

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 449

(ano VII)

(28/09/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



28/09/2015 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [Bem-vindo ao século XXI. Liberdade ou libertinagem?](#)

ARTIGOS

28/09/2015 Douglas José Jesus de Carvalho

» [A usucapião como instrumento de garantia jurídica](#)

28/09/2015 Cléverton José Silveira Oliveira

» [Responsabilidade civil e ética profissional do advogado](#)

28/09/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [A pensão alimentícia atrasada, poderá ser adimplida via requerimento de penhora do saldo depositado na conta vinculada de FGTS do trabalhador/devedor contumaz](#)

28/09/2015 Steel Rodrigues Vasconcellos

» [O conceito confiscatório tributário e sua aplicação](#)

28/09/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Apontamentos ao Inventário Participativo: Breves Comentários à Proeminência da Participação da Comunidade na proteção do patrimônio cultural](#)

28/09/2015 Roberto Monteiro Pinho

» [O novo CPC hostiliza o processo do trabalho?](#)

MONOGRAFIA

28/09/2015 Camilla Holanda Mendes da Rocha

» [O Direito à Desconexão e sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Trabalhista Brