOA CAVALCANTI. **Direito do Trabalho**, tomo I / Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcanti.- 7.ed.- São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, AMAURI MASCARO. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO - 29ª E.D-** SÃO PAULO: SARAIVA, 2014.

LEMOS FILHO, ARNALDO; BARSALINI, GLAUCO; VEDOVATO, LUIS RENATO; MELLIM FILHO, OSCAR (ORGS.). **SOCIOLOGIA GERAL E DO DIREITO. 6. ED.** CAMPINAS: ALÍNEA, 2015.

SOIBELMAN, LEIB. **ENCICLOPÉDIA JURÍDICA ELETRÔNICA.** SÃO PAULO : SARAIVA, 1997.

CASSAR, Volia Bonfim. **Direito do Trabalho - 4ª e.d-** Rio de Janeiro: IMPETUS, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho - 31ª e.d-** São Paulo: ATLAS, 2015.

# PANORAMA GERAL DOS AGRAVOS NA JUSTIÇA ELEITORAL E SUAS PERSPECTIVAS EM RELAÇÃO AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**ÂNGELO SOARES CASTILHOS:** Analista Judiciário no TRE/RS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Especialista em Direito Constitucional pela FMP/RS. Pós graduando em Direito Processual Civil pelo Grupo Verbo Jurídico.

**RESUMO:** Os agravos (de instrumento, regimental ou interno, em recurso especial e em recurso extraordinário) são institutos do Direito Processual Civil que, quando aplicados na vida forense da Justiça Eleitoral, suscitam diversos debates doutrinários e jurisprudenciais, diante das peculiaridades associadas à legislação eleitoral. Tais discussões, agora, encontram-se revigoradas, a partir das perspectivas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

---

## 1. Introdução: Os agravos e a Justiça Eleitoral

A rigor, a legislação eleitoral contemplou, expressamente, apenas duas hipóteses de cabimento para o recurso de agravo: os agravos de instrumento dos arts. 279 e 282, ambos do Código Eleitoral, os quais se prestavam, originalmente, a destrancar, respectivamente, o recurso especial eleitoral inadmitido no juízo de admissibilidade do tribunal de origem, a fim de que fosse apreciado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e o recurso extraordinário, inadmitido pela Presidência do Tribunal Superior Eleitoral em face de decisão do seu Plenário.

No entanto, a evolução da *práxis* forense foi exigindo acréscimos em relação à possibilidade de reversão de decisões interlocutórias da Justiça Eleitoral, em maioria advindos do Direito Processual Civil comum. Houve, inclusive, a necessidade de que os regimentos internos de cada corte albergassem um meio de impugnação às decisões monocraticamente exaradas por seus juízes: o agravo regimental.

Por certo, surgiram, ao longo do tempo, inúmeros debates acerca da aplicabilidade, ou não, de cada uma das espécies de agravo na Justiça Eleitoral, ocorrendo até mesmo hipóteses de falta de consenso na doutrina e na jurisprudência.

Por isso, o legislador pátrio, no Novo Código de Processo Civil, parece ter dado o encaminhamento *in abstracto* para tais debates:

**Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.** (grifou-se)

Portanto, s.m.j., teremos, a partir de março de 2016, uma maior intercomunicabilidade da sistemática dos agravos aos processos judiciais eleitorais, o que veremos mais detidamente nos tópicos a seguir.

## **2. O agravo de instrumento contra decisões interlocutórias - dos juízos eleitorais ao recurso especial eleitoral**

O Código de Processo Civil de 1973, com redação das Leis n.º 9.139/1995, 10.352/2001 e 11.187/2005, disciplina o cabimento do agravo contra decisões interlocutórias dos juízos de primeira instância em suas duas possibilidades - forma retida (regra geral) e por instrumento (casos excepcionais):

**Art. 522 Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.**

*Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo. (grifou-se)*

*Art. 523 Na modalidade de agravo retido o **agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.***

§ 1.º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

§ 2.º Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar sua decisão.

§ 3.º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante. (grifou-se)

Na Justiça Eleitoral, sua aplicabilidade sempre foi discutida em vista da celeridade impressa aos ritos da legislação eleitoral e à sua compatibilidade, ou não, com tais procedimentos.

O Tribunal Superior Eleitoral é firme em relação ao entendimento de que não cabe recurso direcionado às decisões de cunho não definitivo prolatadas pelos juízos eleitorais de primeira instância:

*“AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DESPROVIMENTO.*

**1. As decisões interlocutórias ou não definitivas proferidas nos feitos eleitorais não são, de imediato, impugnáveis mediante recurso. Precedentes.**

*2. O acórdão que determina o regresso do feito ao juízo de primeiro grau para produção de provas e prolação de nova sentença ostenta natureza interlocutória, razão pela qual não é impugnável de imediato, podendo a matéria ser examinada em eventual apelo da decisão sobre o mérito da causa.*

**3. Agravo regimental desprovido.”**

(Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 135, Acórdão de 19/08/2014, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 4/9/2014 – grifou-se)

*“ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO AFASTAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

**2. A jurisprudência atual desta Corte Eleitoral alinha-se ao entendimento de que as decisões interlocutórias ou sem caráter definitivo são irrecorríveis, ficando os eventuais inconformismos surgidos para posterior manifestação em recurso da decisão final do processo. Precedentes.**

[...]

**5. Agravo regimental a que se nega provimento.”**

(TSE - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 26998, Acórdão de 06/11/2014, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 224, Data 27/11/2014, Página 152 – grifou-se)

Contudo, não se pode deixar de observar que a Corte Superior rechaça a possibilidade da utilização do agravo de instrumento somente para as “*decisões interlocutórias ou sem caráter definitivo*”, o que, *a contrario sensu*, deve ser lido da seguinte forma: **é sim cabível o agravo de instrumento em face de decisão interlocutória de primeira instância que possua caráter de definitividade (por exemplo, exclusão de litisconsorte ou não concessão de antecipação dos efeitos da tutela), uma vez que são decisões que resolvem inteiramente aspectos da demanda, que podem causar dano irreparável ou de difícil reparação e/ou que podem ocasionar perecimento de direito.**

Tal afirmação é corroborada pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral, que em situação análoga de retenção de insurgência (no caso, um recurso especial eleitoral), afirmou, *mutatis mutandis*, que:

**“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL RETIDO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFERENTE À MATÉRIA PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO OU MESMO DA PERDA DO OBJETO DO RECURSO POR SUA NÃO APRECIÇÃO IMEDIATA. PRECEDENTES DO STJ. NÃO PROVIMENTO.**

**1. As Cortes Superiores pátrias admitem temperamentos à regra geral da retenção quando ficar evidenciado que o não processamento imediato do recurso resulte à parte lesão de difícil reparação ou dano irreparável. Além desta hipótese, é afastada a regra da retenção quando a demora na apreciação do recurso**

***culmine na perda de seu objeto, decorrente da inutilidade final do provimento jurisdicional requerido (AG 8.405/MG, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 14.12.2007; STJ, AgRg na Pet 5702/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, Rel. para o Acórdão Min. Luiz Fux, DJe 6.10.2008).***

*2. In casu, o recurso especial retido foi interposto de decisão interlocutória referente à necessidade ou não de realização de audiência de instrução.*

*3. Segundo a jurisprudência do STJ, na hipótese de decisão interlocutória referente à produção de provas deve-se aplicar a regra que mantém o recurso especial retido, até decisão final, por não se vislumbrar prejuízo imediato às partes e, muito menos, risco de dano irreparável, porquanto o magistrado, na sentença, poderá corrigir eventual ilegalidade, ao valorar o conteúdo probatório pertinente, segundo sua livre convicção (STJ, AgRg na MC 16.081/BA, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), DJe 3.11.2009; STJ, AgRg na MC 15.653/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 18.9.2009)*

*4. Agravo regimental não provido.”*

(TSE - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11459, Acórdão de 16/03/2010, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 14/04/2010, Página 42 – grifou-se)

Exatamente nesse mesmo sentido, mas especificamente no que tange ao agravo de instrumento, o TRE/SP:

***“RECURSO INOMINADO - AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE***

**INDEFERIU CITAÇÃO DE LITISCONSORTE NECESSÁRIO - JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO SENTIDO DA IRRECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL, SENÃO EM CASOS EXCEPCIONAIS -EXCEPCIONALIDADE CONSTATADA- TEMA PREJUDICIAL - RECURSO CONHECIDO - MÉRITO - AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO - PREFEITO E PARTIDO POLÍTICO - DEMANDA QUE NÃO VISA ASSEGURAR REPRESENTATIVIDADE PARTIDÁRIA, MAS SIM A CASSAÇÃO DO MANDATO - IMPOSSIBILIDADE DE A AGREMIAÇÃO POLÍTICA INTEGRAR A LIDE - PREFEITO E VICE-PREFEITO - NATUREZA INCINDÍVEL DA RELAÇÃO JURÍDICA FORMADA PELA CHAPA MAJORITÁRIA - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO VICE - DECADÊNCIA RECONHECIDA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO - AÇÃO DA QUAL ELE FOI TIRADO, EXTINTA DE OFÍCIO PELA DECADÊNCIA APURADA.”**

(TRE/SP - RECURSO nº 33471, Acórdão de 29/04/2010, Relator(a) SILVIA ROCHA GOUVÊA, Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 06/05/2010, Página 123 – grifou-se)

É curioso, porém, notar que, a despeito do firme posicionamento contrário à recorribilidade específica das decisões interlocutórias, o próprio Código Eleitoral é expresso em sentido oposto:

**Art. 265 Dos atos, resoluções ou despachos dos juízes ou juntas eleitorais caberá recurso para o Tribunal Regional.**

*Parágrafo único. Os recursos das decisões das Juntas serão processados na forma estabelecida pelos artigos 169 e seguintes. (grifou-se)*

O TRE/RS já admitiu a aplicabilidade do art. 265 do Código Eleitoral em detrimento da interposição de agravo de instrumento:

*“Recurso regimental. Decisão de relator que negou seguimento a agravo de instrumento interposto contra ato de juiz eleitoral.*

*É incabível agravo de instrumento contra decisões interlocutórias. A via adequada é o recurso previsto no art. 265 do Código Eleitoral.*

*Impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade.*

*Provimento negado.”*

(TRE/RS - RECURSO REGIMENTAL nº 102007, Acórdão de 08/05/2007, Relator(a) DESA. FEDERAL SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, Publicação: DJE - Diário de Justiça Estadual, Tomo 83, Data 14/05/2007, Página 84)

Uma pesquisa na jurisprudência de alguns dos principais tribunais eleitorais do país, no entanto, indica uma maior liberalidade no uso do agravo de instrumento na Justiça Eleitoral, como se pode observar em precedentes do TRE/MG, do TRE/SC e do TRE/PR:

*“Agravo de Instrumento. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Abuso de Poder Econômico. Captação ilícita de sufrágio. Decisão interlocutória que deferiu assistência.*

***Preliminar de inadequação da via eleita. Rejeitada.***

***Recorribilidade das decisões interlocutórias. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao direito eleitoral.***

*Mérito*

*[...]*

*Agravo de instrumento a que se nega provimento.”*

(TRE/MG - RECURSO ELEITORAL nº 16964, Acórdão de 10/09/2013, Relator(a) VIRGÍLIO DE ALMEIDA BARRETO, Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Data 19/09/2013 – grifou-se)

*“Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Decisão do relator que negou seguimento ao recurso. Agravo de instrumento. Cabimento. **Princípio da inafastabilidade da jurisdição. Aplicação subsidiária do CPC. Natureza do bem jurídico tutelado. Potencial danoso das decisões interlocutórias proferidas nas ações eleitorais. Sopesamento na aplicação dos princípios da celeridade e ampla defesa. Recurso provido. Retorno dos autos ao e. Juiz Relator para que prossiga na análise do feito.**”*

(TRE/MG - RECURSO ELEITORAL nº 67307, Acórdão de 03/09/2012, Relator(a) MAURÍCIO PINTO FERREIRA, Relator(a) designado(a) ALICE DE SOUZA BIRCHAL, Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Data 11/09/2012 – grifou-se)

*“Agravo de Instrumento. Recurso Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Abuso de poder econômico, político ou de autoridade. Produção de prova. Pedido liminar. Eleições 2008.*

*Preliminares:*

**1. Não cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias. Rejeitada. Embora a Lei Complementar n. 64/90 não tenha previsão do recurso de agravo de instrumento, é pacífico na jurisprudência que o Código de Processo Civil deve ser usado subsidiariamente à legislação eleitoral, no caso o art. 522 desse código. Decisão judicial que causa grave dano ao agravante. Agravo que deve ser apreciado, para evitar prejuízo à sua defesa, em fase processual, e por medida de economia processual, evitando-se eventual decretação posterior de nulidade.**

[...]

*Agravo de instrumento a que se dá provimento.”*

(TRE/MG - RECURSO ELEITORAL nº 7394, Acórdão de 07/05/2009, Relator(a) RENATO MARTINS PRATES, Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Data 21/05/2009 – grifou-se)

**“- ELEIÇÕES 2008 - REPRESENTAÇÃO - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR - JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL.**

**- AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO - ART. 41-A DA LEI N. 9.504/1997 - PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO - 24 HORAS - INTEMPESTIVIDADE - JUNTADA TARDIA DE DOCUMENTO IMPRESCINDÍVEL À ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DO**

**RECURSO - IMPOSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DO DECISUM.**

***O agravo de instrumento tem sido admitido pela jurisprudência desta Corte contra decisões interlocutórias tomadas pelos juízes eleitorais em representações eleitorais (art. 96, da Lei n. 9.504/1997) ou em ações de investigação judicial eleitoral - "AIJE" (arts. 19, 20 e 22 da Lei Complementar n. 64/1990).***

***À míngua de regulamentação própria, aplicam-se as regras gerais do Código de Processo Civil, com as alterações próprias do Direito Eleitoral, dentre as quais o prazo que é, em relação a alegadas violações à Lei Eleitoral, de 24 horas (Lei n. 9.504, art. 96, § 8º).***

***Como no agravo de instrumento do Direito Comum, cabe ao agravante, em âmbito de Processo Eleitoral, o exclusivo ônus de demonstrar todos os requisitos de admissibilidade do recurso já na sua interposição, sendo inviável a comprovação posterior de algum pressuposto.***

***A interposição de embargos declaratórios em primeiro grau de jurisdição contra a decisão judicial agravada tem o condão de suspender os demais prazos recursais (Código Eleitoral, art. 275, § 4º), mas sua interposição deve ser demonstrada ab initio para justificar a tempestividade de agravo de instrumento apresentado além das 24 horas. Inviabilidade de esclarecimento e demonstração posterior do fato, para afastar juízo de intempestividade. Ausência de requisito de forma e não de tempestividade."***

**(TRE/SC - AGRAVO REGIMENTAL nº 1617, Acórdão nº 23511 de 11/03/2009, Relator(a) MÁRCIO LUIZ FOGAÇA**

VICARI, Publicação: DJE - Diário de JE, Tomo 48, Data 18/03/2009, Página 2/3 – grifou-se)

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - CONHECIMENTO - AUDIÊNCIA PARA INQUIRIRÃO DAS TESTEMUNHAS - DELIMITAÇÃO DA DEMANDA AOS FATOS NARRADOS NA INICIAL - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - DESPROVIMENTO.*

***É possível recorrer das decisões interlocutórias proferidas nas ações de investigação judicial eleitoral em trâmite no primeiro grau, na medida em que a celeridade do rito regulado pela Lei Complementar n. 64/1990 não pode passar por sobre as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.***

*Os limites da demanda são demarcados pela situação fática narrada na inicial, pelo que inviável inquirir testemunhas acerca de condutas que não foram por ela imputadas ao representado.”*

(TRE/SC - AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2370, Acórdão nº 21336 de 17/10/2006, Relator(a) JOSÉ TRINDADE DOS SANTOS, Publicação: DJESC - Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina, Data 20/10/2006, Página 02 – grifou-se)

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRAZO PARA SUA INTERPOSIÇÃO NA JUSTIÇA ELEITORAL.*

***É CABIVEL O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO MEIO EFICAZ DE REMEDIAR O DIREITO DA PARTE CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU.***

**O PRAZO PARA SUA INTERPOSIÇÃO E DE TRÊS DIAS, POR EXPRESSA PREVISÃO LEGAL NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL (ART. 258), NÃO PODENDO SER CONSIDERADOS OS PRAZOS PREVISTOS NO CPC, ESTE UTILIZADO DE FORMA SUBSIDIARIA.**

*INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA. RECURSO NÃO CONHECIDO.”*

(TRE/PR - AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 200, Acórdão nº 21528 de 10/03/1997, Relator(a) DRA. ANNY MARY KUSS SERRANO, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 20/03/1997, Página 0 – grifou-se)

Há, ainda, outro aspecto dessa intrincada questão, que encontra ainda mais volumosa adesão dos pretórios eleitorais: o largo cabimento do agravo de instrumento nos procedimentos que, apesar de adstritos à competência da Justiça Eleitoral, não possuem procedimento previsto na legislação específica, mas sim no Direito Processual comum (execuções fiscais, *querella nullitatis*, cumprimento de sentença, etc.):

*“Execução fiscal. Juízo Eleitoral. Decisão. Recurso cabível. Agravo de instrumento.*

***1. Ainda que a execução fiscal para cobrança de multa eleitoral seja processada perante os juízos eleitorais, deve ser observada a forma prevista na Lei nº 6.830/80 e, subsidiariamente, o CPC.***

***2. As decisões interlocutórias proferidas em execução fiscal podem ser atacadas por meio do agravo de instrumento previsto nos arts. 524 e seguintes do Código de Processo Civil.***

3. *Correto o entendimento da Corte Regional sobre a impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade "para converter o recurso inominado em agravo de instrumento, posto que este, além de ser dirigido diretamente ao tribunal competente, possui rito próprio (arts. 524 e seguintes do Código de Processo Civil)".*

4. *Hipótese que não se confunde com a irrecorribilidade das decisões interlocutórias proferidas em ações eleitorais.*

*Agravo regimental a que se nega provimento.”*

(TSE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 3244, Acórdão de 03/09/2014, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 172, Data 15/09/2014, Página 102/103 – grifou-se)

**“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. WRIT MANEJADO COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ORDEM DENEGADA. NEGA-SE PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.**

**1. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, CONSIDERANDO INADMISSÍVEL A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO, DENEGOU A ORDEM.**

**[...]**

**3. VERDADEIRAMENTE, SALVO ALGUMAS POUCAS EXCEÇÕES, NÃO É AUTORIZADO O USO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA CONTRA**

**DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS. NO ENTANTO, ESTA RESTRIÇÃO SOMENTE SE IMPÕE AOS PROCESSOS TIDOS COMO TIPICAMENTE ELEITORAIS. LOGO, PERFEITAMENTE CABÍVEL ESTE RECURSO EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.**

**4. NO CASO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL HÁ VASTA JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO DE ADMITIR AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA COMBATER DECISÃO DE REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.**

[...]

**6. NEGA-SE PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.”**

(TRE/SP - AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA nº 19502, Acórdão de 27/06/2013, Relator(a) ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO, Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 5/7/2013 – grifou-se)

**“DIREITO ELEITORAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE QUERELA NULLITATIS INSANABILIS. AGRAVO. MEIO RECURSAL CABÍVEL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. SÚMULA 267 DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE AO POSTULADO NA PETIÇÃO INICIAL JURIDICAMENTE DISCUTÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO.**

**1. O instrumento processual cabível destinado a impugnar o decisum atacado neste mandado de segurança seria o agravo, em sua modalidade por instrumento, tendo em vista se tratar o ato inquinado de**

*coator de uma decisão interlocutória, em face do que se apresenta como juridicamente admissível, in tese, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso ou da antecipação da tutela recursal, na forma do previsto no art. 527, III c/c o art. 558, do Código de Processo Civil. E nem poderia ser diferente, pois, se a parte impetrante postulou, no âmbito da ação de querela nullitatis insanabilis (fls. 000029/000067), o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (fl. 000066), que é um instituto de índole eminentemente processual civil (art. 273, do Código de Processo Civil), apresenta-se como um consectário lógico dessa postulação a aplicação, na hipótese, dos institutos recursais previstos no Código de Processo Civil, sob pena de se ter uma decisão deferindo, ou denegando, a antecipação da tutela jurisdicional não sujeita à impugnação pela via do seu recurso próprio.*

*2. Em se tratando de ação que, em seu aspecto mais estrito, não apresenta natureza tipicamente eleitoral, como é o caso da ação de querela nullitatis insanabilis, é cabível a interposição do agravo, na sua forma por instrumento, como o meio recursal destinado a impugnar as decisões interlocutórias eventualmente proferidas.*

*3. Assim, incide, na hipótese, a vedação contida na Súmula 267, do egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".*

*4. Dessa forma, tendo em vista que se apresentava juridicamente cabível, no caso, a interposição do recurso de agravo de instrumento destinado a impugnar o ato judicial impetrado, com a possibilidade in tese de concessão de efeito suspensivo ou de antecipação da*

***tutela recursal, verifica-se, em conseqüência, não dever ser concedido o presente mandado de segurança.***

*5. Aplicação de precedentes jurisprudenciais do egrégio Superior Tribunal de Justiça.*

*6. O rigor da acima mencionada Súmula 267, do egrégio Supremo Tribunal Federal tem sido abrandado, para se admitir o mandado de segurança contra ato judicial, nos casos teratológicos, de flagrante ilegalidade, ou abuso de poder, em que ocorra violação de direito líquido e certo do impetrante. Assim, somente em casos excepcionais, admitir-se-á a impetração de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição, o que não é o caso dos autos.*

*[...]*

*10. Mandado de segurança denegado.”*

(TRE/DF - MANDADO DE SEGURANÇA nº 166902, Acórdão nº 6237 de 24/10/2014, Relator(a) ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico do TREFDF, Tomo 238, Data 28/10/2014, Página 5 – grifou-se)

Pois bem, tal é o atual contexto do cabimento do agravo, sobretudo em sua modalidade por instrumento, perante decisões do juízos eleitorais, o qual, s.m.j., irá ser amplamente modificado após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, pois, como já mencionado, o seu art. 15 é expresso em regular subsidiariamente a processualidade eleitoral, não havendo mais motivação idônea a afastar a aplicabilidade do instituto, previsto no art. 1015 do novel diploma, a esta Justiça especializada.

Em uma sistemática que remonta ao Código de Processo Civil de 1939 (e mesmo ao Código de Processo Penal de 1941, quando arrola, no art. 581, as possibilidades de interposição de recurso em sentido estrito, ainda em vigência), o legislador de 2015 optou por elencar, taxativamente, as hipóteses de cabimento da insurgência:

*Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:*

*I - tutelas provisórias;*

*II - mérito do processo;*

*III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;*

*IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;*

*V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;*

*VI - exibição ou posse de documento ou coisa;*

*VII - exclusão de litisconsorte;*

*VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;*

*IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;*

*X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;*

*XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;*

*XII - (VETADO);*

*XIII - outros casos expressamente referidos em lei.*

*Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.*

Essa inovação legislativa parece ser a mais adequada ao nosso ordenamento jurídico, visto que toda e qualquer lacuna do legislador, ou mesmo a aposição de cláusulas gerais, é capaz de provocar celeumas doutrinárias e jurisprudenciais de monta, que elevam em demasia a problematização das ações judiciais existentes.

Um didático exemplo vem do próprio art. 522 do Código de Processo Civil de 1973: basta que se vejam quantos agravos de instrumento não dotados dos requisitos legais (“*salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida*”) foram, e continuam sendo, interpostos perante os tribunais pátrios, sem que haja um filtro objetivo acerca de seus (des)cabimentos.

Portanto, a escolha do legislador por *numerus clausus* é perfeitamente compreensível, visando a uma diminuição de interposições totalmente indevidas pelas partes litigantes. O acerto de tal escolha será percebido somente com o desenrolar da *praxis* forense, inclusive da Justiça Eleitoral.

É importante, também, salientar a irrecorribilidade das demais situações não arroladas pelo art. 1015, as quais, estando isentas de preclusão, não mais ensejarão a interposição de agravo na forma retida, mas sim tão somente uma manifestação preliminar ao mérito quando da interposição do recurso destinado ao Tribunal ou em suas contrarrazões:

*Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.*

**§ 1.º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação,**

***eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.***

***§ 2.º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.***

***§ 3.º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença.(grifou-se)***

É curioso perceber que a desnecessidade de interposição de agravo retido reproduz exatamente o atual regramento do Código Eleitoral, a partir da leitura do Tribunal Superior Eleitoral, de que as decisões interlocutórias são irrecorríveis, devendo ser atacadas somente em sede de recurso eleitoral. No entanto, por óbvio, nada impede que a parte faça, por simples petição, o registro de sua inconformidade, nos moldes do que é conhecido na Justiça do Trabalho como “protesto antipreclusivo”.

Uma última questão que surge sobre o tema diz respeito à impossibilidade de retenção de recurso especial eleitoral contra acórdão de Tribunal Regional Eleitoral que julga agravo de instrumento, desde que preenchido, por óbvio, o requisito da excepcionalidade da situação. Isso porque, de um lado, a existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação justifica, inicialmente, a interposição do recurso contra a decisão interlocutória de primeira instância e, posteriormente, remanesce motivando o não trancamento da marcha processual em direção à Corte Superior<sup>[1]</sup>. Eis o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, que deve ser lido, novamente, *a contrario sensu*:

***“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL RETIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES 2010. AIJE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE. PROVIMENTO.***

1. *A jurisprudência atual desta Corte alinha-se ao entendimento de que as decisões interlocutórias ou sem caráter definitivo são irrecorríveis, ficando os eventuais inconformismos surgidos para posterior manifestação em recurso contra decisão final do processo.*

2. *Sendo manifestamente incabível o recurso interposto perante o Tribunal de origem, o recurso especial dele proveniente também não pode ser admitido e, via de consequência, o agravo de instrumento interposto contra decisão que determina a retenção do apelo nobre.*

3. *Agravo regimental provido para negar provimento ao agravo de instrumento.”*

(Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 182927, Acórdão de 23/04/2013, Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 05/06/2013 – grifou-se)

*“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO. REPRESENTAÇÃO. ART. 41-A. LEI Nº 9.504/97. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO ESPECIAL RETIDO. DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. PERDA DE OBJETO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DESPROVIMENTO.*

1. *Os recursos especiais interpostos contra decisões de natureza interlocutória atraem a incidência da regra de retenção disposta no art. 542, § 3º, do CPC. Essa regra é excepcionada apenas nas hipóteses em que a retenção do recurso acarretar dano irreparável ou de difícil reparação às partes ou, ainda, nas situações em que a*

***demora na apreciação culminar na perda do seu objeto. Precedentes.***

*2. Na espécie, os agravantes não demonstraram eventual possibilidade de perda de objeto decorrente da inutilidade final do provimento jurisdicional a ser alcançado, tampouco há evidências de que a retenção do recurso especial provocará prejuízo de difícil reparação ou dano irreparável.*

*3. Desse modo, ausente excepcionalidade capaz de destrancar o recurso especial interposto contra decisão interlocutória proferida pelo TRE/PI, deve o referido apelo permanecer retido.*

*4. Agravo regimental não provido.”*

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 5236149, Acórdão de 15/09/2011, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 201, Data 20/10/2011, Página 56 – grifou-se)

O entendimento manifestado neste último precedente, estreme de dúvida, advém da interpretação sistemática § 3.º do art. 543 com o *caput* do art. 522 do diploma processual de 1973. Desse modo, a conjugação da sistemática da retenção, ou não, do recurso especial com as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento possuem um grande parâmetro legislativo: o Novo Código de Processo Civil, que, apesar de ainda não se encontrar em vigor, é, desde já, vetor interpretativo da jurisprudência<sup>[2]</sup> e fornece uma resposta concreta para acerca de quais questões (elencadas no art. 1.015, em seus incisos I a XIII e seu parágrafo único) não estão sujeitas à irrecorribilidade das interlocutórias e, portanto, não sujeitas à retenção do recurso excepcional.

Também a doutrina de FREDIE DIDIER JÚNIOR e de LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA encerra a mesma posição:

*“Em outras palavras, quando o dispositivo alude a decisão interlocutória, está a referir-se acórdão com conteúdo de decisão interlocutória. Assim, por exemplo, conhecida e provida apelação para anular sentença, o acórdão que assim concluiu ostenta conteúdo de decisão interlocutória, eis que haverá o retorno dos autos ao juiz de primeira instância para que seja proferida outra sentença, não havendo encerramento da atividade jurisdicional. No particular, o recurso especial ou extraordinário que fosse interposto haveria de ficar retido, porquanto está se voltando contra uma decisão interlocutória. **Por outro lado, imagine-se a hipótese de o tribunal, no agravo de instrumento, reconhecer a ilegitimidade da parte e já extinguir o processo sem julgamento de mérito. Nesse caso, conquanto o acórdão tenha sido proferido em agravo de instrumento, não ostenta conteúdo interlocutório, não devendo ficar retido o recurso excepcional que venha a ser interposto.**”<sup>[3]</sup>*

Impende salientar, pois, que a decisão interlocutória passível de recurso através de agravo de instrumento e, posteriormente, de recurso especial não sujeito à retenção, é aquela que não possui conteúdo de mera decisão interlocutória (art. 162, 2.º, do Código de Processo Civil de 1973 e art. 203, § 2.º do diploma de 2015), mas sim deliberação definitiva acerca de tema processual relevante (art. 522 atual ou art. 1.015 do novo *codex*), o que se coloca como verdadeiro conteúdo de sentença (art. 162, § 1.º, do diploma processual de 1973 e art. 203, § 1.º, da nova lei), de modo a afastar a incidência da Súmula n.º 281/STF (*“É inadmissível o*

*recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”).*

Desse modo, prosseguindo com a constante apropriação dos regramentos do Código de Processo Civil pela Justiça Eleitoral, é inevitável que o art. 1015 lhe seja plenamente aplicável, com a larga utilização do agravo de instrumento como recurso disponível às partes litigantes nas demandas de natureza eleitoral.

Inclusive, é muito provável que, tanto no Direito Processual Comum, quanto no Direito Processual Eleitoral, o art. 1015 venha a funcionar como balisador para a retenção, ou não, dos recursos especiais pelos tribunais locais, o que, além de se mostrar compatível com um sistema baseado na legalidade das decisões, promoverá uma sadia e desejável coerência do sistema.

### **3. O agravo regimental ou interno nos tribunais eleitorais**

No Código Eleitoral, sequer existe a previsão de decisão monocrática por parte do juiz relator e, conseqüentemente, inexistente nele regramento acerca de eventual recurso cabível contra tal ato judicial.

No entanto, o dia a dia dos colegiados sempre apresentou, em diversas situações, a necessidade de deliberações mais céleres, inclusive aquelas previstas em leis esparsas como sendo atribuição individual do relator: despachos que causem prejuízo a uma das partes do processo, decisões liminares em mandado de segurança e em *habeas corpus*, etc.

Daí surgiu a necessidade, em todos os tribunais pátrios, da instituição de recurso apto a atacar tais decisões isoladamente tomadas, evitando-se sua irrecorribilidade (ou mesmo a necessidade de interposição de mandados de segurança). Todavia, a legislação processual não contemplava tal possibilidade e, diante dessa lacuna, passaram os regimentos internos dos pretórios a conter tal previsão.

Exemplificativamente, eis o regramento do agravo regimental nos Regimentos Internos do Tribunal Superior Eleitoral, do TRE/RS e do TRE/BA:

**RI - TSE:** Art. 36. *O presidente do Tribunal Regional proferirá despacho fundamentado, admitindo, ou não, o recurso.*

[...]

§ 8º *Da decisão do relator caberá agravo regimental, no prazo de três dias e processado nos próprios autos.*

§ 9º *A petição de agravo regimental conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada, sendo submetida ao relator, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do Tribunal, independentemente de inclusão em pauta, computando-se o seu voto.*

**RI – TRE/RS:** Art. 118. *A parte, que se considerar prejudicada por despacho do Presidente ou do relator, poderá requerer que se apresentem os autos em mesa para manutenção ou reforma da decisão.*

§ 1.º *Admitir-se-á agravo regimental tão somente quando, para a hipótese, não haja recurso previsto em lei.*

§ 2.º *O prazo para interposição desse recurso será de três (3) dias, contados da publicação ou da intimação do despacho.*

Art. 119 *Apresentada a petição com os fundamentos do pedido, o Presidente ou o relator, se mantiver o despacho recorrido, mandará juntá-la aos autos, e, na primeira sessão, relatará o feito, participando do julgamento.*

**RI – TRE/BA:** Art. 131. *Cabe agravo regimental, sem efeito suspensivo, contra decisão do Presidente, Corregedor ou relator, no prazo de três dias.*

*Parágrafo único. Não são passíveis de agravo regimental as decisões proferidas pelo Presidente no juízo de admissibilidade do recurso especial.*

Art. 132. *O agravo será processado nos próprios autos e submetido ao prolator da decisão agravada, que poderá reconsiderar sua decisão; se a mantiver, apresentará o feito em mesa para julgamento, independentemente de inclusão em pauta.*

É importante salientar a seguinte premissa: em vista da peculiaridade da existência de processos cíveis, que não as ações constitucionais, de competência originária dos Tribunais Regionais Eleitorais, deve ser conferido ao agravo regimental tratamento processual analógico àquele dado ao agravo de instrumento das ações de competência da primeira instância das ações cíveis em geral. Isso porque o agravo regimental, em sede de decisão interlocutória de relator em julgamento de competência de tribunal, retrata exatamente a mesma insurgência daquela parte que, em tramitação de processo de conhecimento na primeira instância, recorre contra decisão interlocutória do juiz singular.

E, assim como nos processos de competência originária dos tribunais, a mesma necessidade é encontrada nos feitos que tramitam em grau recursal, motivo pelo qual o legislador, finalmente, tomou a iniciativa de positivá-lo, através da Lei n.º 9.756/1998, o recurso de agravo (doutrinária e jurisprudencialmente chamado de agravo interno ou de agravinho), assim dando nova redação ao Código de Processo Civil de 1973:

*Art. 557 O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do*

*Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998)*

*§ 1.º-A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998)*

*§ 1.º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998)*

*§ 2.º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Incluído pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998)*

Obviamente, a inserção do agravo interno no diploma processual teve como principal intuito desafogar as turmas, câmaras ou, até mesmo, plenários de tribunais, a fim de que mais decisões fossem proferidas, individualmente, em grau de recurso de apelação e de agravo de instrumento, sem a necessidade de colocação dos feitos em pauta e suas correlatas implicações (prazos de publicação, sustentações orais, limitação de horários de sessões, prolongamento de discussões em sessão, etc.).

Tal fórmula, pela extremamente larga utilização em grau recursal, com relativo sucesso, foi ampliada pelo legislador de 2015: note-se que, ao contrário do art. 557, que limitava a atuação do relator a negar seguimento ou a dar provimento a recurso, o art.

1.021 do Novo Código de Processo Civil afirma o cabimento do agravo interno “*contra decisão proferida pelo relator*”:

**Art. 1.021. *Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.***

§ 1.º *Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.*

§ 2.º *O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.*

§ 3.º *É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.*

§ 4.º *Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.*

§ 5.º *A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4o, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final. (grifou-se)*

Temos, pois, uma lacuna que será totalmente preenchida na legislação: o agravo interno do art. 1.021 sobrepõe-se, inteiramente, ao agravo previsto regimentalmente pelos tribunais, cumprindo-se, finalmente, a lição da processualística de

que recursos devem estar previstos em lei federal, em conformidade com o art. 22, I, da Constituição[4].

Extingue-se, portanto, toda e qualquer distinção entre o agravo interno do Código de Processo Civil de 2015 e os agravos regimentais, os quais, tecnicamente, deverão desaparecer, aplicando-se *alógica*[5] do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[6].

#### 4. O agravo em recurso especial[7]

Assim como previsto no Direito Processual Civil, também as decisões de inadmissão de recurso especial eleitoral, prolatadas pelas Presidências dos Tribunais Regionais Eleitorais, tinham como remédio processual para o seu “destrancamento”, na origem, com a inevitável remessa de autos suplementares (cópia de peças do processo) ao Tribunal Superior Eleitoral, o recurso de agravo de instrumento.

Assim dispõe, até hoje, o Código Eleitoral:

*Art. 279. Denegado o recurso especial, o recorrente poderá interpor, dentro em 3 (três) dias, **agravo de instrumento**.*

*§ 1.º O agravo de instrumento será interposto por petição que conterà:*

*I - a exposição do fato e do direito;*

*II - as razões do pedido de reforma da decisão;*

***III - a indicação das peças do processo que devem ser trasladadas.***

*§ 2.º Serão obrigatoriamente trasladadas a decisão recorrida e a certidão da intimação.*

*§ 3.º Deferida a formação do agravo, será intimado o recorrido para, no prazo de 3 (três) dias, apresentar as suas razões e indicar as peças dos autos que serão também trasladadas.*

*§ 4.º Concluída a formação do instrumento o presidente do Tribunal determinará a remessa dos autos ao Tribunal Superior, podendo, ainda, ordenar a extração e a juntada de peças não indicadas pelas partes.*

***§ 5.º O presidente do Tribunal não poderá negar seguimento ao agravo, ainda que interposto fora do prazo legal.***

*§ 6.º Se o agravo de instrumento não fôr conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o Tribunal Superior imporá ao recorrente multa correspondente a valor do maior salário-mínimo vigente no país, multa essa que será inscrita e cobrada na forma prevista no art. 367.*

*§ 7.º Se o Tribunal Regional dispuser de aparelhamento próprio, o instrumento deverá ser formado com fotocópias ou processos semelhantes, pagas as despesas, pelo preço do custo, pelas partes, em relação às peças que indicarem. (destaquei)*

Note-se, a título de curiosidade, que o cinquentenário diploma eleitoral já previa a impossibilidade de retenção, no Tribunal local, da insurgência, ainda que desprovida de requisito essencial como a tempestividade. Ocorre que, na processualística civil, a ausência de semelhante disposição gerou certa controvérsia, que ensejou a edição de súmula da Suprema Corte:

*Súmula n.º 727/STF: Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos Juizados Especiais.*

No entanto, tal súmula foi objeto do seguinte juízo pelo próprio Supremo Tribunal Federal:

*“Reclamação. Instituto da repercussão geral. RE nº 565.714/SP. Súmula STF nº 727. Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Ausência. Agravo não provido.*

*1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não é cabível a reclamação para corrigir eventual equívoco na aplicação da repercussão geral pela Corte de origem.*

**2. O entendimento da Súmula do STF nº 727 restou superado com o advento da novel legislação – decorrente da EC nº 45/04 – editada com o escopo de disciplinar a exigência de repercussão geral da matéria constitucional suscitada no âmbito do recurso extraordinário, especialmente os arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.418/06.**

*3. Agravo regimental não provido.”*

(Rcl 9540 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 07-11-2013 PUBLIC 08-11-2013 – grifou-se)

Com a Lei n.º 12.322/2010, restou alterada a sistemática do até então agravo de instrumento, que, justamente por dispensar a formação de autos suplementares para a sua interposição, foi rebatizado como agravo em recurso especial e/ou agravo em recurso extraordinário, nos seguintes termos:

**Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.**

*§ 1.º O agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.*

*§ 2.º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.*

*§ 3.º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008.*

*§ 4.º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator.*

*I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;*

*II - conhecer do agravo para:*

*a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;*

*b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;*

*c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.(grifou-se)*

Inicialmente, essa modificação da sistemática recursal gerou certa discussão no âmbito do próprio Tribunal Superior Eleitoral acerca de sua aplicabilidade, ou não, à Justiça especializada. Após certa resistência, o Plenário da Corte pacificou entendimento em sentido positivo:

*“PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 12.322/2010. ALTERAÇÃO DO ART. 544 DO CPC. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS DO PROCESSO PRINCIPAL. APLICAÇÃO NA JUSTIÇA ELEITORAL. CRIAÇÃO DO NÚCLEO DE ANÁLISE PROCESSUAL. PREJUDICIALIDADE.*

***1. Considerando os benefícios trazidos pela Lei nº 12.322/2010 ao agravo, bem como a ausência de incompatibilidade entre o procedimento trazido pela recente modificação legislativa e a natureza dos feitos eleitorais, cuja***

***apreciação demanda rápida resposta do Poder Judiciário, é de se aplicar, no âmbito da Justiça Eleitoral, a nova redação conferida ao art. 544 do CPC, apenas no que concerne à interposição do agravo de decisão obstativa de recurso especial nos próprios autos do processo principal, mantendo-se, todavia, o prazo recursal de três dias, previsto no Código Eleitoral.***

***2. A regra para interposição do agravo de instrumento, na sistemática prevista pelo Código Eleitoral, não configura norma especial criada pelo legislador em atenção às peculiaridades do interesse tutelado pela Justiça Eleitoral, não incidindo, portanto, o princípio de que a regra geral posterior não derroga a especial anterior.***

***3. Tendo em vista a adoção das modificações introduzidas no art. 544 do CPC, resta prejudicada a criação do Núcleo de Análise Processual, proposto pela Secretaria Judicial deste Tribunal.”***

(Processo Administrativo nº 144683, Acórdão de 20/10/2011, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 093, Data 18/05/2012, Página 379-380 – grifou-se)

O Código de Processo Civil de 2015, ao dispor sobre as regras do agravo, efetivou diversas alterações, a maioria em consequência das inovações reservadas aos recursos excepcionais direcionados ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, mas manteve a disciplina que eliminou a necessidade de formação do instrumento:

***Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que:***

***I - indeferir pedido formulado com base no art. 1.035, § 6.º, ou no art. 1.036, § 2.º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo;***

***II - inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior;***

***III - inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.***

***§ 1.º Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa:***

***I - a intempestividade do recurso especial ou extraordinário sobrestado, quando o recurso fundar-se na hipótese do inciso I do caput deste artigo;***

***II - a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso:***

***a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior;***

***b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de***

*repercussão geral da questão constitucional discutida.*

*§ 2.º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais.*

*§ 3.º O agravado será intimado, de imediato, para oferecer resposta no prazo de 15 (quinze) dias.*

*§ 4.º Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente.*

*§ 5.º O agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo.*

*§ 6.º Na hipótese de interposição conjunta de recursos extraordinário e especial, o agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.*

*§ 7.º Havendo apenas um agravo, o recurso será remetido ao tribunal competente, e, havendo interposição conjunta, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.*

*§ 8.º Concluído o julgamento do agravo pelo Superior Tribunal de Justiça e, se for o caso, do recurso especial, independentemente de pedido, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal*

*para apreciação do agravo a ele dirigido, salvo se estiver prejudicado. (grifou-se)*

No entanto, a maior novidade legislativa é a eliminação do juízo de admissibilidade dúplice ou bipartido (art. 1030, parágrafo único), restando somente a delibação pelo relator do Tribunal Superior, o que encerra o cabimento do agravo em recurso especial e do agravo em recurso extraordinário nas causas em que, respectivamente, não houver afetação de tema ao rito dos recursos repetitivos perante o Tribunal Superior e/ou que a repercussão geral junto ao Pretório Excelso permita (ou seja, o tema do recurso verse sobre matéria já reconhecida como transcendente ou, então, cuja matéria ainda não houver sido apreciada sob tal aspecto).

Assim, somente nas hipóteses distintas das supradestacadas, isto é, nas quais haja o sobrestamento dos autos pela Presidência dos tribunais de origem, existe a possibilidade de interposição do recurso de agravo na Justiça comum. É, pois, sobretudo em relação ao recurso especial, praticamente um “novo” (no sentido de diferenciar-se do que era) recurso.

Portanto, pode-se concluir que, s.m.j., perante a Justiça Eleitoral:

1) o recurso de agravo em recurso especial, baseado na legislação especial, segue sendo perfeitamente cabível como meio de insurgência em relação ao juízo de admissibilidade, o qual permanece intacto no ordenamento jurídico, dos recursos especiais eleitorais inadmitidos na origem, pois a matéria segue regulada pelos arts. 278, § 1.º, e 279 do Código Eleitoral;

2) o recurso de agravo em recurso especial do Código Eleitoral segue, à míngua de fundamento idôneo para o retorno à antiga sistemática da formação do instrumento, a sistemática inicialmente adotada pela Lei n.º 12.322/2010 e que foi mantida pelo Novo Código de Processo Civil, visto que os fundamentos para a adoção supletiva do rito simplificado permanecem hígidos.

## 5. O agravo em recurso extraordinário

Assim como nos demais ramos do Poder Judiciário, em qualquer demanda (judicial, saliente-se) é possível o cabimento do recurso extraordinário diante de decisão colegiada de última instância da Justiça Eleitoral, ou seja, Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, excetuados os casos de cabimento do recurso ordinário.

Uma vez negado o seguimento de tal recurso, assim ainda prevê o Código Eleitoral:

*Art. 282 Denegado recurso, o recorrente poderá interpor, dentro de 3 (três) dias, agravo de instrumento, observado o disposto no art. 279 e seus parágrafos, aplicada a multa a que se refere o § 6º pelo Supremo Tribunal Federal.*

Obviamente, assim como o próprio agravo de instrumento do art. 279 sofreu algumas modificações advindas da evolução legislativa acerca dos recursos destinados aos Tribunais Superiores, também o agravo de instrumento do art. 282 não é mais o parâmetro completo acerca do recurso extraordinário em matéria eleitoral – em verdade, hoje, resta-lhe em vigência somente o prazo de interposição. Nesse contexto, o recurso de agravo em recurso extraordinário, previsto no Código de Processo Civil de 2015, ao contrário do agravo em recurso especial, será, s.m.j., integralmente adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, como consequência inafastável da universalidade do instituto da repercussão geral aos recursos extraordinários.

Frise-se, sobretudo para aqueles que militam somente na Justiça comum, que seus momentos processuais de cabimento são sucessivos: enquanto o agravo em recurso especial deve ser interposto contra a decisão do presidente do Tribunal Regional Eleitoral local que negou seguimento ao recurso especial eleitoral da parte, o agravo em

recurso extraordinário deve ser interposto tão somente contra a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que não admite o apelo extremo.

Hoje, pois, as maiores diferenciações havidas, na esfera eleitoral, entre ambos os agravos são duas:

1) a preponderância do Código Eleitoral na atividade jurisdicional ligada ao agravo em recurso especial, aplicando-se o Código de Processo Civil de forma supletiva, enquanto o Código de Processo Civil regula quase inteiramente a matéria atinente ao agravo em recurso extraordinário, reservada ao Código Eleitoral apenas a fixação legal do prazo de sua interposição;

2) a existência do requisito específico de admissibilidade da repercussão geral do recurso extraordinário, hoje um dos mais efetivos elementos de filtragem para o conhecimento da causa pelo Supremo Tribunal Federal, que pode ocasionar a interposição de agravo.

Contudo, é deveras importante salientar que a repercussão geral em recurso extraordinário será apta a obstar, por inadmissão do Tribunal Superior Eleitoral, o seguimento de apelo extremo tão somente se o próprio Pretório Excelso já houver deliberado, por maioria de dois terços de seus membros, pela sua inexistência, conforme a Constituição (com redação da Emenda Constitucional n.º 45/2004)[\[8\]](#) [\[9\]](#):

*Art. 102, §3.º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, **somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.** (grifou-se)*

Veja-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – EMENDA REGIMENTAL Nº 21/2007 (STF) – INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM DATA POSTERIOR A 03/05/2007 – EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO FORMAL E FUNDAMENTADA, EM CAPÍTULO AUTÔNOMO, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DA REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS – INOCORRÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

*– A repercussão geral, nos termos em que instituída pela Constituição e regulamentada em sede legal (Lei nº 11.418/2006), constitui pré-requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, cuja cognição, pelo Supremo Tribunal Federal, depende, para além da constatação dos pressupostos recursais que lhe são inerentes, do reconhecimento da existência de controvérsia constitucional impregnada de alta e relevante transcendência política, econômica, social ou jurídica, que ultrapasse, por efeito de sua própria natureza, os interesses meramente subjetivos em discussão na causa.*

*– Incumbe, desse modo, à parte recorrente, quando intimada do acórdão recorrido em data posterior à publicação da Emenda Regimental nº 21/2007 (03/05/2007), a obrigação de proceder, em capítulo autônomo, à prévia demonstração, formal e fundamentada, no recurso extraordinário interposto, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas, sob pena de incognoscibilidade do apelo extremo. Precedente.*

*– Assiste, ao Presidente do Tribunal recorrido, competência para examinar, em sede de controle prévio de admissibilidade do recurso extraordinário, a*

***demonstração formal e fundamentada, em capítulo autônomo, da repercussão geral, só não lhe competindo o poder – que cabe, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 543-A, § 2º) – de decidir sobre a efetiva existência, ou não, em cada caso, da repercussão geral suscitada. Doutrina. Precedentes.***

(ARE 891508 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 07-08-2015 PUBLIC 10-08-2015 - destaquei)

Exemplificativamente, transcreve-se um despacho de admissibilidade proferido pela Presidência do Tribunal Superior Eleitoral:

*“Recurso extraordinário em recurso especial eleitoral. Eleições 2008. Ausência de prequestionamento e de repercussão geral. Recurso extraordinário inadmitido.*

*[...]*

*6. Ademais, o acórdão do Tribunal Superior Eleitoral assentou que não ficou demonstrada a divergência jurisprudencial, questão atinente aos pressupostos de admissibilidade dos recursos, sem repercussão geral, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal:*

***'PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS DA COMPETÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.***

*A questão alusiva ao cabimento de recursos da competência de outros Tribunais se restringe ao âmbito infraconstitucional. Precedentes. Não havendo, em rigor, questão constitucional a ser*

*apreciada por esta nossa Corte, falta ao caso 'elemento de configuração da própria repercussão geral', conforme salientou a ministra Ellen Gracie, no julgamento da Repercussão Geral no RE 584.608' (RE-RG n. 598365, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 26.3.2010, grifos nossos).*

**7. No julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 760358/SE, DJe 19.2.2010, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a possibilidade de aplicação dos arts. 543-A e 543-B pelos Tribunais a quo para a inadmissão de recurso extraordinário que trate de matéria cuja repercussão geral não tenha sido reconhecida.**

**8. Pelo exposto, inadmito o recurso extraordinário.**

*Publique-se.*

*Brasília, 21 de janeiro de 2013.*

*Ministra CÁRMEN LÚCIA*

*Presidente"*

(Recurso Especial Eleitoral nº 430424, Decisão Monocrática de 21/01/2013, Relator(a) Min. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 23, Data 01/02/2013, Página 97-98 – grifou-se)

Note-se, ademais, que, caso seja intento da parte se insurgir contra uma negativa de seguimento a recurso extraordinário que, tal como a decisão acima transcrita, houver aplicado os arts. 543-A e 543-B, caber-lhe-á interpor, em um primeiro momento, o recurso de agravo regimental (se adotada a nomenclatura trazida pelo Novo Código de Processo Civil, agravo interno), não o agravo em recurso extraordinário previsto em lei (art. 282 do Código Eleitoral). Veja-se a seguinte ementa do Tribunal Superior Eleitoral, que exemplifica tal situação na prática forense:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DOS LIMITES DA COISA JULGADA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.

**1. Insurgência voltada contra decisão que negou trânsito ao apelo extremo, por versar matéria que a Suprema Corte já assentou ser desprovida de repercussão geral. Recebimento do agravo de instrumento como agravo regimental, em cumprimento à decisão proferida por Ministro do Supremo Tribunal Federal.**

2. A questão alusiva ao cabimento de recursos da competência de outros Tribunais se restringe ao âmbito infraconstitucional. Assim, não havendo questão constitucional a ser apreciada por esta nossa Corte, falta ao caso “elemento de configuração da própria repercussão geral”. Precedentes. Fundamento não atacado. Aplicação da Súmula nº 283/STF.

3. A matéria relativa à afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal é insuficiente para amparar o apelo extremo, por não ser dotada de repercussão geral.

4. *Agravo regimental desprovido.*”

(Agravo Regimental em Recurso Extraordinário em Recurso em Mandado de Segurança nº 50452, Acórdão de 07/10/2014, Relator(a) Min. JOSÉ

ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 28/10/2014 – grifou-se)

É importante destacar que esse encargo processual, conferido às partes eventualmente recorrentes, foi emanado pelo Pretório Excelso em questão de ordem que fixou a jurisprudência pátria, cuja ementa assevera:

*“Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental.*

**1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral.**

**2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação.**

3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida.

**4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem.”**

(AI 760358 QO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 REPUBLICAÇÃO: DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-09 PP-01720 – grifou-se)

Portanto, o agravo destinado ao Supremo Tribunal Federal deve receber a máxima atenção por parte dos operadores do Direito que militem em tal seara: além de todos os requisitos específicos de admissibilidade típicos dos recursos excepcionais, que devem ser nele reafirmados, a parte deverá atacar a decisão do Plenário do Tribunal Superior Eleitoral em agravo regimental ou interno, a fim de que a insurgência seja considerada cabível.

## 6. Conclusões

Como pode ser depreendido na leitura do presente trabalho, a temática dos agravos perante a Justiça Eleitoral encontra, em sua maioria, vias tortuosas de discussão, abrangendo incertezas acerca de sua aplicabilidade em maior ou menor escala, conforme a espécie estudada. Espera-se, pois, que esta breve compilação de ideias possa, de algum modo, auxiliar os estudiosos do tema e contribuir para a construção de soluções que aperfeiçoem o funcionamento da Justiça Eleitoral.

Sem embargo de dúvida, tal instabilidade jurídica advém, sobretudo, de uma situação que se prolonga no tempo em muitos assuntos de interesse nacional: a omissão legislativa do Congresso Nacional em relação ao Direito Eleitoral. É perceptível que o vetusto Código Eleitoral não mais contempla todas as necessidades da Justiça Eleitoral, seja em sua atuação administrativa (gestão do cadastro eleitoral e da logística das eleições), seja em sua função jurisdicional. No entanto, o legislador limitou-se a editar normas relativas a tópicos específicos, tais como partidos políticos (Lei n.º 9.096/95), eleições (Lei n.º 9.504/97) e minirreformas (Lei n.º 11.300/2006, Lei n.º 12.034/2009 e 12.891/2013),

sem maiores preocupações em renovar com completude ou com sistematicidade o arcabouço legislativo eleitoralista.

Nesse contexto, pois, fez-se imperativa a apropriação, pela Justiça Eleitoral, de institutos e de regramentos previstos somente na legislação processual civil, as quais, por vezes, sobrepunham-se, ou, de certo modo, até mesmo contrariavam a disposições pretéritas da legislação especial, o que gerou um sem número de debates jurídicos na doutrina e na jurisprudência, sem que o consenso tenha sido obtido em diversos casos.

Assim, é certo que, mais uma vez, muitos debates surgirão, e alguns serão renovados, quando da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. De qualquer forma, seja na Justiça comum, seja na Justiça especializada, o manejo do agravo, em qualquer de suas espécies, exigirá, sempre, o cuidado do operador do Direito no sentido de que articule razões inéditas, próprias ao recurso em comento, as quais, efetivamente, ataquem a motivação concretamente exposta no *decisum* recorrido. Tal procedimento, pela parte, é assaz relevante, a fim de que evite um indesejável e inadequado “copia e cola” da fundamentação já exposta anteriormente no processo, o que ocasionaria, fatalmente, o insucesso da pretensão recursal.

Esta questão é tão séria e frequente que o Superior Tribunal de Justiça editou enunciado que, *mutatis mutandis*, pode ser interpretado em sentido lato a todas as espécies de agravo:

*Súmula n.º 182/STJ: É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.*

Portanto, a peça de interposição do recurso de agravo não deve, jamais, ficar restrita à repetição dos argumentos expendidos em fase anterior à sua interposição, pois é instrumento destinado a reverter uma decisão que, apesar de baseada no pedido da parte, foi

autonomamente pensada. E, justamente, a utilização de fundamentos concretamente expostos para o caso, os quais divergem da situação abstratamente colocada pela parte recorrente, é que impossibilita o mero repisamento de argumentações já apresentadas. Por exemplo: o agravo de instrumento não pode ser mera repetição do que foi exposto na petição inicial; o agravo regimental não pode ser simples cópia do conteúdo do recurso eleitoral monocraticamente decidido; o agravo em recurso especial não pode somente reproduzir o embasamento do recurso especial, etc.

No entanto, por óbvio, certas questões já debatidas pela parte poderão ser pertinentes ao agravo interposto, integrando-lhe, mas não deverão monopolizar o peticionamento, funcionando apenas como uma reafirmação da coerência dos fundamentos apresentados.

#### NOTAS:

[1] É inequívoco o cabimento do apelo excepcional em tais casos, conforme a Súmula n.º 86/STJ: *“Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.”*

[2] Conforme notícia publicada no site do Excelso Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte:

#### **“STF afasta intempestividade de recurso apresentado antes da publicação de acórdão**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) alterou a jurisprudência da Corte para afastar o conceito de intempestividade para os recursos apresentados antes da publicação do acórdão – data até então considerada marco temporal do início do prazo para a interposição de embargos declaratórios ou agravos.

A decisão foi tomada durante o julgamento de embargos de declaração (convertidos em agravo regimental) no Agravo de Instrumento (AI) 703269, que trata de um litígio entre um ex-funcionário do Banco Bradesco S/A e a instituição financeira sobre questões salariais, pagamento de horas extras e auxílio-alimentação.

Ao apresentar a questão, o ministro Luiz Fux (relator) considerou que não pode ser considerado intempestivo um recurso

apresentado dentro do prazo, ainda que antes da publicação do acórdão, lembrando que jurisprudência atual considera intempestivo o recurso apresentado tanto antes, quanto após o prazo. “Revela-se uma contradição considerar-se intempestivo um recurso que é interposto antes do escoamento do prazo”, afirmou. O relator acrescentou que na Primeira Turma do STF, da qual fazem parte também os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Roberto Barroso e Rosa Weber (presidente), já houve discussão em torno da necessidade de mudança de direcionamento quanto aos recursos considerados intempestivos. **Fux acrescentou que a jurisprudência agora superada é “extremamente formalista e sacrifica a questão da justiça” e lembrou que a evolução no entendimento já está prevista no novo Código de Processo Civil (CPC), que entrará em vigor em 2016.**

O ministro Marco Aurélio, que sempre afastou a intempestividade nestas circunstâncias, lembrou da característica do brasileiro de deixar as coisas para última hora e ressaltou que não se pode punir quem se antecipa. “Geralmente o brasileiro deixa para a undécima hora a prática do ato, mas há aqueles que se antecipam. Se antecipam na interposição de recurso, inclusive em relação ao prazo recursal. Chegam ao protocolo da Corte e interpõem o recurso que tem objeto, que é o acórdão, antes de detonado o prazo inicial desse prazo. Entendo que esse ato é válido”, afirmou.

O presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, manifestou preocupação quanto aos casos em que os embargos são apresentados antes da publicação do acórdão e não guardam relação com a decisão questionada. Lewandowski salientou que se a parte não conhece o acórdão, não pode embargar de modo genérico, sem atacar os pontos específicos.” (destaquei - disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=286657>, acesso em 17.08.2015.)

[3] **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, v.3, p. 230.

[4] Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (grifou-se)

[5] Note-se que é mencionada a utilização da *lógica* contida no dispositivo legal, pois, tecnicamente, somente normas de mesma hierarquia e emanadas pelo mesmo ente federado podem revogar-se mutuamente. Desse modo, diante da perda de objeto das previsões regimentais de agravos contra decisões do relator, devem os tribunais pátrios passar a se utilizar tão somente do agravo interno do Novo Código de Processo Civil, seja pela reforma dos respectivos regimentos internos, seja pela mera renovação da *praxis* forense.

[6] Art. 2.º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1.º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o **declare, quando seja com ela incompatível ou** quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (grifou-se)

[7] Tema já publicado em meu artigo intitulado "**Breves Notas sobre o Recurso Especial Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil**", disponível no site Jus Navigandi (<http://jus.com.br/artigos/40996/breves-notas-sobre-o-recurso-especial-eleitoral-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>), adaptado ao presente trabalho.

[8] A competência exclusiva da Suprema Corte é salientada, também, no Código de Processo Civil de 1973, com redação da Lei n.º 11.418/2006:

Art. 543-A O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

[...]

§ 2.º - O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, **para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal**, a existência da repercussão geral. (grifou-se)

[9] Igualmente, o Código de Processo Civil de 2015 reafirma:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

[...]

§ 2.º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral **para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.** (grifou-se)

## EXPLICITAÇÕES AO PLANO DE PRESERVAÇÃO DE SÍTIO HISTÓRICO URBANO (PPSH): APONTAMENTOS À PORTARIA Nº 299/2004 DO IPHAN

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** O objetivo do presente está assentado na análise do Plano de Preservação de Sítio Histórico Urbano, instituído pela Portaria nº 299/2004 do IPHAN. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de

patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

**Palavras-chaves:** Patrimônio Cultural. Sítio Histórico. Plano de Preservação.

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Explicitações ao Plano de Preservação de Sítio Histórico Urbano (PPSH): Apontamentos à Portaria nº 299/2004 do IPHAN.

---

### **1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito**

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos 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, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula 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]. Destarte, 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 primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, 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, precipuamente 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 e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, 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 dos mencionados 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, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “*Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas*”[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha

realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”[6].

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. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 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[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

## 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “Com o

*advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”[13].* Nesta toada, ainda, é observável que *ocaput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação *docaput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente

geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo

aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

### **3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios**

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos*

*colonizadores e escravos africanos*”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “*o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental*”[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

**Ementa:** Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios

arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta

Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

#### **4 Explicitações ao Plano de Preservação de Sítio Histórico Urbano (PPSH): Apontamentos à Portaria nº 299/2004 do IPHAN**

De plano, cuida anotar que O Plano de Preservação de Sítio Histórico Urbano – PPSH é um instrumento de caráter normativo, estratégico e operacional, destinado ao desenvolvimento de ações de preservação em sítios urbanos tombados em nível federal, e deve resultar de acordo entre os principais atores públicos e privados, constituindo-se em processo participativo. O PPSH busca um equilíbrio favorável à sociedade entre o valor econômico e o valor cultural dos sítios tombados. Não havendo adesão local ao desenvolvimento do PPSH, o Iphan poderá estabelecer outros procedimentos que visem a atender as suas prerrogativas institucionais no que corresponde à gestão dos sítios históricos urbanos por ele tutelados. O Termo Geral de Referência para o Plano de Preservação de Sítio Histórico Urbano – TGR/PPSH é o instrumento norteador para o desenvolvimento dos planos específicos para cada localidade, e estabelece os conceitos básicos, os princípios de atuação e os procedimentos necessários à sua formulação, implementação, acompanhamento e

avaliação. O PPSH é proposto com a finalidade de: a) dotar a instituição de um regime de disciplina urbanística e edilícia compatível com o regime de proteção dos sítios históricos urbanos; b) tornar compreensíveis e explícitos os princípios, critérios e normas de preservação que devem balizar as ações públicas e privadas nos sítios tombados em nível federal; c) criar novos padrões de abordagem da preservação de sítios históricos urbanos, apoiados no planejamento e gestão urbanos; d) melhorar e intensificar a articulação entre as diversas esferas políticoadministrativas com competência sobre essas áreas, visando a maior eficácia na gestão do patrimônio cultural urbano; e) lidar de modo eficaz com o novo papel social, econômico e ambiental atribuído ao patrimônio cultural urbano.

O PPSH tem por objetivo: a) preservar o patrimônio cultural da cidade para a sua população e para a coletividade; b) propiciar o estabelecimento de diretrizes e regulamentos para orientação, planejamento e fomento das ações de preservação de sítios históricos urbanos; c) promover uma atuação pública concertada; d) integrar ações propostas com vistas a alcançar um processo de preservação urbana; e) focalizar e territorializar políticas setoriais nos sítios históricos urbanos; f) promover o compartilhamento de responsabilidades entre os diversos agentes públicos envolvidos e a sua aplicação comum. Consideradas as diversas realidades a serem abordadas quando da sua implementação, o PPSH pode ser desenvolvido em etapas, podendo abranger, em conjunto ou isoladamente, as seguintes dimensões: a) dimensão normativa, compreendendo o regulamento de ordenação urbanística e de preservação do sítio histórico urbano; b) dimensão estratégico-operacional, correspondendo ao programa de atuação para o sítio histórico urbano; c) dimensão avaliadora, correspondendo ao sistema de avaliação do PPSH. O PPSH possui os seguintes princípios norteadores: a) reconhecimento do valor patrimonial do sítio em sua expressão objetiva, relacionada ao ambiente urbano que o constitui; b) reconhecimento da preservação como um fenômeno/processo inerente ao chamado desenvolvimento urbano; c) reconhecimento da necessidade de uma abordagem urbanística da preservação do sítio urbano; d) reconhecimento da estrutura física e

humana do sítio urbano, considerando variáveis de análise que contemplam a dimensão da cultura como uma das lógicas do desenvolvimento das cidades; e) envolvimento de todas as áreas político-administrativas atuantes na área; f) estabelecimento do processo participativo, iniciado mediante compromisso.

Para os trabalhos necessários ao PPSH tem-se como referência básica a área tombada em nível federal e seu entorno imediato, podendo também ser considerado, quando for o caso, o conjunto de áreas protegidas ou tombadas pelas três esferas administrativas. A delimitação da Área Urbana de interesse Patrimonial será prévia à realização do PPSH, podendo essa área corresponder a: a) cidade histórica: o sítio urbano que compreende a área-sede do município; b) centro histórico: o sítio urbano localizado em área central da área-sede do município, seja em termos geográficos, seja em termos funcionais e históricos; c) conjunto histórico: o sítio urbano que se configura em fragmento do tecido urbano da área-sede do município ou de qualquer um dos seus distritos ou, ainda, sítio urbano que contenha monumentos tombados isoladamente. Ao lado disso, incumbe apontar que as características e o porte dos sítios históricos urbanos tombados em nível federal definirão a abrangência do trabalho e os procedimentos específicos que deverão ser adotados na formulação e implementação do Plano de Preservação. A partir da Área Urbana de Interesse Patrimonial deverão, para fins instrumentais, ser caracterizadas três áreas básicas contíguas: a) área protegida: a área tombada em nível federal e demais áreas tombadas em outros níveis, caso ocorram e que não correspondam à área federal; b) área de entorno: área contígua à área protegida, onde o modo de urbanização e a escala das construções possam interferir na ambiência, visibilidade e integração na paisagem; c) área de influência: área onde o uso do solo está diretamente articulado ao uso do solo da área protegida.

Para funcionar como mecanismo de gestão estruturador do desenvolvimento do PPSH, será constituída Comissão Gestora Local – CGL, sempre que não existir mecanismo de gestão equivalente, de natureza interinstitucional, consultiva, deliberativa e executiva, sem personalidade

jurídica própria, a ser composta por representantes do Município, que a preside; do Governo Estadual; do Iphan; da sociedade civil organizada e demais entidades envolvidas no processo. Em casos excepcionas e desde que em comum acordo com as partes envolvidas, poderá o Iphan presidir e coordenar os trabalhos da Comissão Gestora Local. À Comissão Gestora Local compete: a) promover a execução das ações de modo integrado e coordenado; b) fomentar a inserção do setor privado, cooperativo e da população local no processo; c) monitorar o desenvolvimento do PPSH; d) auxiliar na captação de recursos; e) coordenar e acompanhar a execução dos recursos financeiros obtidos para o desenvolvimento e implementação do PPSH. A Comissão Gestora Local – CGL deverá estar constituída por um Grupo Dirigente e um Grupo Técnico, a fim de cumprir as suas atribuições, político-institucional e técnico-executiva.

Para o desenvolvimento do PPSH serão utilizados, de modo adaptado a cada situação, os seguintes instrumentos de conhecimento e pesquisa produzidos pelo Iphan: a) Inventário Nacional de Bens Imóveis em Sítios Urbanos Tombados (INBI-SU); b) Inventário de Configuração de Espaços Urbanos (INCEU); c) Inventário de Bens Arquitetônicos (IBA); d) Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC). É facultativa a utilização dos instrumentos de conhecimento e pesquisa anteriormente citados, caso existam outros assemelhados já aplicados no local, com dados coletados passíveis de utilização e que atendam às finalidades de elaboração do Plano de Preservação. A partir dos dados obtidos pela utilização dos instrumentos mencionados no art. 11 da Portaria nº 299/2004, serão empreendidas análises relativas: I. ao sítio histórico urbano, compreendendo: a) características do tombamento; b) características morfológicas e tipológicas do espaço urbano/natural e do conjunto construído; c) aspectos construtivos do sítio histórico; d) elementos vegetais existentes; e) sítios arqueológicos; f) manifestações culturais locais; g) aspectos visuais e perspectivas a serem preservadas. II. à dinâmica urbana, compreendendo: a) evolução urbana; b) estudos, projetos e planos urbanísticos realizados; c) infra-estrutura, uso e ocupação do solo urbano; d) construções; e) espaços vazios; f) perfil sócio-econômico; g)

condições ambientais; h) instrumentos de gestão urbana vigentes; i) fatores de deterioração do sítio histórico; III. às tendências de desenvolvimento urbano, compreendendo: a) tendências de desenvolvimento urbano da cidade; b) recursos existentes; c) reconhecimento dos atores; d) reconhecimento das variáveis exógenas; IV. à classificação e valoração patrimonial do sítio histórico urbano, compreendendo: a) a revisão das poligonais de proteção existentes, se for o caso; b) a delimitação de zonas de preservação; c) a identificação de setores específicos de proteção; d) a classificação de imóveis, com definição de graus de valor patrimonial relacionados a graus de intervenção; e) a caracterização do perfil sócio-econômico dos setores identificados; f) a caracterização do perfil das atividades neles incidentes.

Para atender à dimensão normativa do PPSH serão considerados os seguintes procedimentos operacionais: a) realização de reunião preparatória; b) realização de seminário técnico na cidade; c) realização dos atos solenes; d) elaboração do Termo de Referência específico para o PPSH, conforme Anexo I a esta Portaria; e) validação dos estágios do trabalho; f) consolidação e conclusão dos trabalhos correspondentes; g) apresentação dos documentos para aprovação. Com o escopo de atender à dimensão estratégico operacional do PPSH serão considerados os seguintes procedimentos operacionais: a) realização de oficina de planejamento, elaborando o programa de atuação para o sítio histórico urbano; b) desenvolvimento dos projetos executivos; c) realização das oficinas de promoção de investimentos privados; d) implementação do respectivo programa de atuação. Para atender à dimensão avaliadora do PPSH serão considerados os seguintes procedimentos operacionais: a) definição de sistemática de avaliação do Plano de Preservação; b) implementação dessa sistemática segundo suas dimensões normativa e estratégico operacional.

O PPSH deverá resultar: a) no estabelecimento de regulamentos e normas que garantam a preservação do patrimônio cultural, dentro de uma perspectiva histórica e urbanística; b) no aprimoramento da gestão urbana do sítio histórico; c) na adequação do uso das áreas às possibilidades

definidas pelas características arquitetônicas e urbanísticas associadas ao valor patrimonial do sítio; d) na compatibilização das tendências de transformação do uso do solo à preservação das características arquitetônicas do sítio; e) no fomento a atividades socioeconômicas e culturais dinamizadas do sítio; f) na melhoria da qualidade ambiental; g) na fruição por seus usuários do valor patrimonial do sítio; h) na correção de carências urbanas; i) na correção de carências de infraestrutura e serviços urbanos; j) na melhoria dos aspectos funcionais urbanos do sítio histórico. Os produtos resultantes da implementação do PPSH devem ser: I. Regulamento de Ordenação Urbanística e de Preservação do Sítio Histórico Urbano; II. Programa de Atuação para o Sítio Histórico Urbano; III. Sistema de Avaliação do Plano de Preservação;

#### **Referência:**

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

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e

mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: g.jus.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora *JusPodivm*, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

#### NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015, s.p.

[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 ag. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[7] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 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 N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem*. **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 preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império

Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PÚBLICO COM  
ÊNFASE EM GESTÃO PÚBLICA**

ISMAEL DE CÓRDOVA

**O PAPEL DO ADVOGADO NA GESTÃO DO SUAS: UM ESTUDO A  
PARTIR DO ACESSO AOS DIREITOS SOCIOASSISTENCIAIS**

ISMAEL DE CÓRDOVA

**O PAPEL DO ADVOGADO NA GESTÃO DO SUAS: UM ESTUDO A PARTIR DO ACESSO AOS DIREITOS SOCIOASSISTENCIAIS**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Público com ênfase em Gestão Pública da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientador: Prof. Dr. Wagner Seian Hanashiro

ISMAEL DE CÓRDOVA

**O PAPEL DO ADVOGADO NA GESTÃO DO SUAS: UM ESTUDO A PARTIR DO ACESSO AOS DIREITOS SOCIOASSISTENCIAIS**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Público com ênfase em Gestão Pública da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, como requisito parcial à conclusão do curso.

Criciúma, de de 2015

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Dr. Wagner Seian Hanashiro – Orientador  
Instituição

1º Examinador  
Instituição

2º Examinador  
Instituição

Dedico esse trabalho àquele que sempre esteve ao meu lado, me consolando e guiando: "DEUS". Aos meus pais e irmãs por todo amor e carinho. Ao meu eterno e amado companheiro e a todos os familiares e amigos valiosos.

## **AGRADECIMENTOS**

Serei eternamente grato pela paciência que meu Pai Celeste teve, primeiramente por me dar saúde, sabedoria para chegar ao final desta caminhada. Mesmo quando os ventos sopravam para o lado oposto, eu podia sentir a força do amor dele ao caminhar contra as adversidades.

Agradeço aos meus pais e irmãs pelo apoio e compreensão ao longo desta jornada. Ao meu companheiro eterno, Zolnei Vargas Ernesta de Córdova, por sempre estar disposto, acreditando e me encorajando a ser o melhor que pudesse.

Ao meu orientador Prof. Dr. Wagner Seian Hanashiro, que com seriedade, sabedoria e compreensão, guiou-me neste percurso.

Aos professores e colegas do Complexo Educacional Damásio de Jesus, por terem enriquecido minha visão de mundo, seja através de seu saber, convívio ou amizade.

A todos aqueles que, embora não citados, foram, de alguma forma, presença significativa nesta caminhada.

**“Um governo é bom quando faz felizes os que sob ele vivem e atrai os que vivem longe”.**

**CONFÚCIO**

## RESUMO

A pretensão deste trabalho é analisar a Política Pública de Assistência Social, como serviço público especificamente na Proteção Especial de Média Complexidade, por meio do Centro de Referência Especializada de Assistência Social – CREAS e o papel do advogado no Sistema Único de Assistência Social, para que possa atuar como agente de acesso aos direitos sociais, executando os serviços socioassistenciais na gestão e nos equipamentos socioassistenciais, conforme preconiza a Política Nacional de Assistência Social – PNAS.

**Palavras-chave:** Advogado. Assistência Social. CREAS. SUAS

**ABSTRACT**

The intention of this paper is to analyze the Public Policy of Social Welfare as the public service specifically in the Special Protection Medium complexity, through the Centre for Social Assistance Specialized Reference - CREAS and the lawyer 's role in the Unified Social Assistance, to can act as agent access social rights running sociassistenciais services in management and social assistance equipment , as recommended by the National Policy for social assistance - PNAS.

**Keywords:** Lawyer. Social Assistance. CREAS. SUAS

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Prioridades e metas para a gestão municipal do SUAS 2014-2017 .....	41
Quadro 2 – Quantidade de CREAS por região.....	46
Quadro 3 – Quantidade de CREAS por Estado (UF) .....	48
Quadro 4 – Quantidade de CREAS por Porte de município.....	49
Quadro 5 – Quantidade de profissionais do CREAS por vínculo e região .....	51
Quadro 6 – Quantidade de trabalhadores do CREAS por profissão e região .....	52
Quadro 7 – Quantidade de trabalhadores por Nível Superior e profissão .....	53
Quadro 8 – O município possui Secretaria Municipal Exclusiva de Assistência Social? .....	55
Quadro 9 – Qual o porte do seu Município?.....	56
Quadro 10 – Possui advogado na gestão do SUAS?.....	56
Quadro 11 – Na média complexidade são ofertados os serviços por meio de:.....	57
Quadro 12 – Serviços ofertados no Município.....	58
Quadro 13 – Quais profissionais de nível superior compõem a Equipe de Referências do CREAS? .....	59
Quadro 14 – O vínculo do Advogado é: .....	60
Quadro 15 – Qual a forma de contratação do advogado? .....	60
Quadro 16 – Carga horária de atuação do advogado do CREAS? .....	61

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CIT	Comitê Intergestores Tripartite
CENTRO POP de Rua	Centro de referências Especializado para População em Situação de Rua
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CNAS	Conselho Nacional de Assistência Social
CRAS	Centro de Referência de Assistência Social
CREAS	Centro de Referência Especializado em Assistência Social
FNAS	Fundo Nacional de Assistência Social
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
LA/PSC	Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
MDS	Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome
NOB/SUAS	Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social
NOB-RH/SUAS	Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OAB/SC	Ordem dos Advogados do Brasil/Santa Catarina
ONG	Organização Não Governamental
PAEFI	Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos
PAIF	Serviço De Proteção integral à Família
PNAS	Política Nacional de Assistência Social
PSB	Proteção Social Básica
PSE	Proteção Social Especial
SUAS	Sistema Único de Assistência Social

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
1.1 METODOLOGIA DA PESQUISA .....	12
1.2 MAPEANDO OS CAPÍTULOS .....	14
<b>2 DIREITO E ASSISTÊNCIA SOCIAL</b> .....	15
2.1 SERVIÇO PÚBLICO .....	18
<b>3 POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL</b> .....	21
3.1 GESTÃO DEMOCRÁTICA DO SUAS .....	25
3.2 ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS SOCIOASSISTENCIAIS .....	26
<b>3.2.1 A gestão dos serviços</b> .....	28
<b>3.2.2 Proteção Social Básica – PSB</b> .....	28
<b>3.2.3 Proteção Social Especial – PSE</b> .....	28
3.3 PROTEÇÃO SOCIAL ESPECIAL: MÉDIA COMPLEXIDADE .....	31
<b>3.3.1 Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos – PAEFI</b> .....	32
<b>3.3.2 Serviço de Proteção Social e Adolescente em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade - LA/PSC</b> .....	34
<b>3.3.3 Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua e Abordagem Social</b> .....	35
3.4 O PAPEL DO ADVOGADO NO CREAS .....	44
<b>4 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE DADOS</b> .....	46
<b>5 CONSIDERAÇÕES</b> .....	62
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	65

## 1 INTRODUÇÃO

É notória a incorporação da Assistência Social no tripé da seguridade social, em conjunto com a saúde e previdência social, estabelecidas na Constituição Federal (CF) de 1988 (BRASIL, 1988), desencadeando a Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS/1993 (BRASIL, 1993) e sucessivamente outros marcos normativos. O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), por meio da Norma Operacional Básica – Sistema Único de Assistência Social (NOB/SUAS) e a Norma Operacional Básica de Recursos Humanos NOB-RH/SUAS, procura fomentar novas discussões sobre a gestão do trabalho e principalmente dos trabalhadores que compõem as equipes técnicas.

A Política de Assistência Social, na perspectiva do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), baseia-se na garantia de direitos sociais, defesa da justiça social e de comprometimento profissional, na qualidade dos serviços prestados a usuários, sendo que para alcançar estes ideais é fundamental ter um corpo técnico funcional e específico na gestão do SUAS, além de qualificado, para que haja o rompimento com a histórica subalternidade.

Neste viés, ressalta-se então a necessidade de discutir o papel do advogado na gestão do SUAS, em destaque o papel do advogado na Proteção Social Especial de média complexidade no Centro Especializado de Assistência Social – CREAS.

Busca-se no presente projeto identificar a importância da atuação do advogado na Gestão do SUAS como um dos técnicos que podem garantir o acesso aos direitos socioassistenciais, além de identificar qual a demanda de atuação do advogado na estrutura da gestão do SUAS.

Dispõe o artigo 3º da Resolução Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), nº 17 de 20 de junho de 2011: “São categorias profissionais de nível superior que, preferencialmente, poderão compor a gestão SUAS: (...) Advogado (...)” sendo exigido no art. 4º o diploma do curso devidamente credenciado pelo Ministério da Educação e o registro profissional no respectivo Conselho.

No entanto, existem muitos desafios na temática que envolve os trabalhadores no SUAS para a concretização da política de assistência social. Entre eles o desafio das Secretarias Municipais de Assistência Social de inserir o advogado na Gestão do SUAS para auxiliar no acesso a direitos socioassistenciais

de forma indireta, pois este profissional, atuando de maneira interdisciplinar com assistentes sociais e psicólogos, proporciona uma qualificação nos serviços oferecidos pelo órgão gestor da assistência.

Para que isso se concretize é necessária a qualificação e perfil adequado do advogado, para exercer a função de advogado social. Para ultrapassar esta barreira faz-se necessária a inclusão nas universidades e faculdades de direito a matéria obrigatória sobre o Sistema Único de Assistência Social, pois raramente existe o foco de estudo nesta área, o que dificulta a inserção do advogado nas equipes de gestão.

Existe ainda o olhar pejorativo de que a profissão do advogado é “elitizada”, e tendo em vista que os usuários da assistência social muitas vezes estão em situação de extrema pobreza, pode haver preconceito por parte da população.

## 1.1 METODOLOGIA DA PESQUISA

É muito importante que o pesquisador tenha um planejamento rigoroso das etapas de sua pesquisa. Se isto não ocorrer, o mesmo ficará sem rumo e sem conhecimento do todo a ser pesquisado, o que pode comprometer o resultado do estudo.

É a pesquisa que alimenta a atividade de ensino e a atualiza frente à realidade do mundo. Portanto, embora seja uma prática teórica, a pesquisa vincula pensamento e ação. Ou seja, nada pode ser intelectualmente um problema, se não tiver sido, em primeiro lugar, um problema da vida prática. As questões da investigação estão, portanto, relacionadas a interesses e circunstâncias socialmente condicionadas. São frutos de determinada inserção no real, nele encontrando suas razões e seus objetivos. (MINAYO, 2004, p. 17).

A relevância da pesquisa apresentada é fundamentada na qualificação dos serviços socioassistenciais ofertados pela gestão pública municipal na busca da garantia ao acesso de direitos estabelecidos pela Política Nacional de Assistência Social – PNAS.

Sendo assim, o advogado, o profissional de serviço social e o psicólogo são atores primordiais na concretização do real acesso dos usuários aos serviços garantidos pela legislação federal, estadual e municipal.

A importância do presente estudo para o avanço do conhecimento justifica-se pelo fato de a Norma Operacional Básica de Recursos prevê que a equipe de referência é a responsável pela organização e oferta de serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais.

Sendo o advogado um profissional pouco atuante na política de assistência social, é necessário o constante aprimoramento das atribuições e reflexões críticas da atuação para um melhor entendimento dos aspectos objetivos e subjetivos inerentes às diversas situações que se apresentam no cotidiano do advogado na Gestão do SUAS.

A pesquisa tem como referencial epistemológico o método dialético crítico de investigação e caracteriza-se como uma pesquisa do tipo qualitativa. Para Minayo (2000), a pesquisa qualitativa responde questões muito particulares. Ela se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser registrado unicamente pela forma quantitativa.

A pesquisa qualitativa requer do pesquisador uma atenção muito maior às pessoas e às suas ideias, procurando trazer sentido para discursos e narrativas que estariam silenciosas, tendo como foco o entendimento e a interpretação de dados e discursos, mesmo quando envolve grupos de participantes, ficando claro que ela (a pesquisa qualitativa) depende da relação entre o observador e o observado (D'AMBRÓSIO; ARAÚJO, 2004, p. 11).

Os dados quantitativos precisam ser analisados qualitativamente. Ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos, que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis.

Minayo (2000) ainda afirma que a pesquisa alimenta a atividade de ensino e a atualiza frente à realidade do mundo.

Para Gil (2002), pode-se definir pesquisa como o procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos. A pesquisa é desenvolvida mediante o concurso dos conhecimentos disponíveis e a utilização cuidadosa de métodos, técnicas e outros procedimentos científicos.

Em relação às fontes, a pesquisa será bibliográfica e de campo. Na pesquisa bibliográfica é necessário que o pesquisador estabeleça os limites da

pesquisa, definindo claramente o problema de pesquisa, os fenômenos e o contexto a serem pesquisados.

É importante identificar as distintas concepções, os autores mais importantes, bem como posicionar-se claramente em relação a cada um deles. E a pesquisa de campo para a coleta dos dados, será utilizada a seguinte técnica: envio por e-mail, de um questionário on-line, utilizando o Google Docs<sup>1</sup>.

Composto por 10 (dez) perguntas sobre a gestão SUAS e atuação Advogado, as perguntas foram enviadas em 27/04/2015 para 81 municípios do estado de Santa Catarina que possuem equipamentos/serviços de média complexidade, destes, 22 responderam o questionário até o dia 27/05/2015.

Servirão também como base da pesquisa o Censo SUAS CREAS (2014), que aplica questionários em nível nacional anualmente, sempre referente ao ano anterior.

## 1.2 MAPEANDO OS CAPÍTULOS

No capítulo 2 serão abordados o direito e assistência social, situando a assistência social dentro do direito, embasado na Constituição Federal, que apresenta várias normas infraconstitucionais correlacionadas ao direito administrativo, por meio da prestação de serviço público.

No capítulo 3 será abordada a Política Pública de Assistência Social, explicando como a assistência social foi implementada no país, considerando a Constituição Federal de 1988, sob a ótica da seguridade social, gestão democrática e desafios que ainda permeiam a continuidade da implementação.

E ainda, a quem se destina essa política, sua organização e oferta de serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais.

Será objeto de estudo também a inserção do advogado na equipe de referência da Proteção Social de Média Complexidade e na gestão do SUAS.

E por último será apresentada a análise dos dados do CENSO SUAS (2014) e da pesquisa enviada para os 81 municípios que possuem o serviço/equipamento CREAS no estado de Santa Catarina, sobre os serviços de média complexidade e a atuação do advogado .

---

<sup>1</sup> Formulário disponível em:

<<https://docs.google.com/forms/d/1sPQvtJygUDwfG8SSlq6YsppKh2SW6m2L2nqAhgcbTA4/viewanalytics>>

## 2 DIREITO E ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Assistência Social é uma política pública que foi debatida por muito tempo pelos profissionais da Psicologia e do Serviço Social. Nos últimos anos os operadores do direito foram se inserindo lentamente no debate.

Esta política tem a sua formação, como já foi explanado na Constituição Federal de 1988, e seu aprimoramento por meio das Conferências Municipais, Estaduais e Nacional, que trazem as propostas de melhoria desta política pública para o debate em todas as esferas da sociedade.

Vista muitas vezes com o caráter “assistencialista”, ou “política pública para os pobres”, a assistência social não despertava interesse dos operadores do direito, o que é de se espantar, considerando que essa política visa à garantia de direitos, mas não é discutida no mundo acadêmico. Leis como Maria da Penha, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e adolescente, Lei Orgânica da Assistência Social, Política Nacional de Integração da Pessoa com Deficiência, dentre outras, na maioria das vezes, passam despercebidas ou são pouco comentadas nos anos percorridos pela graduação.

Ressalta-se que a Assistência Social está garantida pela Constituição Federal, sendo um direito fundamental, portanto deverão os operadores do direito atuarem nesta esfera para garantia de acesso, assim como ocorre na política pública de saúde e educação.

O direito, que antes era visto como um “favor”, está cada vez mais se solidificando como direito fundamental implementado no cotidiano das famílias brasileiras e amparado pela legislação, muito embora haja um distanciamento entre o direito previsto e o implementado no cotidiano.

O direito social está sempre em um processo de avanço, permeados pelas discussões: “se o Direito Social é norma de eficácia plena contida ou restrita e se têm aplicabilidade imediata”, como observa Coutinho (2014, p. 49) em sua análise do papel do direito e do jurista na assistência social. O autor ainda defende a negligência entre as normas constitucionais e as políticas públicas:

[...] Existe outra parte, na qual os constitucionalistas – e aí faço a primeira provocação – em geral, negligenciam ou não mostram muito interesse, que é a relação entre princípios e normas constitucionais e as políticas públicas. Porque, afinal de contas, sem políticas públicas bem implantadas, não há

eficácia qualquer do direito social. De modo que, a Constituição não passa de uma bela declaração de boa vontade (COUTINHO, 2014, p. 49).

Destarte, que mesmo havendo em nossa Constituição um capítulo específico sobre direito social, não havia o interesse dos operadores do direito em avançar na discussão das políticas públicas de assistência social, o que começa a ocorrer somente em 1993, com Lei Orgânica da Assistência Social e continua percorrendo o seu caminho até hoje em dia, agora com a inserção dos operadores também na discussão.

Sob essa ótica nasce o Direito Social no âmbito da assistência social, que poderá ser exercido pelo *advogado social*, assim como existe o psicólogo social.

O advogado social irá atuar para defender a garantia dos direitos dos usuários da política de Assistência Social, seja na Proteção Básica ou na Proteção Especial, visando otimizar os custos e benefícios desta política, realizando com os encaminhamentos e acompanhamento as demais políticas públicas

Coutinho (2014) define direito social como o debate cheio de dilema sobre a justiça distributiva de maneira pública e transparente, considerando os arranjos institucionais e as políticas públicas, sempre considerando os custos e benefícios da política.

Ainda segundo Coutinho (2014), o Direito Social tem como função os encaminhamentos para a rede intersetorial e rede socioassistencial de atendimento, em uma das ferramentas de acesso, devendo estas redes conversarem entre si para que possam ter a eficiência e eficácia no serviço público prestado ao cidadão/usuário.

A ligação entre os serviços socioassistenciais e o direito administrativo são muito fortes, uma vez considerado um direito fundamental. Justen Filho conceitua:

Direito fundamental consiste em um conjunto de normas jurídicas, previstas primariamente na Constituição e destinadas a assegurar a dignidade humana em suas diversas manifestações, de que derivam posições jurídicas para os sujeitos privados e estatais. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 175).

O Direito Social busca, por meio das normas norteadoras, a garantia de dignidade humana, determinando os direitos e obrigações do Estado nas esferas

municipais, estaduais e Federal, bem como do próprio usuário da Política de Assistência Social.

Aprofundando-se ainda mais, o autor traz a definição de direitos fundamentais sociais:

São considerados como direitos fundamentais sociais (a) a solidariedade, (b) a integração das categorias econômicas e das classes sociais e (c) o respeito aos direitos sociais. [...] A solidariedade consiste no comprometimento entre os membros da comunidade, visando produzir o atendimento das necessidades individuais e coletivas por meio de ações ou omissões individuais. A solidariedade pode ser compreendida como oposto do egoísmo. A atividade administrativa é orientada pela solidariedade, que se traduz num complemento da dignidade humana e da isonomia. [...] A Constituição propõe a integração entre diversas classes e categorias, o que significa sua convivência harmônica e sua aproximação econômica, geográfica, social e cultural. A integração resultará da eliminação do distanciamento e do compartilhamento de valores, bens e vivências comuns. [...] A atividade administrativa também é presidida pelo respeito aos direitos sociais. A consagração constitucional desses direitos (arts. 6º - cuja redação foi alterada pela EC 64/2010 – et. seq.) importa dever de sua realização pelo Estado (JUSTEN FILHO, 2014, p. 224-225).

Portanto, o autor trata muito bem a concepção de direitos fundamentais sociais, trazendo as responsabilidades da comunidade, entidades públicas e entidades privadas, com a finalidade de reduzir as desigualdades. A Constituição, em seu artigo 3º, I, remete a uma sociedade solidária, porém, é algo muito abstrato, que irá se concretizar com a política pública de assistência social, que utiliza-se dos programas, projetos, serviços e benefícios assistenciais, como exemplo o Programa Bolsa Família do governo federal.

No Art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988, a eliminação da pobreza e a redução das desigualdades são preconizadas, a fim de realizar a integração de categorias econômicas, e esta depende de uma convivência harmônica no território onde a comunidade/usuário da assistência social estão inseridos, que geralmente é de vulnerabilidade e risco social.

Garantia de acesso aos direitos é outra ferramenta que é instrumentalizada pela legislação pertinente ao Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

## 2.1 SERVIÇO PÚBLICO

Considerando que dentro da política pública de assistência social estão inseridos serviços, programas, projetos e benefícios, cabe discorrer especificamente sobre os serviços públicos (socioassistenciais), que são atividades que necessitam de recursos humanos e materiais para a sua concretização permanente e sistêmica.

É importante adentrar no conceito de serviço público trazido por vários autores, a fim de identificar o direito (administrativo) dentro da assistência social, para Justen Filho (2014, p. 729) a definição de serviço público é:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

Para Meireles (2013), o entendimento sobre serviço público também reitera a satisfação de necessidades:

É todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado. Fora dessas generalidades não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constitui serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público. (MEIRELLES, 2013, p. 297).

Além da satisfação das necessidades da coletividade, que é ponto comum entre os autores, existe a necessidade de avaliar o serviço público de forma não rígida, não podendo a doutrina petrificar o conceito. Na prática, há variações, a partir de exigências e necessidade de região.

Existem situações que a mera satisfação das necessidades pode não ser caracterizada como serviço público, assim, a produção e o fornecimento de alimentos e medicamentos são atividades diretamente arroladas à satisfação de direitos fundamentais, porém não classificados como serviço.

Ressalta-se que o conceito de serviço público não é apenas doutrinário, muito embora não existam conceitos na Constituição Federal, sequer em normas

infraconstitucionais. O ato infra legal, Decreto Federal 6.017/2007 traz a seguinte definição em seu art. 2º inc. XIV: “Serviço público: atividade ou comodidade material fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa”.

Contudo, esta definição não se aplica em sua segunda parte aos serviços da política de assistência social, que não são realizados por meio de quaisquer tipos de cobranças.

Sobre o Direito e Assistência Social, cabe informar que na V Conferência Nacional de Assistência Social, foram pactuadas estratégias e metas para implementação da Política de Assistência Social no Brasil, no rol dessas estratégias foram definidos os “10 Direitos sociassistenciais”:

**1. Todos os direitos de proteção social de assistência social consagrados em Lei para todos:** Direito, de todos e todas, de usufruírem dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro à proteção social não contributiva de assistência social efetiva com dignidade e respeito.

**2. Direito de equidade rural-urbana na proteção social não contributiva:** Direito, do cidadão e cidadã, de acesso às proteções básica e especial da política de assistência social, operadas de modo articulado para garantir completude de atenção, nos meios rural e urbano.

**3. Direito de equidade social e de manifestação pública:** Direito, do cidadão e da cidadã, de manifestar-se, exercer protagonismo e controle social na política de assistência social, sem sofrer discriminações, restrições ou atitudes vexatórias derivadas do nível pessoal de instrução formal, etnia, raça, cultura, credo, idade, gênero, limitações pessoais.

**4. Direito à igualdade do cidadão e cidadã de acesso à rede socioassistencial:** Direito à igualdade e completude de acesso nas atenções da rede socioassistencial, direta e conveniada, sem discriminação ou tutela, com oportunidades para a construção da autonomia pessoal dentro das possibilidades e limites de cada um.

**5. Direito do usuário à acessibilidade, qualidade e continuidade:** Direito, do usuário e usuária, da rede socioassistencial, à escuta, ao acolhimento e de ser protagonista na construção de respostas dignas, claras e elucidativas, ofertadas por serviços de ação continuada, localizados próximos à sua moradia, operados por profissionais qualificados, capacitados e permanentes, em espaços com infraestrutura adequada e acessibilidade, que garantam atendimento privativo, inclusive, para os usuários com deficiência e idosos.

**6. Direito em ter garantida a convivência familiar, comunitária e social:** Direito, do usuário e usuária, em todas as etapas do ciclo da vida a ter valorizada a possibilidade de se manter sob convívio familiar, quer seja na família biológica ou construída, e à precedência do convívio social e comunitário às soluções institucionalizadas.

**7. Direito à Proteção Social por meio da intersetorialidade das políticas públicas:** Direito, do cidadão e cidadã, à melhor qualidade de vida garantida pela articulação, intersetorial da política de assistência social com outras políticas públicas, para que alcancem moradia digna trabalho, cuidados de saúde, acesso à educação, à cultura, ao esporte e lazer, à segurança alimentar, à segurança pública, à preservação do meio ambiente,

à infraestrutura urbana e rural, ao crédito bancário, à documentação civil e ao desenvolvimento sustentável.

8. **Direito à renda:** Direito, do cidadão e cidadã e do povo indígena, à renda individual e familiar, assegurada através de programas e projetos intersetoriais de inclusão produtiva, associativismo e cooperativismo, que assegurem a inserção ou reinserção no mercado de trabalho, nos meios urbano e rural.

9. **Direito ao cofinanciamento da proteção social não contributiva:** Direito, do usuário e usuária, da rede socioassistencial a ter garantido o cofinanciamento estatal – federal, estadual, municipal e Distrito Federal – para operação integral, profissional, contínua e sistêmica da rede socioassistencial nos meios urbano e rural.

10. **Direito ao controle social e defesa dos direitos socioassistenciais:** Direito, do cidadão e cidadã, a ser informado de forma pública, individual e coletiva sobre as ofertas da rede socioassistencial, seu modo de gestão e financiamento; e sobre os direitos socioassistenciais, os modos e instâncias para defendê-los e exercer o controle social, respeitados os aspectos da individualidade humana, como a intimidade e a privacidade. (BRASIL, 2007, p. 7)

Ao analisar esses 10 direitos sociassistenciais estabelecidos em 2005, aponta-se alguns itens que ainda necessitam de avanços significativos a serem implementados, como por exemplo, a garantia pela articulação intersetorial da política de assistência social com as demais políticas, descrito no item 7 (sete); a questão de acessibilidade, qualidade e continuidade prevista no item 5 (cinco). Em muitos casos não é atendida no quesito de profissionais permanentes, localização próxima à moradia, espaços de atendimentos com infraestrutura adequada.

Enfim, são situações básicas que já deveriam ser superadas, no entanto, ainda perpetua sem a previsão de efetivação na totalidade, o que muitas vezes em determinados municípios chega a ser considerada utopia.

### 3 POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

A noção de políticas públicas se estabelece ao longo do trajeto histórico e cultural até chegar ao modelo que conhecemos hoje, onde o sistema capitalista influencia diretamente a relação entre mercado e o Estado e ainda a maneira que os indivíduos se organizam na sociedade em que vivem.

Nota-se que na segunda metade do século XX surge o neoliberalismo, que determina a conglobação de capital. Segundo Branco (2005, p. 21), “caracteriza-se por defender a liberdade individual [...], o individualismo, a propriedade privada absoluta e incondicional e uma estrutura política na qual o predomina um Estado Mínimo”.

Portanto, é este molde de Estado que estabelece as regras de renda e a acessibilidade dos indivíduos aos bens de consumo, ao direito à habitação, educação, à alimentação, assistência social e saúde.

No Estado Democrático de Direito que vivemos no Brasil, não se pode negar a necessidade de democratização dos direitos sociais, em especial o direito à seguridade social.

A gestão democrática concebe uma modificação do costume de administrar uma sociedade assinalada pelo autoritarismo, em que determinantes sociais, econômicos e políticos agem contra essa tendência.

A sociedade busca uma transformação, mas precisa de agentes que sejam os facilitadores desta alteração com o intuito de quebrar antigos paradigmas e trazer novas ideias para a administração pública para assegurar o acesso à política pública de assistência social como um direito social de interesse coletivo.

Com a Constituição de 1988, institui-se oficialmente o sistema de seguridade social brasileira. A seguridade constitui-se pelo tripé: saúde, previdência e assistência social.

No que se refere à Política de Assistência Social, foco deste estudo, no Art. 203 da Constituição Federal, a assistência social é prestada a quem dela precisar, independente da contribuição, esse preceito obriga o Estado a garantir a todos os cidadãos o direito à proteção social.

Emerge daí uma nova condição para a Assistência Social, transformada em política pública, dever do Estado e direito do cidadão, ou seja, uma forma de organização pública.

Em 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS – nº 8.742 foi aprovada. A assistência social inicia seu trânsito para um campo novo: o campo dos direitos, da universalização dos acessos e da responsabilidade estatal, conforme estabelecido pela Constituição Federal. Portanto, buscando romper com a lógica do atendimento da assistência social na perspectiva assistencialista, paternalista e caridosa, prestada em especial pela igreja e pelas primeiras-damas.

Foi instituída em 1998, a Política Nacional de Assistência Social – PNAS – com o intuito de organizar o sistema descentralizado e participativo. No entanto, pode-se observar que ainda assim, o perfil da Assistência Social apresentava aspectos de desarticulação, fragmentação e focalização das ações socioassistenciais.

No caso brasileiro, onde se registra um acúmulo histórico de desigualdade social, a inclusão social implica na organização de políticas públicas por meio da oferta de serviços universalizantes e de redistribuição de renda e, no caso específico da Assistência Social, ações que promovam a igualdade, a acolhida, o convívio e o rendimento das famílias em situação de vulnerabilidade social.

Destarte, para o atendimento dos usuários da Política de Assistência Social, que apresentam diversas expressões da questão social, é necessária a criação de estratégias que tenham como ênfase a valorização dos trabalhadores. As estratégias de fortalecimento da Política de Assistência Social devem pautar-se na valorização de todos os sujeitos envolvidos – usuários, trabalhadores, gestores, conselheiros – com estímulo à corresponsabilidade e ao protagonismo destes sujeitos.

A política pública de Assistência Social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, considerando as desigualdades socioterritoriais.

A intersetorialidade deve expressar a articulação entre as políticas públicas, por meio de ações conjuntas destinadas à proteção social básica e especial e ao enfrentamento das desigualdades sociais identificadas nas distintas áreas (COUTO, 2010, p. 39).

Nota-se que essa articulação entre as políticas públicas deve garantir várias ações que podem ser planejadas em conjunto para que atendam as necessidades dos usuários da Política Pública de Assistência Social, que não deixam de estar inseridos nas demais políticas, pois quem utiliza a assistência social, utiliza-se também da educação, saúde, cultura, esporte e lazer.

A Política Nacional de Assistência Social estabelece quem são as pessoas que podem ser atendidas:

Constituem o público usuário da Política de Assistência Social cidadãos e grupos que se encontram em situações de vulnerabilidade e riscos, tais como: famílias e indivíduos com perda ou fragilidade de vínculos de afetividade, pertencimento e sociabilidade; ciclos de vida; identidades estigmatizadas em termos étnicos, culturais e sexuais; desvantagem pessoal resultante de deficiências; exclusão pela pobreza e/ou, no acesso às demais políticas públicas; uso de substâncias psicoativas; diferentes formas de violência advinda do núcleo familiar, grupos e indivíduos; inserção precária ou não inserção no mercado de trabalho formal e informal; estratégias e alternativas diferenciadas de sobrevivência que podem representar risco pessoal e social. (BRASIL, 2004, p. 33).

A abrangência de atendimento não leva em consideração apenas os indivíduos que possuem renda baixa, mas toda e qualquer pessoa que esteja em situação de risco social e/ou violação de direitos, independentemente de sua classe social, grupo étnico e gênero. Em resumo, a Política Pública de Assistência Social está à disposição de quem dela precisar, sem a necessidade de nenhum tipo de contribuição. Para atender este escopo, houve a necessidade de vários avanços a fim de garantir o acesso.

Com este objetivo, a Política Nacional de Assistência Social – PNAS, foi reelaborada em 2004 e neste mesmo ano foi instituído o Sistema Único de Assistência Social – SUAS (Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social – NOB/SUAS, em 2005 e na Norma Operacional Básica de Recursos Humanos – NOB/RH, em 2006). No entanto, muitos são ainda os desafios em relação aos processos de gestão das equipes multiprofissionais do SUAS, quando tratamos de uma perspectiva de gestão democratizadora.

O Sistema Único de Assistência Social (SUAS), cujo modelo de gestão é descentralizado e participativo, constitui-se na regulação e organização em todo território nacional dos serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais, de caráter continuado ou eventual, executados e providos por pessoas jurídicas de

direito público, sob critério universal e lógica de ação em rede hierarquizada, e em articulação com iniciativas da sociedade civil.

O SUAS permite especialmente, a articulação de serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais, a universalização de acessos territorializados e a hierarquização de serviços por níveis de complexidade e porte de municípios, com repactuação de responsabilidades entre os entes federados (BATTINI, 2007, p. 61).

A partir da articulação entre serviços, programas, projetos e benefícios, destacamos que os benefícios socioassistenciais ofertados na política de assistência social deverão, necessariamente, estar integrados/articulados ao atendimento/acompanhamento das famílias nos serviços, programas e projetos. Não é possível a continuidade da concessão de benefícios eventuais às famílias, na lógica do SUAS, sem a articulação com os serviços.

A implantação da PNAS e do SUAS tem liberado, em todo o território nacional, forças políticas que, não sem resistência, disputam a direção social da assistência social na perspectiva da justiça e dos direitos que ela deve consagrar, a partir das profundas alterações que propõe nas referências conceituais, na estrutura organizativa e na lógica de gestão de controle das ações na área (COUTO, 2010, p. 38).

Além disso, o SUAS define e organiza os elementos essenciais e imprescindíveis à execução da política pública de assistência social, possibilitando a normatização dos padrões nos serviços.

Esses padrões nos serviços, programas e projetos possibilitam a qualidade no atendimento na Política de Assistência Social e a participação do usuário.

Nesta perspectiva, as estratégias e procedimentos técnicos adotados requisitam processos de politização geral e modalidades interventivas consistentes [...], com impacto político-pedagógico nos projetos de vida que, em detrimento do reforço e controle das identidades subalternizadas socialmente, ativem [...] potencialidades na realidade cotidiana que favorecer patamares superiores de saberes e práticas com protagonismo popular. (BATTINI, 2007, p. 160).

O SUAS foi organizado em proteção social básica e proteção social especial de média e alta complexidade. A proteção social básica com foco na prevenção e trabalho social com famílias.

A proteção social especial de média complexidade atende as famílias com violação de direitos, já a proteção social especial de alta complexidade atende as famílias, quando do rompimento do vínculo familiar.

### 3.1 GESTÃO DEMOCRÁTICA DO SUAS

A gestão do SUAS possui como elementos democratizadores os indicadores de avaliação, como por exemplo o registro mensal de atendimento, censo SUAS, aplicados pelo monitoramento e avaliação, que muitas vezes não são eficazes no sentido de apresentar um panorama fidedigno da realidade e com toda esta estrutura existe a necessidade também da verificação de sua eficiência e eficácia, ou seja, até que ponto está de fato havendo uma modificação nas vidas dos usuários, quais são os instrumentos utilizados na gestão democrática e como os profissionais desta organização (SUAS - Sistema Único de Assistência Social) atuam de forma a garantir o acesso a direitos aos usuários?

Segundo Nogueira (2011, p. 199) as organizações estão em constante mudança e muitas vezes não conseguem atingir o objetivo de agregar os integrantes de forma digna e produtiva, causando assim o “sofrimento organizacional”.

Estarão as organizações hoje, neste mundo que não cessa de se reconfigurar, sendo capazes de vincular seus integrantes, de dar a eles um direcionamento consistente e uma vida profissional minimamente digna e produtiva, preenchendo ao mesmo tempo os requisitos básicos para cumprir alguma função social merecedora de registro? (NOGUEIRA, 2011, p. 199).

O sofrimento organizacional, segundo Nogueira (2011), ocorre quando as coisas não funcionam da forma que deveriam e não existe força para modificar, a incerteza e a insegurança são fatores que bloqueiam a criatividade, tornando as rotinas dos profissionais improdutivas; nada mais é que um círculo vicioso organizacional.

O “sofrimento organizacional” não é mais que um subproduto do mal-estar geral em que se parece viver. Não anuncia a morte nem o caos inevitável, mas convulsiona a vida cotidiana, as consciências individuais e as culturas organizacionais. Para ser enfrentado de modo positivo, requer assimilação de novos hábitos e procedimentos, uma conversão nos termos mesmos da vida organizada, uma recuperação de certas tradições perdidas e, antes de tudo, a produção em série de recursos humanos inteligentes. (NOGUEIRA, 2011, p. 200).

O sofrimento organizacional está relacionado à cultura complexa das organizações e não necessariamente a organizações mal estruturadas, mas sim pelo fato da não interação do aparato administrativo com os profissionais que atuam na organização, que conseqüentemente mergulham em um mal-estar coletivo, com a sensação de que nada funciona e que não há nada a fazer, logo deixando de garantir o acesso aos direitos dos usuários que busca na organização (SUAS) um meio de acessar a política pública de assistência social.

Como exemplo de sofrimento organizacional, pode-se citar a insuficiência de investimentos compartilhados; manutenção de vínculos precarizados, baixos salários, demandas territoriais ampliadas devido à falta de planejamento, o que gera uma superexploração; práticas gerenciais burocráticas, falta de estrutura física para execução dos serviços, a inexistência de mesa de negociações, a falta de condições institucionais para a garantia de direitos no atendimento aos usuários, dentre outros.

Diante deste contexto, cabe fomentar a discussão sobre a realidade dos advogados e sua atuação no SUAS, sobre as determinações dos processos de precarização das condições de trabalho e as estratégias necessárias para a ampliação da gestão democrática, identificando as dificuldades de inserção do advogado na Proteção Social Especial, especificamente no Centro de Referência Especializada de Assistência Social – CREAS, para que seja sujeito garantidor de acesso aos direitos assistências pelos usuários da política pública de assistência social.

### 3.2 ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS SOCIOASSISTENCIAIS

Cabe ressaltar que a Assistência Social é originalmente uma prestação de serviços públicos, o que se revela imprescindível para a consolidação dos direitos socioassistenciais à luz da ordem jurídica. Outro não é o entendimento sustentado no estudo sobre serviços públicos no Brasil, realizado pelo Prof. Augusto Neves Dal Pozzo (POZZO, 2012, p. 42):

[...] todos os serviços públicos que se prestam a tornar efetivos os direitos sociais ganham importância transcendente. Com efeito, à medida que os direitos sociais são alçados à condição de direitos fundamentais, cria-se paralelamente, para o Estado, o dever de concretizá-los, por meio da prestação dos serviços públicos de educação, de saúde, de previdência, de lazer, entre outros.

Como serviço público não pode haver interrupções, ou seja, deve ser ofertado de forma continuada para garantia de seu acesso, considerando o princípio da continuidade, onde o gestor público/administração não tem a prerrogativa de optar na oferta ou não de determinado serviço, deverá cumprir a lei e garantir que a população tenha à sua disposição os serviços organizados pela Política Pública de Assistência Social.

O princípio da continuidade estabelece que a prestação dos serviços públicos deve ser contínua e que a continuidade consiste em estímulo ao Poder Público para que persiga o aperfeiçoamento e a extensão dos serviços.

Neste particular, o princípio da continuidade dos serviços públicos deve ser observado em conjunto com o princípio da eficiência. Além disso, esse princípio veda a interrupção dos serviços públicos, o que causaria verdadeiro colapso em diversas atividades particulares; no entanto, o princípio da continuidade não é absoluto, submetendo-se a determinadas exceções, a saber: o inadimplemento do usuário na hipótese de serviço público singular remunerado por tarifa; a interrupção dos serviços em hipóteses de necessidade de reparos e obras; e o direito de greve dos servidores públicos; que revelam controvérsia na doutrina e na jurisprudência brasileira.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA - INADIMPLEMENTO - EXIGÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO USUÁRIO - FALTA DE COMPROVAÇÃO - ÔNUS PERTENCENTE À CONCESSIONÁRIA - ATO ILEGAL - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS INDISPENSÁVEIS - ORDEM CONCEDIDA - RECURSO DESPROVIDO. Não provada notificação prévia (art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/95) o corte no fornecimento de energia elétrica é ilegal. Considerando o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, bem como a frágil situação econômica da impetrante, deve ser mantido o fornecimento de energia no estabelecimento desta, cabendo às partes negociar o pagamento da dívida. (SANTA CATARINA, 2010).

No julgado acima se pode observar que mesmo em casos que existem cobrança de tarifas, os serviços não podem ser interrompidos; deverá ser analisado o caso concreto, já com os serviços ofertados pela política de assistência social, que não soa de caráter contributivo, não poderá haver interrupções em nenhuma situação.

Especificamente sobre os serviços na política de assistência social, a definição feita pela Lei. 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS

(BRASIL, 1993) que estabelece a divisão de ações da assistência social em Gestão dos serviços e Proteção Social:

### **3.2.1 A gestão dos serviços**

Considerando que o SUAS é um sistema público não-contributivo, descentralizado e participativo é de atribuição da Secretaria Municipal de Assistência Social, assim como os demais entes federados (União, Estados e DF), a responsabilidade de implementar, regular, cofinanciar e ofertar serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social em todo o território nacional, como dever do estado e direito dos usuários dos serviços.

### **3.2.2 Proteção Social Básica – PSB**

Dedicada a prevenir riscos sociais e pessoais, fomentar o desenvolvimento de potencialidade e aquisições, visa ainda fortalecer vínculos familiares e comunitários, ofertando os programas, projetos, serviços e benefícios aos usuários dos serviços e suas famílias, quando se encontram em situação de vulnerabilidade social. Estas ações têm como foco a matricialidade familiar e a territorialidade e são ofertados nos equipamentos sociais denominados CRAS – Centro de Referência de Assistência Social, por meio do Serviço de Proteção Integral à Família (PAIF).

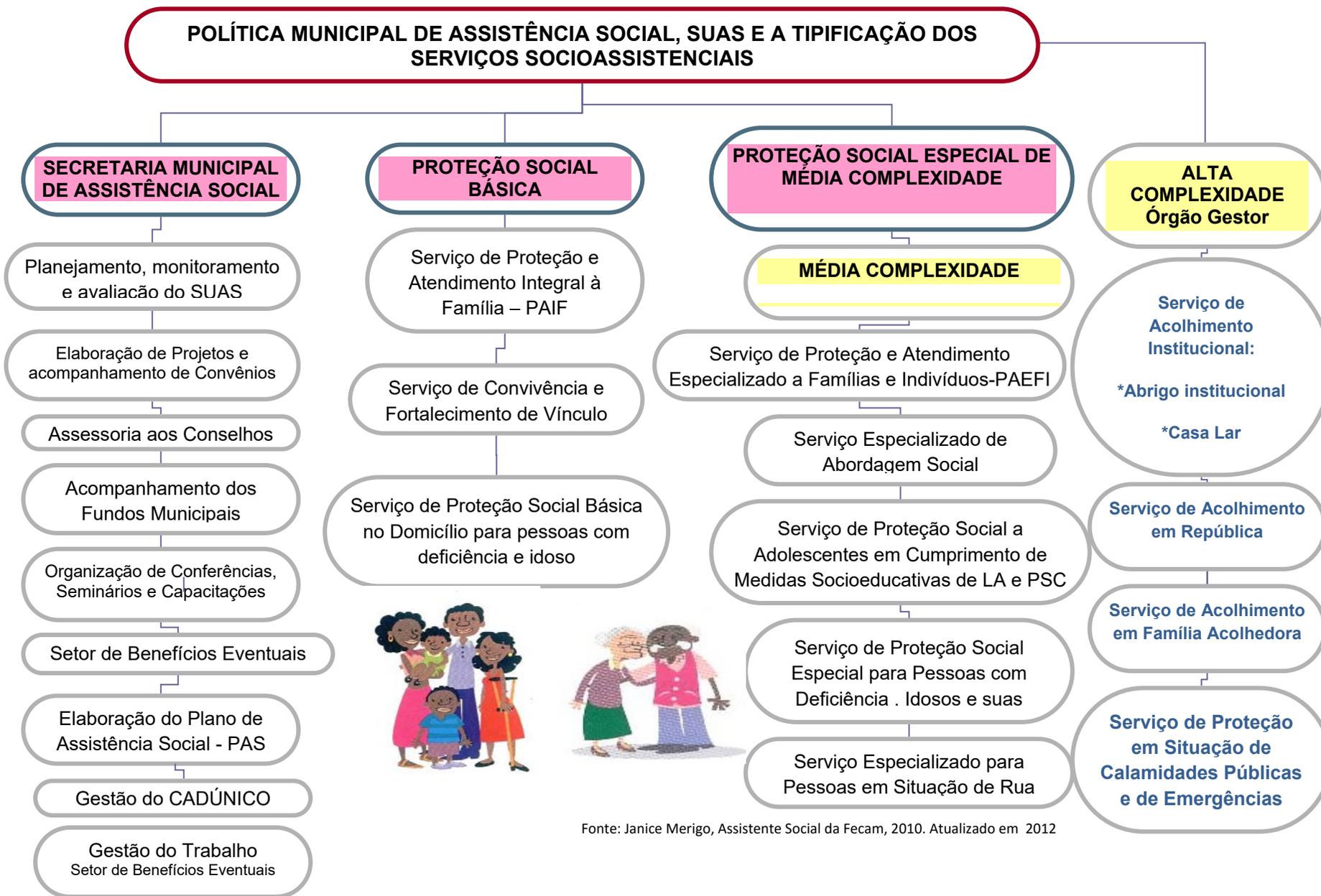
### **3.2.3 Proteção Social Especial – PSE**

Tem como propósito o atendimento a famílias e/ou usuários que estejam em situação de risco, tendo seus direitos violados por meio de episódios de maus-tratos, abandono, abuso sexual, uso e abuso de drogas, violências, dentre outras situações.

A PSE subdivide em PSE de média complexidade e de alta complexidade. De média complexidade possui o equipamento que oferta os serviços, o CREAS, por meio do Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI).

PSE de alta complexidade consiste no Serviço de Acolhimento Institucional, ofertado nos abrigos Institucionais, casas-lar, casa de passagem, residências inclusivas e repúblicas.

Cada Proteção Social tem os seus respectivos serviços, que estão definidos pela Resolução nº 109 de 11 de novembro de 2009, a Tipificação nacional dos Serviços Socioassistenciais (BRASIL, 2009). Este documento é de suma importância uma vez que delimita as ações de assistência social. Pode-se visualizar melhor a organização dos serviços no quadro a seguir.



### 3.3 PROTEÇÃO SOCIAL ESPECIAL: MÉDIA COMPLEXIDADE

Por meio da Proteção Social Especial é organizada a oferta de serviços, programas e projetos de caráter especializado e continuado com o intuito de contribuir para reconstrução de vínculos familiares e comunitários, considerando o contexto socioeconômico, político, histórico e cultural das relações familiares e sociais:

A PSE, por meio de programas, projetos e serviços especializados de caráter continuado, promove a potencialização de recursos para a superação e prevenção do agravamento de situações de risco pessoal e social, por violação de direitos, tais como: violência física, psicológica, negligência, abandono, violência sexual (abuso e exploração), situação de rua, trabalho infantil, práticas de ato infracional, fragilização ou rompimento de vínculos, afastamento do convívio familiar, dentre outras. Alguns grupos são particularmente vulneráveis à vivência destas situações, tais como crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, população LGBT (Lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais), mulheres e suas famílias, (BRASIL, 2011, p. 18).

Com foco na matricialidade da familiar, ou seja, a centralidade da família, as ações da PSE visam o resgate de vínculos familiares e comunitários e, se necessário, a construção de novas referências.

É necessária uma visão ampliada das famílias para compreender o início e os impactos das diversas situações de risco individuais e sociais, por violações de direitos, sendo o trabalho em rede outra ferramenta necessária para ações.

De acordo com a Proteção Social Especial – PSE, conforme a tipificação nacional dos serviços socioassistenciais (BRASIL, 2009), os CREAS podem ofertar exclusivamente os seguintes serviços:

- Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e indivíduos – PAEFI;
- Serviço de Proteção Social e Adolescente em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade - LA/PSC.
- Serviço Especializado em Abordagem Social;
- Serviço Especializado para Pessoas Em Situação de Rua

- Serviço de Proteção Social Especial para Pessoas com Deficiência, idosas e suas Famílias.

### **3.3.1 Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos – PAEFI**

Consiste no apoio, orientação e acompanhamento a famílias, de modo a respeitar a sua heterogeneidade, seus potenciais, devendo obrigatoriamente haver uma articulação com o Sistema de Garantias e Direitos. Nesta articulação deve ser garantida a sistemática de inserção dos usuários a outros serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social.

Segundo o caderno de orientações (BRASIL, 2011), este serviço poderá ser acessado sempre que forem identificadas as situações de risco pessoal e violações de direitos, pelos serviços de proteção, vigilância social, outros serviços da rede socioassistencial e/ou da rede intersetorial e ainda, pela demanda espontânea do usuário do serviço.

Colaciona-se jurisprudências do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) para exemplificar a atuação do CREAS especificamente no PAEFI:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COM PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR E ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. NÚCLEO FAMILIAR ACOMPANHADO PELO Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) DESDE 2011. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NEGOU O ABRIGAMENTO DOS MENORES G.B.DE.O, J.G.B.DE.O. E C.E.B.O E deferiu a guarda provisória da criança C.E.B.O. em favor de R.deC.L. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PRÉTENDE O ACOLHIMENTO DAS CRIANÇAS AO ARGUMENTO DE QUE OS GENITORES DESCUMPRIRAM grave e reiteradamente as obrigações e deveres inerentes ao poder familiar. CRIANÇAS G.B.DE.O. E J.G.B.DE.O. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DEFERINDO O ACOLHIMENTO DOS INFANTES. FALTA SUPERVENIENTE DE INTERESSE RECURSAL. OUTROSSIM, POSTERIOR DECISÃO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO INDEFERINDO O ABRIGAMENTO DE G.B.DE.O. E J.G.B.DE.O. QUE NÃO FOI IMPUGNADA A TEMPO E MODO OPORTUNOS. PRECLUSÃO (ARTIGO 523, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). ADEMAIS, CRIANÇAS POSTERIORMENTE ACOLHIDAS EM INSTITUIÇÃO MUNICIPAL PELO CONSELHO TUTELAR, POR SOLICITAÇÃO da Casa de Apoio a Mulher Vítima de Violência. RECURSO NÃO CONHECIDO COM RELAÇÃO AOS INFANTES G.B.DE.O. e J.G.B.DE.O. CRIANÇA C.E.B.O. ALEGATIVA

DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE TER A GUARDIÃ LEGAL RECEBIDO O INFANTE COM NÍTIDA INTENÇÃO DE BURLAR O CADASTRO DE ADOTANTES. INSUBSISTÊNCIA. CRIANÇA QUE SE ENCONTRA COM A GUARDIÃ LEGAL E SUA FAMÍLIA DESDE MAIO/2012. PRESTAÇÃO CONTÍNUA DE ATOS DE CUIDADO À CRIANÇA. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE A GUARDIÃ LEGAL, SUA FAMÍLIA E A CRIANÇA. CONVÍVIO COMPROVADO POR MAIS DE 2 (DOIS) ANOS. CONSTRUÇÃO INCONTESTE DE LAÇOS AFETIVOS. RECONHECIMENTO DA CONFORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. ENALTECIMENTO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA RELAÇÃO FAMILIAR (ARTIGO 226). IMPOSSIBILIDADE DE O ESTADO-JUIZ INTERVIR NO ÂMBITO FAMILIAR SEM QUE HAJA JUSTIFICATIVA DE ORDEM PROTETIVA. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE ACOMPANHAMENTO CONTÍNUO DA ASSISTENTE SOCIAL DA COMARCA DE LAGES/SC DE INEXISTIR QUALQUER SITUAÇÃO DE RISCO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 227, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MANUTENÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA (NESTA DATA COM TRÊS ANOS DE IDADE) COM A GUARDIÃ LEGAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1 - Em processos nos quais se discute a proteção da criança ou adolescente o Poder Judiciário deve buscar solução adequada à satisfação do melhor interesse desses seres em formação. Essa determinação não decorre tão-somente da letra expressa da Constituição Federal (artigo 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º), mas advém igualmente de imperativo da razão, haja vista que a pacificação social (um dos escopos da atividade jurídica estatal) não está alicerçada unicamente na legalidade estrita, mas na aplicação racional do arcabouço normativo e supranormativo. A promoção da dignidade humana, desde a formação de cada cidadão, deve ser o escopo primordial da ação estatal. 2 - No mesmo sentido, compactua o Superior Tribunal de Justiça: "Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como melhor interesse do infante." (AgRg na MC 18329/SC, rel. Min Nancy Andrighi, julgado em 20/09/2011). (SANTA CATARINA, 2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBRIGAR O MUNICÍPIO A MANTER ADEQUADO O ATENDIMENTO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA NO PROGRAMA MUNICIPAL DENOMINADO CREAS EQUIVALENTE AO SENTINELA - ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - REJEIÇÃO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - SERVIÇO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO - REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC DEMONSTRADOS - FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA FORÇAR O CUMPRIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA - POSSIBILIDADE. É do Juízo da Infância e da Juventude a competência para processar e julgar ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público para proteção de direitos individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescentes. O Ministério Público tem legitimidade para propor ações civis públicas na defesa de direitos individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescentes. Inexiste vedação irrestrita ou absoluta ao deferimento de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Havendo prova capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações e

fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente do caráter alimentar da prestação, deve-se conceder a tutela antecipada. Cabe a fixação de astreinte para forçar o Poder Público a cumprir obrigação estabelecida em tutela antecipada. (SANTA CATARINA, 2013)

Nota-se que no caso concreto para a preservação da dignidade humana, cessão de violações de direitos, além da garantia da permanência das crianças no seio familiar, o acompanhamento da equipe técnica, com seus relatórios, é fundamental para ajudar nas decisões judiciais, principalmente em situações como a apresentada acima, em que o Poder Judiciário tem um entendimento e o Ministério Público tem outro.

E para que se possa atingir o objetivo de fazer cessar uma violação de direitos ou o risco social<sup>2</sup> pessoal são necessárias algumas atividades essenciais, descritas no Caderno de Orientações:

Entrevistas de acolhida e avaliação inicial; Atendimento psicossocial (individual, familiar e em grupo); Construção do Plano de Acompanhamento individual e/ou familiar; **Orientação jurídico-social**; Elaboração de relatórios técnicos sobre o acompanhamento realizado; Ações de mobilização e enfrentamento; Acompanhamento dos encaminhamentos; Visita domiciliar, quando necessário; Articulação com a Rede, (BRASIL, 2011, p. 35 [grifo nosso]).

Essas atividades cotidianas são essenciais para que haja a eficácia dos serviços prestados pela equipe do CREAS, por meio da acolhida e da sequência de avaliações e acompanhamentos, com o intuito de identificar e enfrentar violações de direitos e demais encaminhamentos para a rede de atendimento local.

### **3.3.2 Serviço de Proteção Social e Adolescente em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida e Prestação de Serviços a Comunidade - LA/PSC**

Este serviço visa acompanhar os adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, determinada pelo juiz. Tem como escopo a garantia de acesso a direitos para dar outro

---

<sup>2</sup> O conceito de risco social é definido pela autora Sposati (2004), como a possibilidade de um evento ocorrer no percurso de vida de um indivíduo e/ou grupo, podendo ocorrer com qualquer pessoa, quando se está exposto a vulnerabilidades sociais, que podem culminar em risco pessoal e social que derivam da impossibilidade de prevenir ou enfrentar.

significado de valores à vida social dos jovens e adolescentes de 12 a 18 anos incompletos.

Segundo o caderno de orientações (BRASIL, 2011), este serviço passará por encaminhamento da Vara da Infância e em municípios que não tenham, será pela Vara Civil correspondente.

E para que se possa atingir o objetivo de ressignificar os valores de vida social, são necessárias algumas atividades essenciais, descritas no Caderno de Orientações:

Elaboração do PIA (Plano Individual de Atendimento); Atendimento do Adolescente (individual e em grupo); Atendimento da Família, em articulação com o PAEFI; Acompanhamento da frequência escolar do adolescente; Elaboração e encaminhamento de relatórios sobre o acompanhamento dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas (LA e PSC) ao Poder Judiciário e Ministério Público; Elaboração e encaminhamento de relatórios quantitativos ao órgão gestor sobre o atendimento realizado e articulação com a rede, (BRASIL, 2011, p. 36-37).

As atividades deverão ser executadas em conjunto com a equipe técnica do serviço para que se possa ter uma visão macro e interdisciplinar de cada caso atendido pelo CREAS, ressalta-se que os relatórios e planos individuais são ferramentas importantes nos encaminhamentos.

Este serviço ofertado pelo CREAS deverá estar em consonância com a rede de proteção integral à criança e adolescente existente no município, não podendo estar fragilizada.

### **3.3.3 Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua e Abordagem Social**

Estes serviços consistem em uma forma conjunta, continuada e programada para assegurar a identificação da presença de trabalho infantil, pessoas em situação de rua, exploração sexual de crianças e adolescentes, dentre outras. Em alguns municípios este serviço é feito pelo Centro de Referência Especializado para População em situação de Rua – CENTRO POP que é um equipamento específico para estes serviços, ficando separado dos serviços do PAEFI no CREAS, em município de menor porte este serviço é realizado pela equipe técnica do CREAS.

Sobre o CENTRO POP, cabe discorrer que as ações realizadas têm como foco a construção de novos projetos e trajetórias de vida para iniciar o processo de saída da condição de “morador de rua”.

Este equipamento é um espaço essencial para a oferta de atenção ao público em situação de rua, muito embora não substitua os serviços ofertados pelo CREAS, que atua com vários públicos. O CENTRO POP é específico para o público em situação de rua.

Os profissionais devem garantir aos usuários um acompanhamento com atividades direcionadas para o desenvolvimento de sociabilidades, regaste, fortalecimento ou até mesmo a construção de vínculos interpessoais e/ou familiares, vivências que favoreçam a autonomia.

Este serviço tem como destinatário os seguintes usuários: crianças e adolescentes, jovens, adultos, idosos e famílias que fazem dos espaços públicos a sua moradia. E para que se possa atingir o objetivo de dar resolução imediata às necessidades e promover a inserção na rede socioassistencial e demais políticas públicas, são necessárias algumas atividades essenciais descritas no Caderno de Orientações:

Conhecimento do território; informação, comunicação e defesa de direitos; escuta; orientação e encaminhamento sobre/para a rede de serviços locais e com resolutividade; articulação da rede de serviços socioassistenciais; articulação da rede de serviços de políticas públicas setoriais; articulação interinstitucional com os demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos; geoprocessamento e georeferenciamento de informações; elaboração de relatórios. (BRASIL, 2011, p. 38).

A equipe de referência identifica os usuários, ofertando a atenção necessária e especializada com o foco na intervenção imediata para acolher, mesmo que de forma temporária, garantindo as condições para atingir a independência, autonomia e o auto cuidado.

Ainda sobre a equipe de referência que prevê 01 Coordenador (a) de nível superior, 02 Assistentes Sociais e 02 Psicólogo (as), 01 Técnico de nível superior com formação em Direito, Pedagogia, Antropologia, Sociologia ou Terapia Ocupacional, 04 profissionais de nível superior ou médio e 02 auxiliares administrativos.

O profissional do Direito poderá atuar com mediador nos casos em que o usuário do serviço tem família e esta se nega a cuidar; são caso comuns entre os jovens que fazem uso de substâncias lícitas e ilícitas e idosos. Neste caso são firmados acordos em reuniões familiares intermediadas pela equipe técnica.

#### **3.3.4 Serviço de Proteção Social Especial para Pessoas com Deficiência, Idosos (as) e suas famílias.**

Este serviço é direcionado ao atendimento de forma especializada a famílias que possuem pessoas com deficiência e idosos (as), com algum tipo de grau de dependência, ou seja, deficientes e idosos (as) que têm limitações agravadas por violações de direitos. Segundo o caderno de orientação de Perguntas e Respostas do CREAS (BRASIL, 2011) o serviço tem “*finalidade de promover a autonomia, a inclusão social e a melhoria da qualidade de vida das pessoas participantes*”.

Assim como os demais serviços, existem atividades que são essenciais para serem executados:

Acolhida e escuta; informação, comunicação e defesa de direitos; articulação com os serviços de políticas públicas setoriais; articulação da rede de serviços socioassistenciais [...]; desenvolvimento do convívio familiar, grupal e social; acesso a documentação pessoal. (BRASIL, 2011, p. 39)

As ações deste serviço são realizadas considerando a legislação pertinente, tais como o Estatuto do Idoso e a Lei 7.853, que dispõe sobre a Política Nacional para pessoas com deficiência.

Para ilustrar, colhe-se a jurisprudência do TJSC sobre a medida protetiva ao idoso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM AÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. MEDIDA PROTETIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO OBJETIVANDO A COLOCAÇÃO DE IDOSO EM ABRIGO. LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO MINISTERIAL. ART. 45, V, DA LEI N. 10.741/2003. EXISTÊNCIA DE BENS EM NOME DO ANCIÃO. IRRELEVÂNCIA. DIREITO SOCIAL À SAÚDE E À ASSISTÊNCIA QUE DEVE SER PRESTADO A TODOS, INDISTINTAMENTE. PLEITO DE CHAMAMENTO DO ESTADO AO PROCESSO REPELIDO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO

CONHECIDO E DESPROVIDO. O Ministério Público tem poder para determinar as medidas de proteção ao idoso, inclusive o abrigo em entidade (Lei n. 10.741/2003, art. 45, V), ainda que o beneficiário não esteja interditado (CC, art. 1.768). As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que seus direitos forem ameaçados ou violados. O fato de o idoso possuir bens não significa que ele possui renda líquida disponível para custear o tratamento na entidade, o que reforça a posição do Município como garante da obrigação constitucional. (SANTA CATARINA, 2015a).

Neste caso, houve o chamamento dos entes federados para responsabilidade de medidas de proteção, inclusive na Proteção Social Especial de Alta Complexidade, por meio do acolhimento institucional para cessar a violação de direitos com a pessoa idosa. O município é responsável pelo estudo social, feito por meio do CREAS, que após a avaliação da equipe técnica irá encaminhar para o acolhimento institucional, este acolhimento poderá ser custeado pela gestão municipal, estadual e/ou federal.

Colhe-se a jurisprudência do TJSC sobre a proteção a pessoas com deficiência:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PENSÃO GRACIOSA. 1. PRESCRIÇÃO. AUTOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE ABSOLUTA. ART. 3º, DO CÓDIGO CIVIL. PRESCRIÇÃO INTERROMPIDA. ART. 198, I, DO CC/02. DISPOSITIVO QUE SE APLICA TAMBÉM À FAZENDA PÚBLICA. PRECEDENTE DO STJ. O art. 3º do Código Civil consignou, expressamente, que é absolutamente incapaz aquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática desses dos atos da vida civil, razão pela qual, contra estes, não corre o prazo prescricional. "A teor do artigo 198, inc. I, do Código Civil, a incapacidade absoluta obsta o curso da prescrição, qualquer que seja seu lapso, e, inclusive, em desfavor da Fazenda Pública" (TJSC, AC n. 2012.022737-3, rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Sônia Maria Schmitz, j. 21.6.12). 2. MÉRITO. 2.1. INSTITUIÇÃO DE PENSÃO GRACIOSA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA. POSSIBILIDADE. ASSISTÊNCIA SOCIAL A QUEM DELA NECESSITAR (ART. 203, CAPUT, E V, DA CRFB/88). COMPETÊNCIA COMUM PARA ASSEGURAR A PROTEÇÃO E GARANTIA DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA (ART. 23, II, CRFB/88). Segundo o art. 203 da CRFB/88 "a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social", além de no art. 23, II, estabelecer a "competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios 'cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência", de modo que mostra-se perfeitamente possível ao ente federativo instituir o benefício. [...] (TJSC, AC n. 2012.009037-4, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 18.7.12)" SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA EM PARTE. APELO DA AUTORA PROVIDO PARA MAJORAR A VERBA HONORÁRIA PARA 10% DA CONDENAÇÃO. REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA (SANTA CATARINA, 2015).

Neste julgado, fica evidente que assistência social, conforme assegurada na Constituição Federal de 1988, será prestada a quem dela necessite (art. 203), independente de qualquer tipo de contribuição, sendo estabelecidas as responsabilidades de cada ente federado. Além disso, está nítida também a necessidade de intersetorialidade entre as pastas da saúde e assistência social, as quais muitas vezes se confundem, devido a assistência ser uma política relativamente nova.

As definições do papel do CREAS, de forma macro, estão dispostas também no Caderno de Orientação técnica, que define:

Ofertar e referenciar serviços especializados de caráter continuado para famílias e indivíduos em situação de risco pessoal e social, por violação de direitos, conforme dispõe a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais; A gestão dos processos de trabalho na unidade, incluindo a coordenação técnica e administrativa da equipe, o planejamento, monitoramento e avaliação das ações, a organização e execução direta do trabalho social no âmbito dos serviços ofertados, o relacionamento cotidiano com a rede e o registro de informação, sem prejuízo das competências do órgão gestor da assistência social em relação à unidade (BRASIL, 2011, p. 23).

Deste modo, o papel do CREAS é embasado em um conjunto de leis e normativas que estão no escopo da política do SUAS. Logo, excluindo as ações que não estão relacionadas a essa política, tais como substituir a falta de atendimento de outras políticas, com destaque para a política de saúde.

O CREAS não poderá ser confundido com os órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público, Conselho Tutelar, Saúde mental dentre outros.

Colacionam-se as metas estabelecidas para o SUAS, no período de 2014/2017, pela CIT - Comitê Intergestores Tripartite (Quadro 1):

CIT define prioridades e metas municipais para o período 2014-2017: A Comissão Intergestores Tripartite (CIT) definiu na sua 124ª reunião ordinária as Prioridade e Metas para a gestão municipal, no âmbito do Pacto de Aprimoramento do SUAS, previsto na NOB SUAS/2012, para o quadriênio 2014/2017. 1. PACTO DE APRIMORAMENTO DA GESTÃO. Conforme estabelece o artigo 23 da NOB-SUAS/2012, o Pacto de Aprimoramento do SUAS é o instrumento pelo qual se materializam as metas e prioridades nacionais no âmbito do SUAS, e se constitui em mecanismo de indução de aprimoramento da gestão, dos serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais. A primeira pactuação das prioridades e metas para os Municípios, conforme estabeleceu a NOB SUAS, será feita no exercício de 2013, com vigência para o quadriênio de 2014/2017. Esta determinação motivou a realização, no dia 3 de julho, em Brasília, de reunião com a

diretoria do Colegiado Nacional de Gestores Municipais de Assistência Social (CONGEMAS) e presidentes dos Colegiados Estaduais de Gestores Municipais de Assistência Social (COEGEMAS), com o objetivo definir proposta a ser pactuada pela CIT. 2. PRIORIDADES E METAS PARA A GESTÃO MUNICIPAL DO SUAS. Apresentadas e pactuadas na 124ª reunião da CIT, as prioridades e metas para a gestão municipal do Sistema Único de Assistência Social - SUAS, para o quadriênio 2014-2017 são as seguintes: (BRASIL, 2013).

Quadro 1 – Prioridades e metas para a gestão municipal do SUAS 2014-2017

<b>PROTEÇÃO SOCIAL BÁSICA</b>	
PRIORIDADE	META
a) Acompanhamento familiar pelo PAIF	Atingir taxa de acompanhamento do PAIF das famílias cadastradas no CadÚnico de 15 % para municípios de Peq. I e 10% para os demais portes.
b) Acompanhamento pelo PAIF das famílias com membros beneficiários do BPC	Atingir taxa de acompanhamento do PAIF das famílias com membros beneficiários do BPC: 25 % para municípios de Peq. Porte I e 10% para os demais portes.
c) Cadastramento das famílias com beneficiários do BPC no CadÚnico	Atingir os seguintes percentuais de Cadastramento no CadÚnico das famílias com presença de beneficiários do BPC: Munic. Peq I - 70%; Munic. Peq II – 70%; Médio Porte – 80 %; Grande Porte – 60%; Metrópole – 50%.
d) Acompanhamento pelo PAIF das famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família que apresentem outras vulnerabilidades sociais, para além da insuficiência de renda.	Atingir taxa de acompanhamento pelo PAIF das famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família de 15% para os municípios de Peq. Porte I e 10% para os demais portes.
e) Acompanhamento pelo PAIF das famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família em fase de suspensão por descumprimento de condicionalidades, cujos motivos sejam da assistência social.	Atingir 50% de taxa de acompanhamento das famílias em fase de suspensão do Programa Bolsa Família em decorrência do descumprimento de condicionalidades, cujos motivos sejam da assistência social com respectivo sistema de informação.
f) Reordenamento dos Serviços de Convivência e Fortalecimento de Vínculos.	Atingir o percentual de 50% de inclusão do público prioritário no Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos.
g) Ampliação da cobertura da Proteção Social Básica nos municípios de grande porte e metrópoles.	Referenciar 100% da população constante no CadÚnico com ½ SM ou 20% dos domicílios do município aos CRAS.
h) Adesão ao Programa BPC na Escola.	Alcançar 100% de adesão dos municípios ao Programa BPC na Escola.
<b>PROTEÇÃO SOCIAL ESPECIAL</b>	
PRIORIDADE	META
a) Ampliação da cobertura do PAEFI nos municípios com mais de 20 mil habitantes.	Implantar 1 CREAS em todos os municípios entre 20 e 200 mil habitantes e no mínimo de 1 CREAS para cada 200 mil habitantes.
b) Identificação e cadastramento de crianças e adolescentes em situação de Trabalho Infantil	Atingir no mínimo 70% de cadastro até fim de 2016 nos Municípios com alta incidência que aderiram ao cofinanciamento das ações estratégicas do PETI em 2013. Atingir no mínimo 70% de cadastro até fim de 2017 nos Municípios com alta incidência que aderiram ao cofinanciamento das ações estratégicas do PETI em 2014. Atingir 50% de identificação e o cadastro do trabalho infantil para os demais municípios.
c) Cadastramento e atendimento da População em Situação de Rua	Identificar e cadastrar no CadÚnico 70% das pessoas em situação de rua em acompanhamento pelo Serviço Especializado ofertado no Centro Pop.

	Implantar 100% dos Serviços para população de rua (Serviço Especializado para Pop Rua, Serviço de Abordagem Social e Serviço de Acolhimento para pessoa em situação de rua) nos municípios com mais de 100 mil habitantes e municípios de regiões metropolitanas com 50 mil ou mais, conforme pactuação na CIT e deliberação do CNAS.
d) Acompanhamento pelo PAEFI de famílias com crianças e adolescentes em serviço de acolhimento	Acompanhar 60% das famílias com criança ou adolescente nos serviços de acolhimento.
e) Reordenamento dos Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes	Reordenar 100% dos serviços de acolhimento para crianças e adolescente em conformidade com as pactuações da CIT e resoluções do CNAS.
f) Acompanhamento pelo PAEFI das famílias com violação de direitos em decorrência do uso de substâncias psicoativas	Realizar em 100% dos CREAS o acompanhamento de famílias com presença de violação de direitos em decorrência do uso de substâncias psicoativas.
g) Implantar Unidades de Acolhimento (residência inclusiva) para pessoas com deficiência em situação de dependência com rompimento de vínculos familiares	Implantar 100% das unidades de acolhimento (residência inclusiva), conforme pactuado na CIT e deliberado pelo CNAS, para pessoas com deficiência em situação de dependência com rompimento de vínculos familiares.

### GESTÃO

PRIORIDADE	META
a) Desprecarização dos vínculos trabalhistas das equipes que atuam nos serviços socioassistenciais e na gestão do SUAS	Atingir percentual mínimo 60% de trabalhadores do SUAS de nível superior e médio com vínculo de servidor estatutário ou empregado público.
b) Estruturação das SMAS com formalização de áreas essenciais	100% dos municípios de pequeno I e II e médio porte com instituição formal, na estrutura do órgão gestor de assistência social, as áreas constituídas como subdivisões administrativas, Proteção Social Básica, Proteção Social Especial e a área de Gestão do SUAS com competência de Vigilância Socioassistencial. 100% dos municípios de grande porte e metrópole com instituição formal, na estrutura do órgão gestor de assistência social, áreas constituídas como subdivisões administrativas a Proteção Social Básica, Proteção Social Especial, com subdivisão de Média e Alta Complexidade, Gestão Financeira e Orçamentária, Gestão de Benefícios Assistenciais e Transferência de Renda, área de Gestão do SUAS com competência de: Gestão do Trabalho, Regulação do SUAS e Vigilância Socioassistencial.
c) Adequação da legislação Municipal à legislação do SUAS	100% dos municípios com Lei que regulamenta a Assistência Social e o SUAS atualizada.

CONTROLE SOCIAL	
PRIORIDADE	META
a) Ampliar a participação dos usuários e trabalhadores nos Conselhos Municipais de Assistência Social	Atingir 100% dos Conselhos Municipais de Assistência Social com representação da sociedade civil composta representantes de usuários e dos trabalhadores do SUAS.
b) Instituir o CMAS com instância de Controle Social do Programa Bolsa Família	Atingir 100% dos Conselhos Municipais de Assistência Social como instância de controle social do PBF.

Fonte: Adaptado de Brasil (2013)

3. O PACTO DE APRIMORAMENTO DO SUAS, A ELABORAÇÃO DO PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E INTERFACE COM O PLANO PLURIANUAL (PPA). O Plano de Assistência Social, mais do que um documento burocrático elaborado para o cumprimento de exigências legais, deve ser compreendido com uma importante ferramenta de gestão para alcance dos objetivos propostos e para a administração das organizações envolvidas, bem como um instrumento político fundamental para a implementação da Política Nacional de Assistência Social (PNAS) e a garantia do orçamento público para seu financiamento. A Norma traz um capítulo dedicado especialmente aos Planos de Assistência Social, que são reconhecidos com um instrumento estratégico que organiza e norteia a execução da PNAS na perspectiva do SUAS. A responsabilidade pela elaboração dos planos é do órgão gestor da política, que deve submetê-los à aprovação do conselho de assistência social. Os planos devem ser elaborados a cada quatro anos, de acordo com os períodos de elaboração do Plano Plurianual (PPA). Segundo a NOB, os Planos de Assistência Social devem conter as prioridades e metas municipais e/ou estaduais, bem como observar as deliberações das conferências de assistência social e as metas nacionais pactuadas, que expressam o compromisso para o aprimoramento do SUAS. O Plano de Assistência Social organiza, regula e norteia a execução da Política de Assistência Social aprovado pelo respectivo Conselho. Deve conter os objetivos gerais e específicos; as diretrizes, prioridades, as ações e estratégias as metas estabelecidas; os resultados e impactos esperados; os recursos materiais, humanos e financeiros, fontes de financiamento, a cobertura da rede prestadora de serviços, os indicadores de monitoramento e avaliação e o espaço temporal de execução, dentre outros. O Plano Plurianual – PPA estabelece diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública para um período de quatro (4) anos, organizando as ações do governo em programas que resultem em bens e serviços para a população. O PPA estabelece a ligação entre os objetivos indicativos de Estado, presente em um planejamento de longo prazo; políticas de governo de médio prazo, e a realização dos gastos, previstos pelo orçamento anual. As prioridades e metas do Pacto de Aprimoramento do SUAS devem, portanto, ser expressas nos Planos de Assistência Social, bem como nos Planos Plurianuais dos municípios. (BRASIL, 2013).

### 3.4 O PAPEL DO ADVOGADO NO CREAS

Antes de debater sobre o papel do advogado nos Centros de Referências Especializados de Assistência Social, cabe entender a função social do Advogado. Como o advogado é indispensável para administração da justiça, pode-se declarar que é o responsável pela manutenção do organismo social, pois promove a prestação jurisdicional, realizando a interpretação do ordenamento jurídico da sociedade brasileira.

Porto (2008) refere-se ao advogado como: “instrumento social de convivência comunitária” e “médico do organismo social”, expressões estas que traduzem a grande responsabilidade do advogado dentro da sociedade, pois, com seu vasto conhecimento técnico consegue difundir as leis na vida dos indivíduos.

O autor ainda afirma que os sistemas jurídicos, após a Revolução Francesa, tiveram como prerrogativas defender os interesses individuais, deste modo, cabe ao advogado proteger a sociedade civil, principalmente com a decadência do liberalismo em face do Estado do Bem Estar Social (*Well Fare State*) essa proteção amplia-se a classes, grupos sociais e profissões; nasce aí a tutela dos direitos difusos ou coletivos.

Na esteira do triunfo e de uma luta eterna pela garantia dos direitos, sempre considerando os princípios e garantias constitucionais, o Sistema Único de Assistência Social – SUAS, reconhece o advogado como profissional importante para efetivação dos direitos socioassistenciais em parceria com assistentes sociais e psicólogo/as, com o intuito de interação com as demais políticas públicas.

No caso concreto, qual o papel do advogado no CREAS? Como ainda não existe um estudo específico que possa fundamentar-se para responder ao questionamento, a resposta terá como base a pesquisa realizada e apresentada a seguir. A mesma aponta algumas das atribuições do profissional no CREAS:

- Orientação jurídico-social à equipe referência;
- Estudo de caso dos serviços junto à equipe de referência;
- Realização de acompanhamento especializado, por meio de atendimentos familiar, individual ou em grupo;

- Realização de visitas domiciliares às famílias acompanhadas pelo CREAS, quando necessário;
- Trabalho em equipe interdisciplinar;
- Participação em capacitações e formação continuada da equipe do CREAS, reuniões de equipe, estudos de casos e demais atividades correlatas;
- Participação de reuniões para avaliação das ações e resultados atingidos e para planejamento das ações a serem desenvolvidas, para a definição de fluxos, instituição de rotina de atendimento e acompanhamento dos usuários, organização dos encaminhamentos, fluxos de informação e procedimentos;
- Ações de mobilizações e enfretamento;
- Acompanhamentos dos casos junto ao Sistema de Garantias de Direitos.

Esses são alguns papéis exercidos pelo advogado nos CREAS do Estado de Santa Catarina, muito embora existam outros papéis que equivocadamente estão sendo realizados pelo advogado:

- Ingresso de ações na área da família, tais como, investigação de paternidade; alimentos; execução de alimentos; divórcio (sem bens a partilhar); dissolução de união estável (sem bens a partilhar); Guarda; responsabilidade e Tutela.
- Ingressar com pedido de Medidas Protetivas Lei Maria da Penha, ações de Interdição, bem como, realizar defesa em Ações de Destituição do Poder Familiar.

Defende-se neste trabalho que não é papel do advogado ingressar com ações enquanto profissional da equipe de referência do CREAS, devido a violações de direitos, sendo necessária uma discussão ampla com os profissionais.

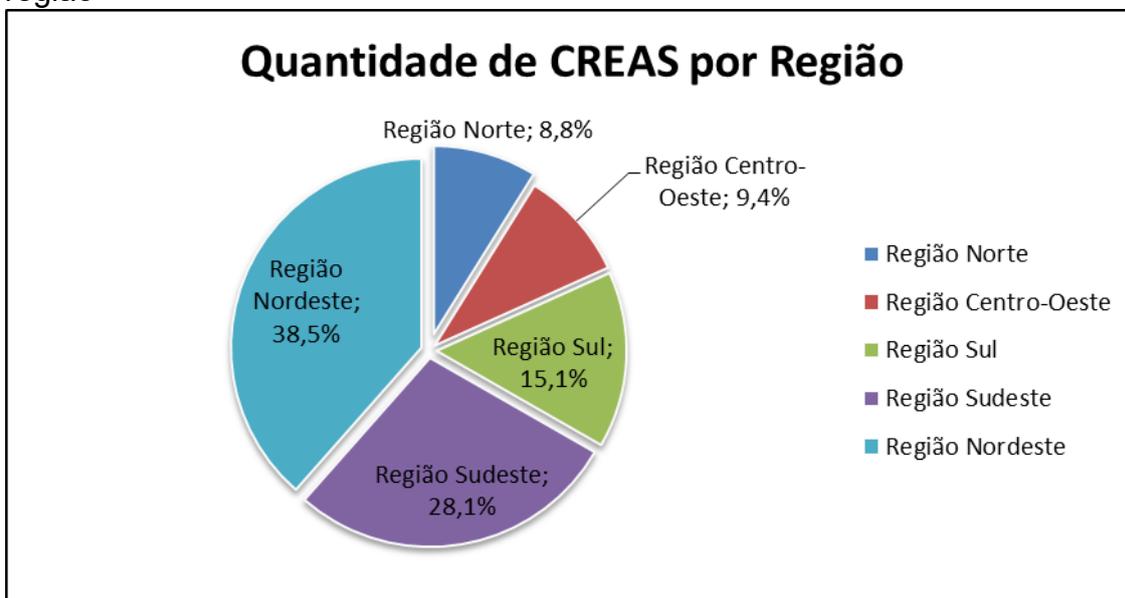
Pois, uma vez que não havendo o entendimento da política pública a qual está inserido, poderá confundir com a atuação em escritórios de advocacia, o que não é o caso.

#### 4 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE DADOS

Com o objetivo de ilustrar o presente estudo, e considerando que o foco do presente trabalho é analisar diretamente como o profissional do direito está inserido na política de assistência social, serão apresentados a seguir os dados referentes ao CENSO SUAS 2014 - Gestão Estadual e Gestão do CREAS<sup>3</sup>.

Importante salientar que o CENSO SUAS é uma ferramenta de planejamento: a gestão, avaliação e monitoramento do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, realizado anualmente; as gestões municipais, estaduais e distrito federal respondem ao questionário enviado pela Coordenação Geral de Vigilância Social da Secretaria Nacional de Assistência Social. Na sequência, também será apresentada a pesquisa realizada no Estado de Santa Catarina por meio eletrônico enviado aos 88 CREAS do estado.

Quadro 2 – Quantidade de CREAS por região



Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

Como se pode observar no quadro 2, a grande maioria dos equipamentos socioassistenciais de CREAS do país está na Região Nordeste,

<sup>3</sup> O Censo completo pode ser encontrado no seguinte endereço: <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/snass/vigilancia/index2.php>>. Acesso em: 01 jul. 2015

que equivale a 38,5%. Analisando este percentual, pode-se concluir que esta região possui o maior número de violações de direitos em relação à totalidade de CREAS.

Em segundo está a Região Sudeste com 28,1% dos equipamentos, sendo a região mais populosa do país, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE<sup>4</sup>, neste caso específico, existem duas alternativas a serem analisadas, que possivelmente devem estar ocorrendo:

- 1) Os índices de violação de direitos dessa região são realmente baixos, o que é pouco provável;
- 2) Os equipamentos são insuficientes para atender a toda a demanda, pois o número da população é maior que o da região nordeste. Também por essa lógica, os índices de violação deveriam ser maiores e, conseqüentemente, mais CREAS para atender a população seriam necessários, uma vez que nesta região estão as metrópoles do país.

Na Região Sul localizam-se 15,1% dos CREAS do país, sendo a terceira região em população, que abrange os três estados: Rio Grande Sul com 115 CREAS, Santa Catarina com 88 CREAS e Paraná com 156 CREAS. Ao considerarmos que segundo as projeções do IBGE<sup>5</sup>, a população da região Sul está distribuída da seguinte maneira:

Rio Grande do Sul: 11.251.541 (onze milhões, duzentos e cinquenta e um mil, quinhentos e quarenta e um) habitantes para 115 CREAS. A proporção é de 97.840 (noventa e sete mil, oitocentos e quarenta) habitantes por equipamento.

Santa Catarina: 6.788.040 (seis milhões, setecentos e oitenta e oito mil e quarenta) habitantes para 88 CREAS. A proporção é de 77.136 (setenta e sete mil, cento e trinta e seis) habitantes por equipamento.

Paraná: 11.159.465 (onze milhões, cento e cinquenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e cinco) habitantes para 156 CREAS. A proporção é de 71.535 (setenta e um mil, quinhentos e trinta e cinco) habitantes por equipamento.

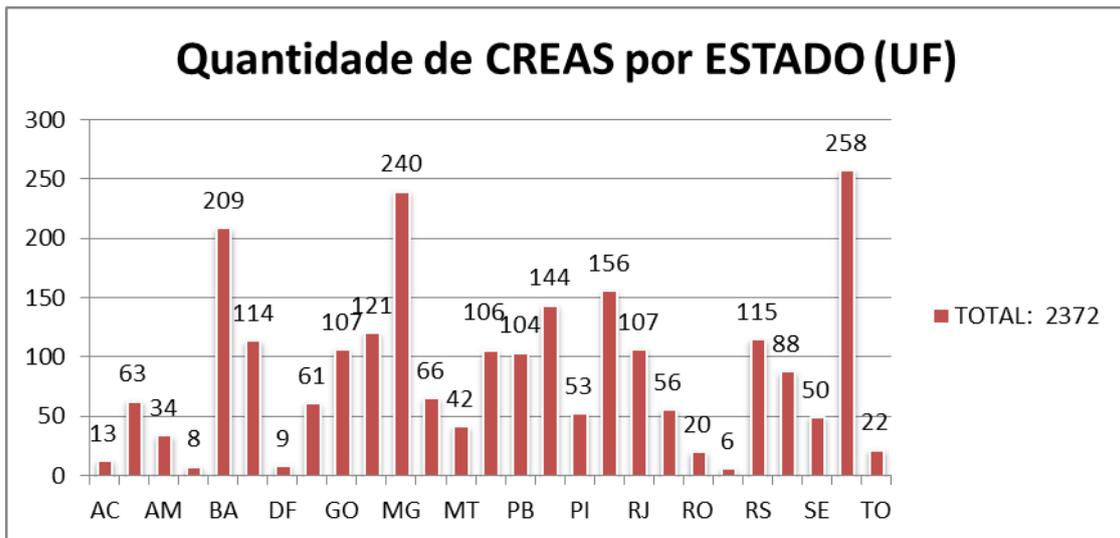
---

<sup>4</sup>Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/tabela1.shtm>>.

<sup>5</sup>Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>.

Quadro 3 – Quantidade de CREAS por Estado (UF)

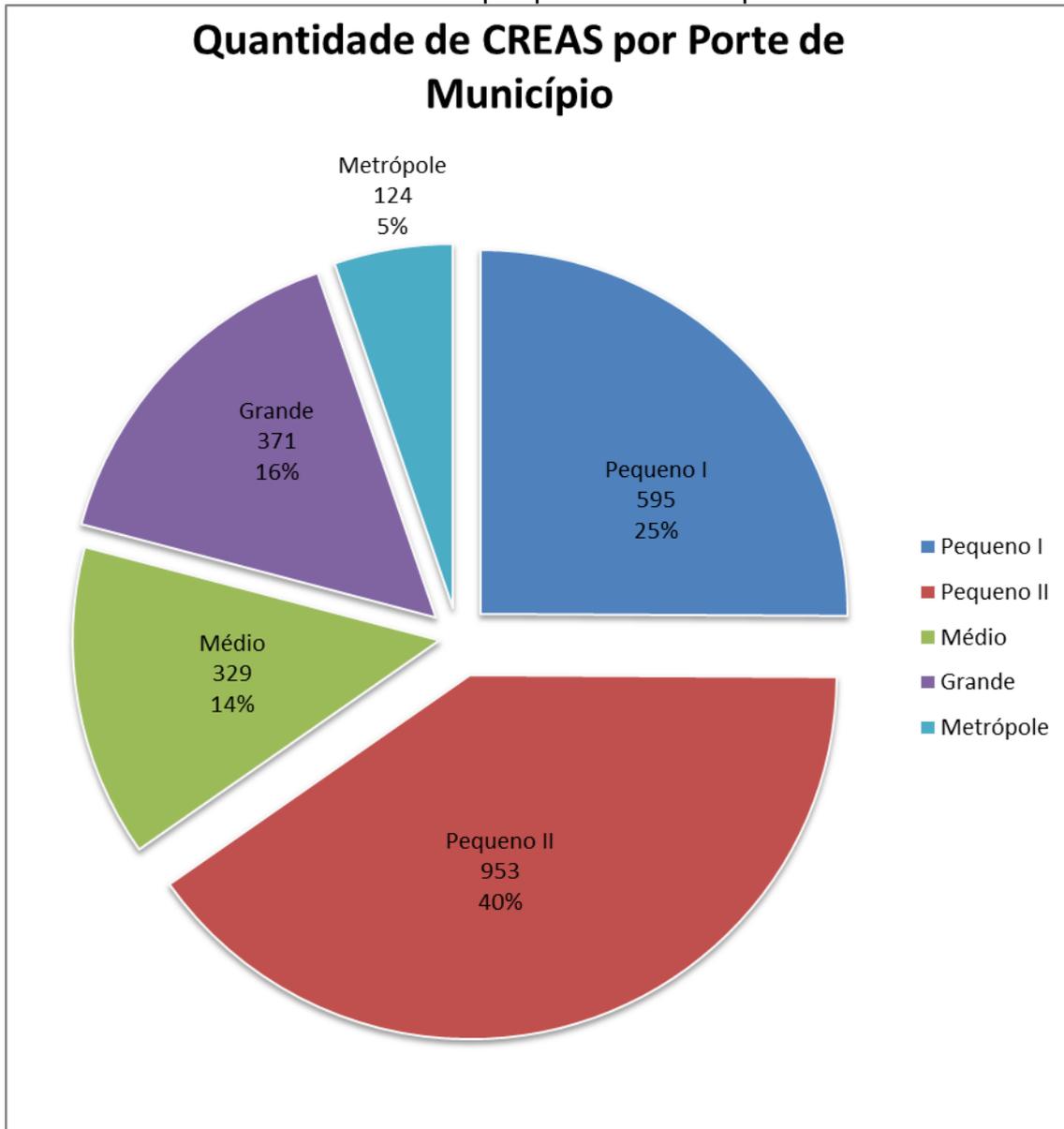


Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

Comparando os três estados, pode-se verificar no quadro 3 que existe uma desproporção em relação ao número de habitantes com os equipamentos existentes; Santa Catarina tem praticamente a metade da população dos outros dois estados, entretanto, a proporção de atendimento é quase a mesma do estado do Paraná.

A maior incidência de CREAS está em municípios de Pequeno Porte I e Pequeno Porte II.

Quadro 4 – Quantidade de CREAS por porte de município



Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

Conforme o quadro 4, os municípios de Pequeno Porte I concentram 25% do CREAS e de Pequeno Porte II 40%, somando mais da metade dos CREAS localizados em municípios com até 50.000 (cinquenta mil) habitantes<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> A Norma Operacional Básica – NOB – SUAS define o porte dos municípios conforme segue: Pequeno Porte I até 20.000 habitantes; Pequeno Porte II de 20.001 até 50.000 habitantes; Médio Porte 50.001 até 100.000 habitantes; Grande Porte de 100.001 até 900.000 habitantes e Metr poles mais de 900.001 Habitantes.

Em relação ao vínculo empregatício dos profissionais dos CREAS no país, a quantidade de servidores estatutários é de 7.931, com vínculos não permanentes somam 10.549, profissionais comissionados são 1.944 e empregados celetistas são 1.658, totalizando 22.082 trabalhadores dos CREAS.

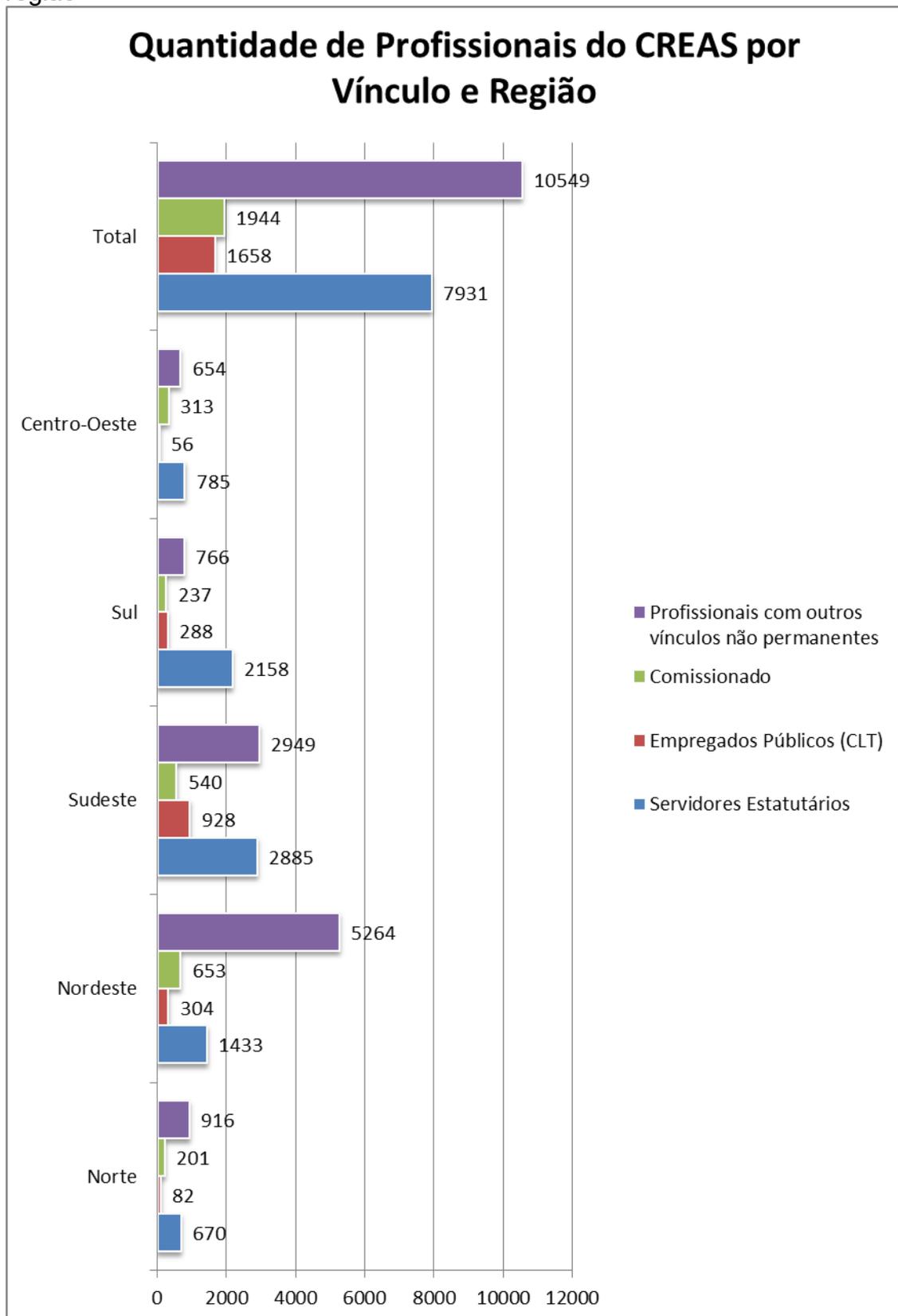
Nota-se que a maioria dos profissionais do SUAS são de vínculos não permanente, um dado preocupante, considerando que há o risco da não continuidade de algumas ações pela rotatividade destes profissionais o que também prejudica na qualidade dos serviços ofertados.

A Região Sul é a que mais possui profissionais em caráter estatutário, o que é exigido pela Política Pública de Assistência Social como ferramenta para a garantia da continuidade das ações e melhoria contínua.

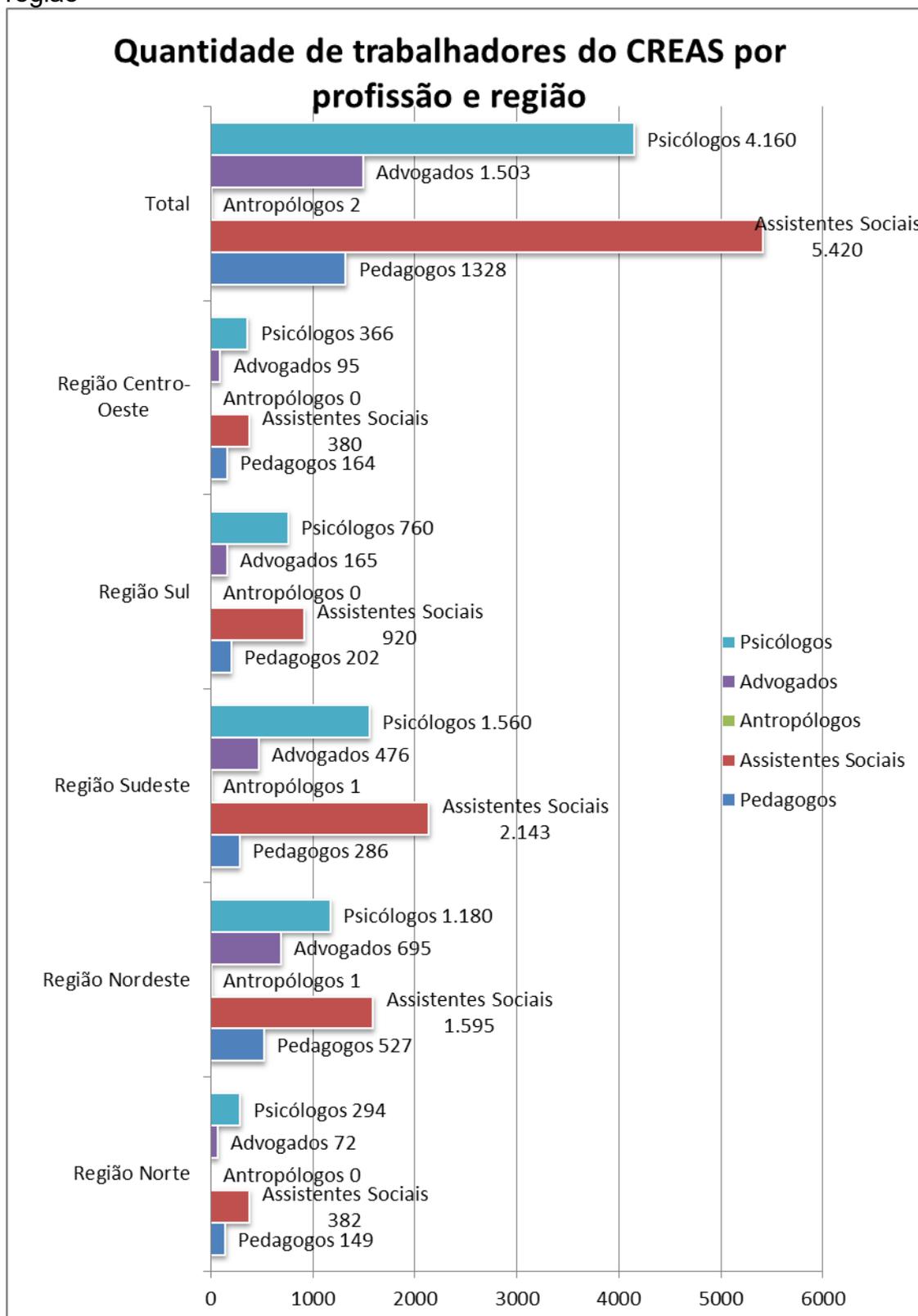
São 2.158 servidores estatutários, 766 profissionais com vínculo não permanente, 288 empregados celetistas e 237 comissionados, totalizando 3.449 trabalhadores do CREAS.

Ao analisar os gráficos, observa-se que a situação da região sul é privilegiada no sentido de servidores efetivos em relação aos profissionais com vínculos não permanentes, diferentemente das demais regiões brasileiras.

Quadro 5 – Quantidade de profissionais do CREAS por vínculo e região



Quadro 6 – Quantidade de trabalhadores do CREAS por profissão e região

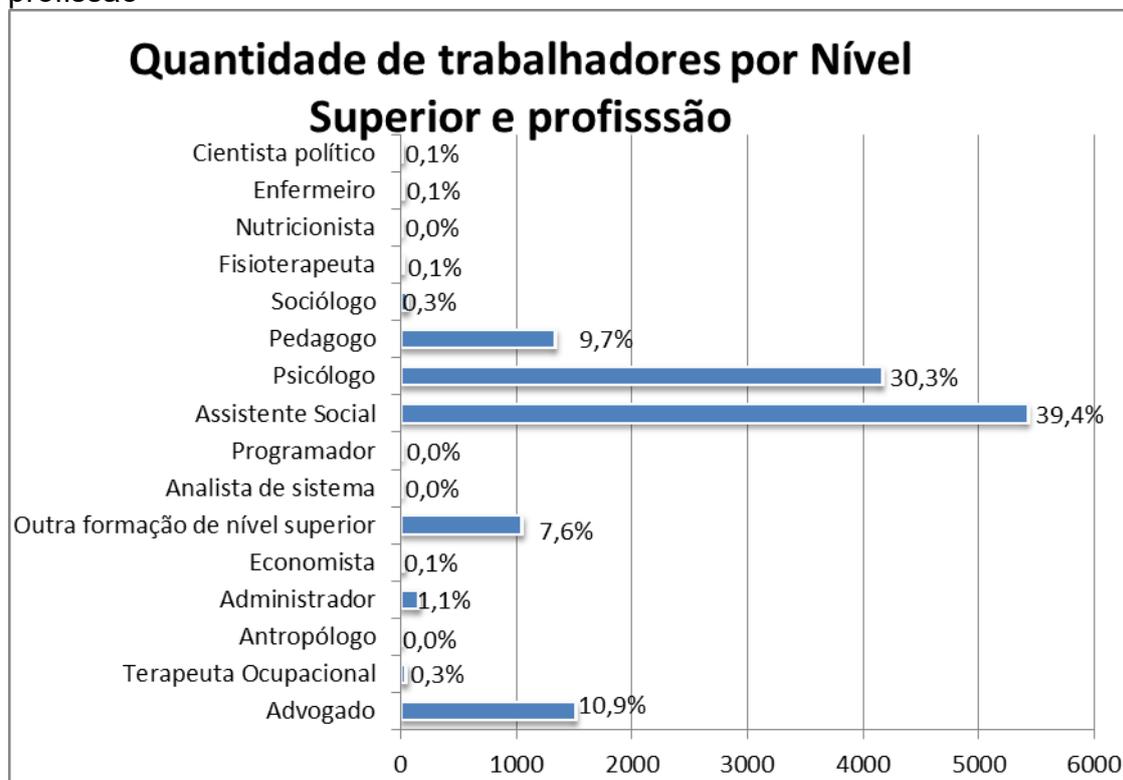


Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

Como mostrados dos quadros 5 e 6, no país temos os profissionais de nível superior que são reconhecidos pela NOB/RH SUAS, os quais são

5.420 Assistentes Sociais, 4.160 Psicólogos, 1.503 Advogados, 1.328 Pedagogos e 02 Antropólogos.

Quadro 7 – Quantidade de trabalhadores por Nível Superior e profissão

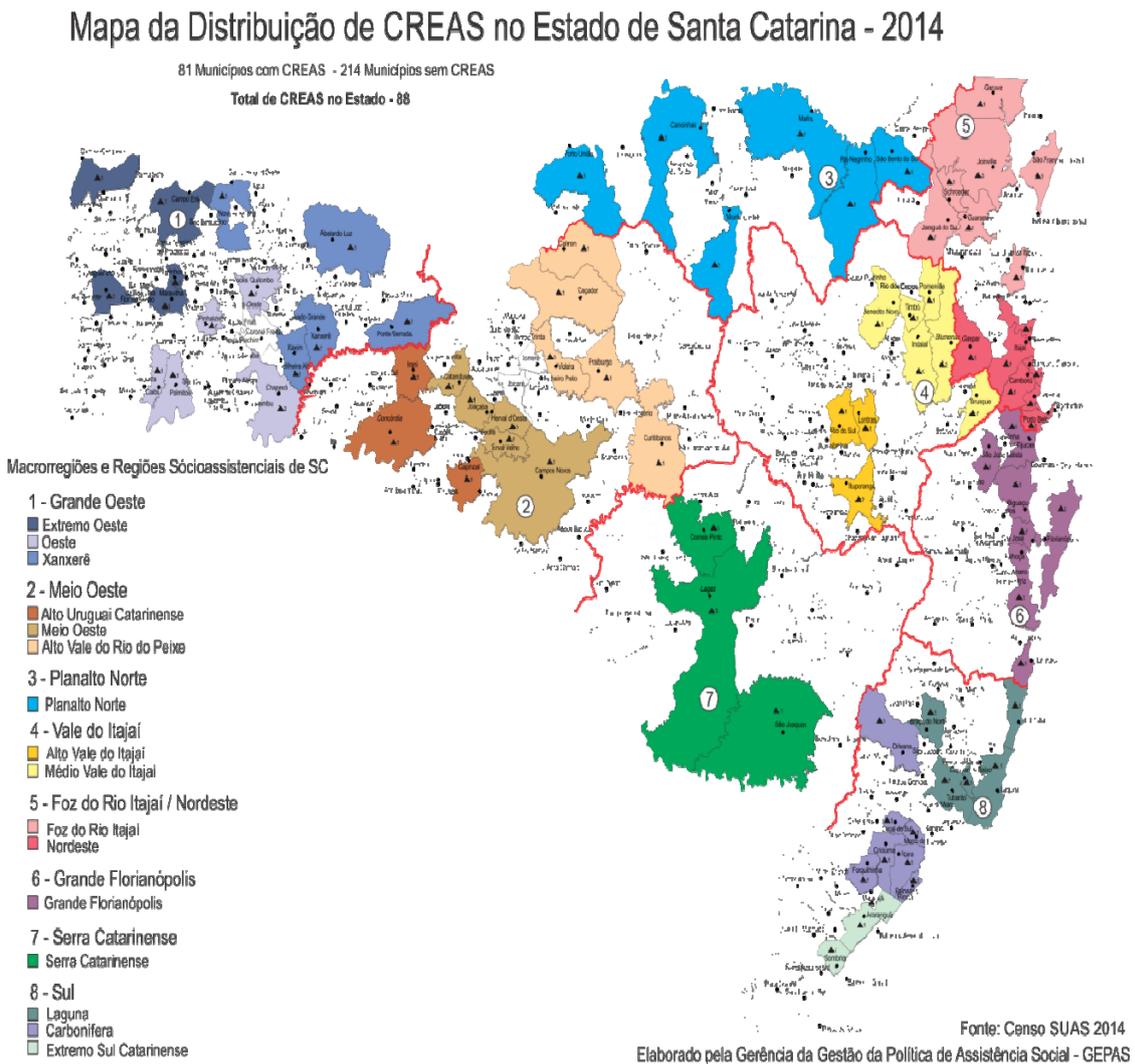


Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

Em percentual, demonstrados no quadro 7, os profissionais de Assistência Social representam a maioria, com 39,4%, seguidos dos Psicólogos com 30,3% e os Advogados ocupando o terceiro lugar, com 10,9%.

Serão apresentados a seguir os dados referentes aos CREAS do Estado de Santa Catarina. Conforme mencionado, o número de CREAS em nosso país é de 2.372, destes, 359 estão localizado na região sul do país; em Santa Catarina existem atualmente 88 CREAS em 81 municípios.

Figura 1 - Mapa da distribuição de CREAS no Estado de SC - 2014



Fonte: Gerência da gestão da política de assistência social – GEPAS, 2014

Os CREAS do Estado de Santa Catarina (Figura 1) representam 24,51% dos equipamentos da região sul; ainda é um número baixo, considerando que existem 295 no estado e apenas 81 possuem CREAS, assim, são 214 municípios sem o equipamento.

Existe uma grande discussão na esfera estadual e municipal com os representantes governamentais e não governamentais, sobre a necessidade urgente de ampliação do cofinanciamento para construções de novos equipamentos de CREAS municipais ou regionais, considerando os altos índices de violações de direitos e para atender a demanda reprimida de algumas regiões do estado.

Na pesquisa realizada, identificou-se que 90,9% dos municípios que responderam, possuem Secretaria exclusiva de Assistência Social, ou seja, não está compartilhada com outras secretarias municipais, tais como saúde, habitação e educação (Quadro 8).

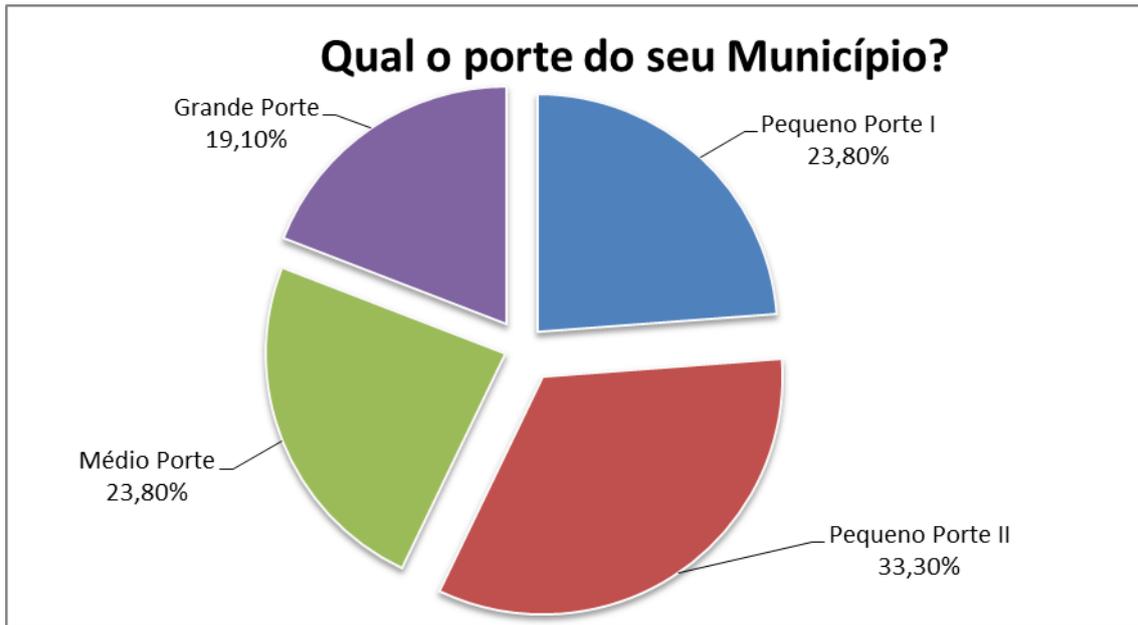
Quadro 8 – O município possui Secretaria Municipal Exclusiva de Assistência Social?



Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

Conforme o quadro 9, dos municípios que responderam a pesquisa, 33,30% são de Pequeno Porte II, 23,80% de Pequeno Porte I, 23,80% de Médio Porte e Grande Porte somam 19,10%.

Quadro 9 – Qual o porte do seu município?



Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

Observa-se também que os municípios de Pequeno Porte I e II, assim como já apresentado no quadro 03, em nível nacional, são a maioria, refletindo neste quadro a tendência nacional.

Com intuito de verificar junto aos municípios do estado quais possuem advogado na gestão do SUAS (quadro 10), obtivemos que 52% dos municípios que responderam a pesquisa não possuem o profissional na gestão e 48% possui advogados na gestão.

Quadro 10 – Possui advogado na gestão do SUAS?



Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

A resposta deste questionamento não se refere ao profissional do CREAS e sim ao profissional que atua na Gestão do SUAS, executando as demandas da Proteção Básica, Proteção Especial de Alta Complexidade e Gestão. Dessas demandas podem-se citar os relatórios para o Poder Judiciário, Ministério Público e demais órgãos do Sistema de Garantias de Direitos, acompanhamento em licitações específicas da Secretaria de Assistência Social, bem como, elaboração de termo parceria, fomento, convênios, entre outros, com entidades e órgãos governamentais e não governamentais.

Existem algumas situações específicas em relação à oferta de serviços socioassistenciais na Proteção Social Especial de Média Complexidade, tais como: o município pode não ofertar os serviços, como pode ofertar de forma parcial, ter apenas a equipe sem o equipamento físico ou ainda possuir equipe e prestar os serviços no equipamento físico.

Dos municípios que responderam a pesquisa, 100% possuem a equipe e equipamento de CREAS (Quadro 11).

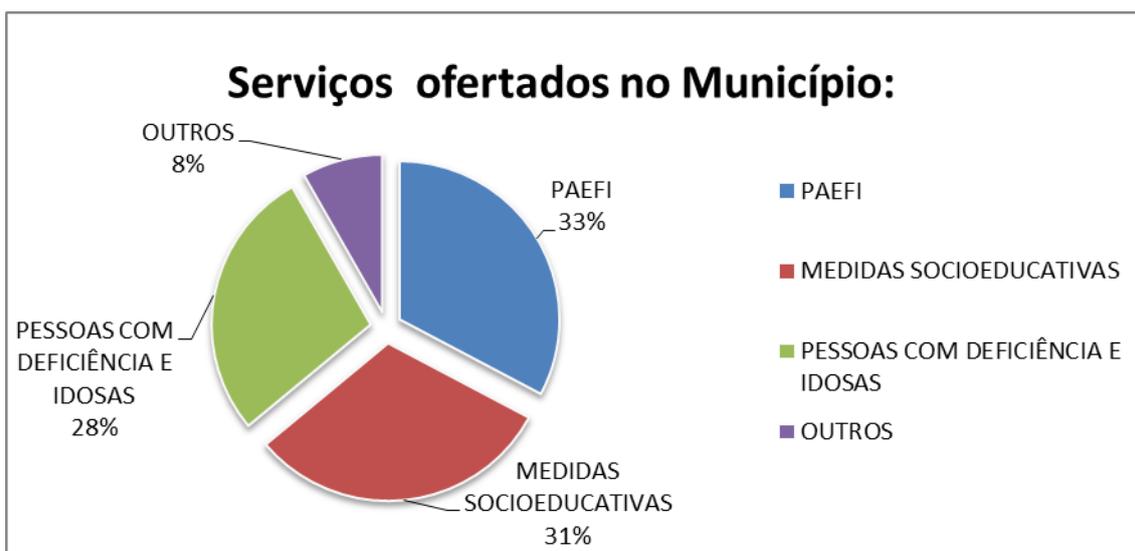
Quadro 11 – Na média complexidade são ofertados os serviços por meio de:



Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

Dos serviços, foi identificado, no quadro 12, que o Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos - PAEFI representa 33% dos serviços ofertados pelos municípios que responderam a pesquisa; Medidas socioeducativas de Liberdade Assistida e Prestação de Serviços a Comunidade (LAPSC) representam 31% e o Serviço de Proteção a Pessoas com Deficiência e Idosas somam 28%.

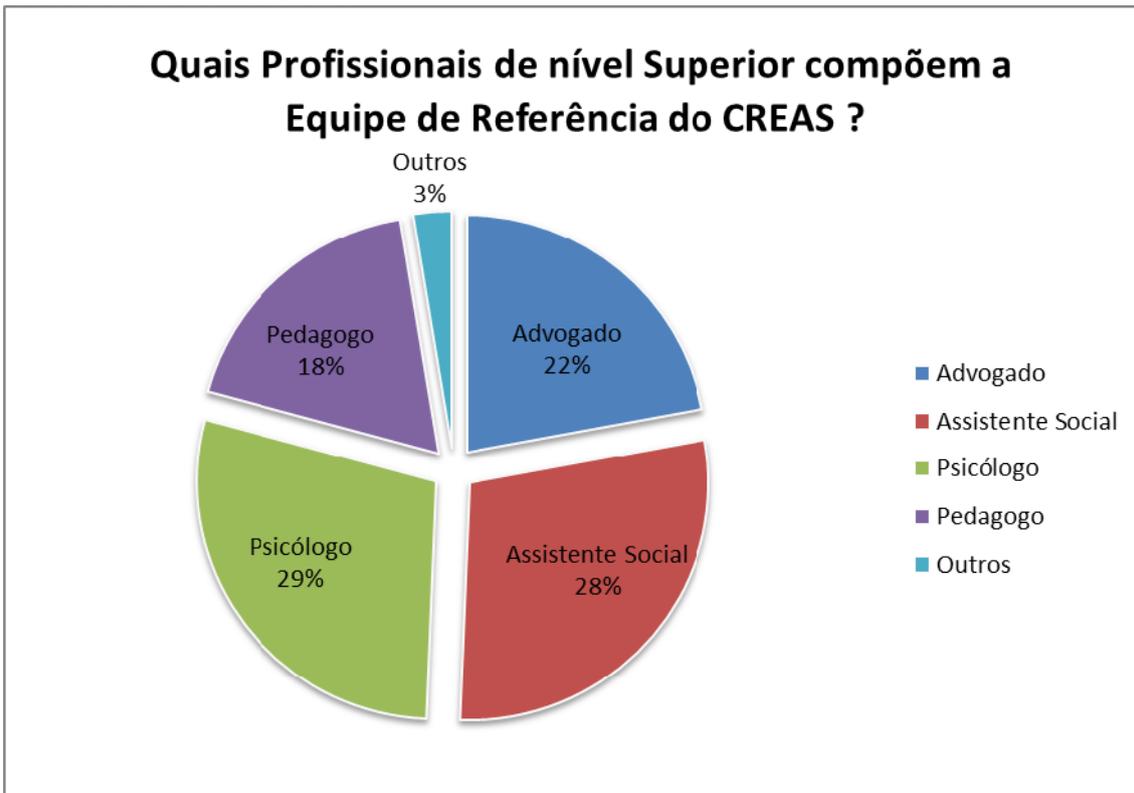
Quadro 12 – Serviços ofertados no Município



Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

No quesito de composição de profissionais de nível superior no CREAS (quadro 13), a maioria está composta por Psicólogos (29%), 28% de Assistentes Sociais, seguidos dos Advogados que representam 22%, Pedagogos que são 18% e outros somam 3%.

Quadro 13 – Quais profissionais de nível superior compõem a Equipe de Referências do CREAS?

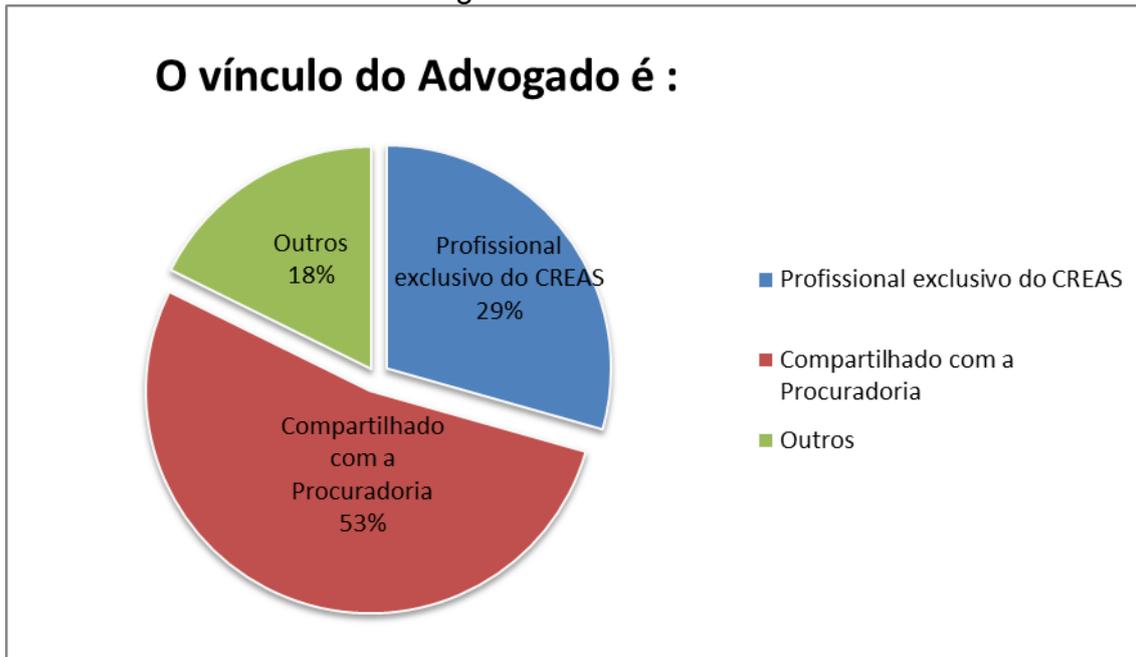


Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

Considerando os municípios que responderam a pesquisa, dos 22% de Advogados que atuam no CREAS, 53% são compartilhados com a Procuradoria Geral do Município e apenas 29% são exclusivos da Secretaria Municipal de Assistência Social, 18% representam outros vínculos, tais como terceirizados (quadro 14).

Essas informações são preocupantes porque nem sempre os profissionais que são compartilhados com outros setores conseguem dar continuidade aos serviços, além de ter entendimento e dedicação necessária que a política de assistência social exige dos seus trabalhadores.

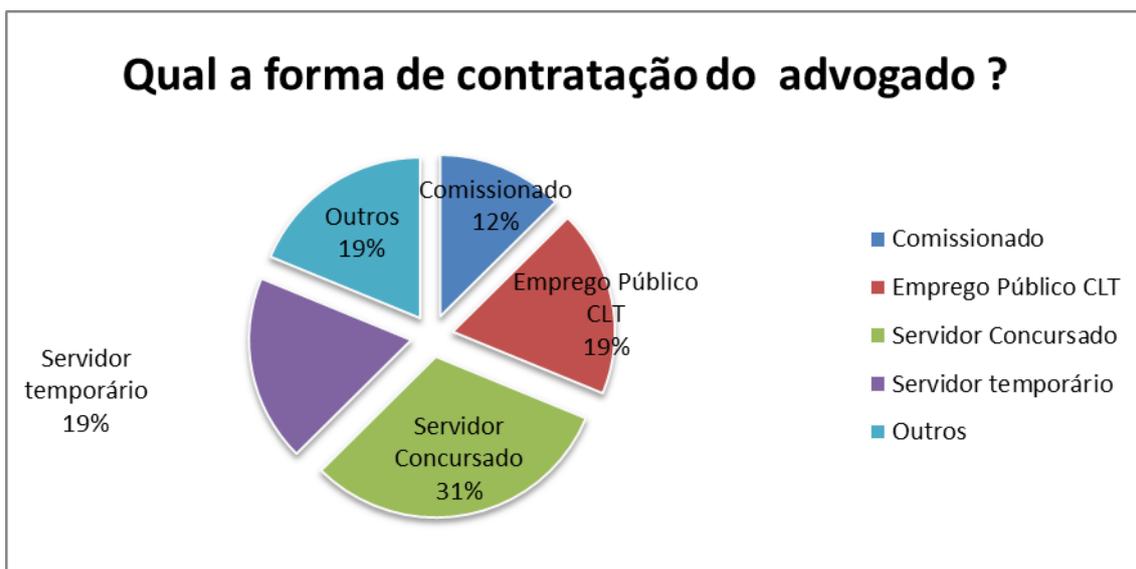
Quadro 14 – O vínculo do Advogado é:



Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

A forma de contratação do Advogado também é outra questão preocupante (Quadro 15), que está relacionada à continuidade dos serviços prestados, por isso, defende-se o concurso público voltado especificamente para a área de assistência social, evitando que advogados que não possuem o perfil de atendimento ao público desta política estejam ocupando as vagas apenas pela questão financeira.

Quadro 15 – Qual a forma de contratação do advogado?

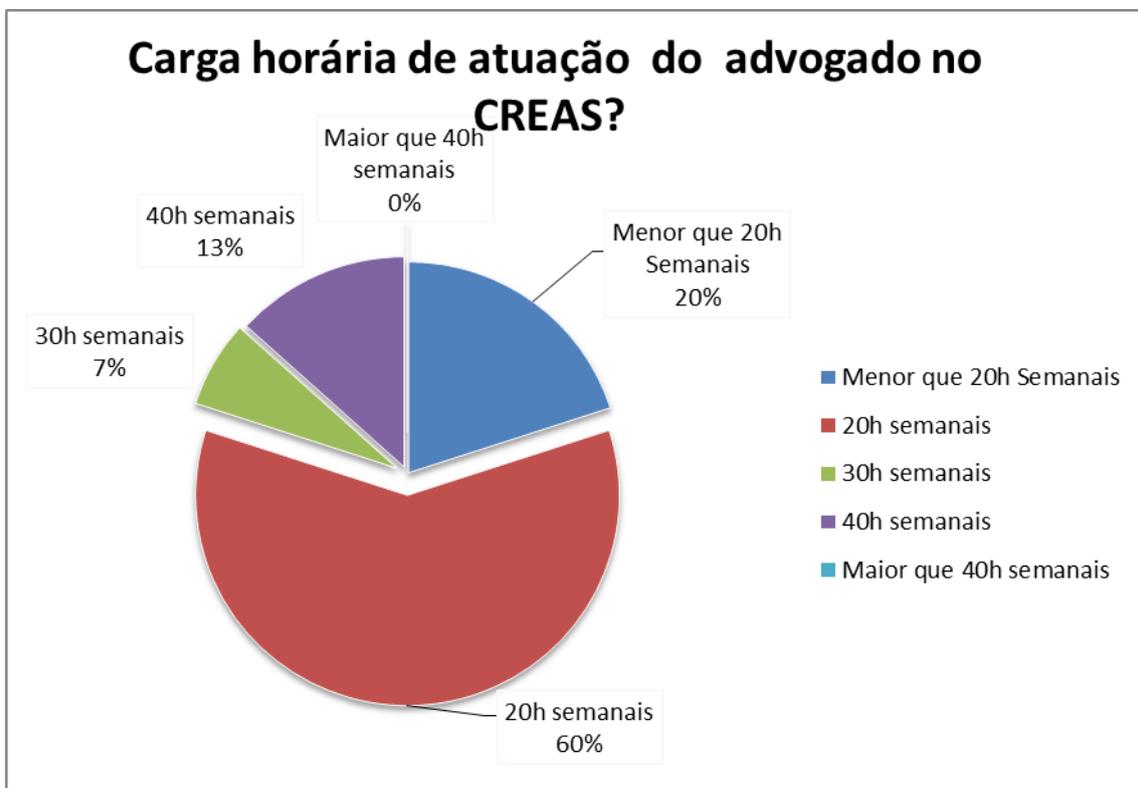


Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

O número de advogados concursados é de 31%, percentual muito baixo se somado os demais tipos de vínculos, que chegam a 69%. Apenas para comparar, na região sul, o total de advogados concursados nos três estados soma 165 profissionais, conforme o quadro 4.

A carga horária do advogado, nos municípios que responderam, conforme quadro 16, perfazem 60% que atuam 20 horas semanais, 20% que atuam menos que 20 horas semanais, 13% atuam 40 horas semanais, 7% atuam 30 horas por semana.

Quadro 16 – Carga horária de atuação do advogado do CREAS?



Fonte: Adaptado de CENSO SUAS, 2014.

Pela demanda dos serviços do CREAS, a carga horária de apenas 20 horas semanais talvez não seja suficiente para atender aos usuários, com as orientações jurídicas, prestar apoio à equipe de referência, realizar relatórios aos órgãos, entre outras atribuições.

## 5 CONSIDERAÇÕES

O arcabouço normativo da Assistência Social vem sendo construído e aprimorado, por isto a importância de estudos deste processo, inclusive na área do Direito, a fim de resguardar os cidadãos na aquisição das garantias socioassistenciais afiançadas pela Constituição Federal e subsequentes determinações legais.

Ademais, o papel do advogado neste contexto é fundamental para salvaguardar que estes direitos afiançados sejam ofertados na perspectiva da proteção social.

Ao analisar os dados coletados e percebendo o referencial teórico desta pesquisa, pode-se perceber a importância da inserção do advogado na Política Pública de Assistência Social, em especial nos Centros de Referência Especializada de Assistência Social - CREAS.

Observou-se que o trabalho do advogado, em parceria com assistentes sociais, psicólogo/as, e demais profissionais do SUAS, proporcionam a interação da assistência social com as demais políticas públicas (saúde, previdência, educação, trabalho, lazer, meio ambiente, segurança, habitação, alimentação e outras), para acesso dos cidadãos aos seus direitos sociais, incluso civis e políticos.

A presente pesquisa tem o objetivo de aproximar o advogado para que compreenda seu papel neste contexto da Assistência Social e do SUAS.

É importante estabelecer, minimamente, um conjunto de atribuições e parâmetros voltados ao desenvolvimento de ações de prevenção, promoção, proteção e de desenvolvimento do restabelecimento do direito ameaçado ou violado dos usuários, além do que, a pesquisa pode ofertar subsídios técnicos-jurídicos às Prefeituras Municipais, quando definirem o perfil do advogado para ocupar as funções na Política Pública de Assistência Social.

Importante ressaltar que foram analisados os dados do CENSO SUAS 2014, além de dados estatísticos e a realidade dos CREAS em SC, colhendo informações junto aos gestores dos 88 CREAS, o que justifica esta pesquisa para que se pudesse analisar e discutir as ações que poderão ser

efetivadas junto às universidades, prefeituras e a sociedade civil para que seja mais um espaço de atuação do advogado e defesa de direitos dos cidadãos.

Os dados trazem algumas informações que são de relevância, tais como a distribuição de CREAS pelo país e pelo estado de Santa Catarina, porte dos municípios em nível nacional e estadual, os profissionais por tipo de vínculo, nível superior e região.

Dois dados analisados na pesquisa realizada no estado chamam a atenção e refletem também a situação em nível nacional: refere-se ao percentual de advogado nas equipes de referência e gestão do SUAS, bem como o seu vínculo e forma de contratação.

Os advogados comparados com os profissionais da psicologia e do serviço social aparecem em menor número e com forma de vínculos e contratação fragilizados, que não garantem a continuidade dos serviços.

Outro ponto que não foi objeto de pesquisa, mas que deve ser debatido e analisado é o fato de que as universidades e faculdades de direito, em seus cursos de graduação e pós-graduação, não preparam os acadêmicos para atuação na Assistência Social.

O objetivo desta pesquisa, portanto, é evidenciar o papel do advogado no Sistema Único de Assistência Social e além disso, encontrar as fragilidades para uma maior inserção deste profissional nesta Política.

Contudo, acredito que esta pesquisa abre precedentes para a reflexão da formação do advogado, podendo assim contribuir em um ensino mais significativo, por meio da política pública de assistência social, oportunizando a reflexão e redefinição de conceitos que abrangem o contexto dos direitos sociais.

Nesta ótica, como membro da Comissão de Assistência Social da Ordem dos advogados do Brasil – Santa Catarina (OAB-SC) (CAS/OAB/SC), e trabalhador da gestão do SUAS no município de Criciúma, participo da discussão, que visa estabelecer o papel do advogado no SUAS; fomentar os concursos públicos para advogado, com fins específicos para política pública de assistência social e por último, a inserção de conteúdos pertinentes nos cursos de graduação e pós-graduação.

Existem ainda muitos desafios de pequeno, médio e longo prazo para serem discutidos com os três entes federados. Esta discussão se dá por

meio das Conferências de Assistência Social nos três níveis, das Conferências surgem demandas muito importantes, como o repasse regular do cofinanciamento federal e estadual aos municípios, o aumento do cofinanciamento, pois na maioria os município arca com a maior parte do recursos.

Ainda, existe uma grande necessidade de adequação das equipes técnicas de todos os serviços, que muitas vezes não estão de acordo com a NOB/RH SUAS, o motivo das não contratações e/ou realização de concursos públicos esbarram na Lei de responsabilidade fiscal, onde as folhas de pagamento dos municípios estão no limite, o que ocasiona a precarização dos serviços e, por consequência, o sofrimento organizacional.

Muitos municípios apresentam a dificuldade de um sistema informatizado específico para assistência social, pois em pleno século XXI ainda existem cadastros, Plano Individuais, dentro outros relatórios e documentos feitos de maneira manuscrita e o motivo é a falta de estrutura física (computadores, internet) que dificultam este avanço.

Pelo motivo dos equipamentos estarem em áreas de vulnerabilidade social (periferias), a exclusão digital também é um grande desafio para as equipes e, conseqüentemente para os usuários dos serviços, que ficam prejudicados pela desqualificação e demora na prestação de serviços.

Outro desafio é a necessidade de apoio técnico aos municípios, por meio de ações da gestão estadual e da gestão federal, com intuito de instrumentalizar ações para a melhoria da gestão municipal de assistência social, como por exemplo: a apoio na implantação dos conselhos municipais, vigilância socioassistencial, mesa de negociações, fórum de trabalhadores, enfim, todos os itens descritos na legislação do SUAS.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BATTINI, O. **SUAS: Sistema Único de Assistência Social em debate**. São Paulo: Veras Editora, 2007

BRANCO, N. N. **O desafio de avaliar políticas públicas: conhecer, julgar, "publicizar" e aprimorar**. Fortaleza - CE: Universidade Federal do Ceará, 2005

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mai. 2015

\_\_\_\_\_. **Lei Orgânica da Assistência Social - (LOAS) - ALTERADA PELA LEI Nº 12.435 DE 6 DE JULHO DE 2011**. Brasília, 1993.

\_\_\_\_\_. **Política Nacional de Assistência Social - PNAS**. Brasília: SNAS, 2004

\_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Plano Decenal - SUAS Plano 10**. Governo Federal: Brasília, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais**. Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009. Brasília. 2009.

\_\_\_\_\_. **Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado de Assistência Social: CREAS**. Brasília: Gráfica e Editora Brasil Ltda, 2011

COUTINHO, D. R. Qual é o papel do direito e do jurista na assistência social?: in **Direito e Assistência Social**. Brasília: Ministério de Desenvolvimento e Combate a Fome - MDS, 2014.

COUTO, B. R. **O Sistema Único de Assistência Social no Brasil: Uma realidade em movimento**. São Paulo: Cortez, 2010

POZZO, A. N. **Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

D'AMBRÓSIO, U. I., & ARAUJO, J. d. **Pesquisa qualitativa em educação matemática** (p.11-23). Belo Horizonte: Autêntica, 2011

FERREIRA, S. d. **NOB-RH Anotada e Comentada**. Brasília: MDS; Secretaria Nacional de Assistência Social, 2011.

GIL, A. C. **Como Elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo - 10ª Edição**. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2014.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa Social**: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2000.

MINAYO, M. C. **PESQUISA SOCIAL**: Teoria método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2004

NOGUEIRA, M. A. **Um Estado para a Sociedade Civil**: Temas éticos e políticos da gestão democrática - 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

PORTO, É. G. **A função social do advogado**. (28 de 08 de 2008). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11634>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível em Mandado de Segurança. n. 2009/072119-4**. Rel. Des. Cid Goulart, j. 19/10/2010. Taió, SC: TJSC, 2010. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>>. Acesso em: 01/07/2015

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 2010.050426-2**. Rel. Des. Jaime Ramon, j. 19/04/2012. Balneário Camburiú/SC: TJSC, 2012. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>>. Acesso em: 01 jul. 2015

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2014.074914-3**. Rel. Des. Francisco Oliveira Neto. j. 10/02/2015. Mondaí, TJSC: 2014. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>>. Acesso em: 01 jul. 2015

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 2013.073060-8**. Rel. Des. Denise Volpato, j. 26/08/2014. Lages: TJSC, 2014. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>>. Acesso em: 01 jul. 2015

SPOSATI, A. Especificidade e intersectorialidade a política de assistência social. In: **Serviço Social & Sociedade** nº 77. São Paulo: Cortez, 2004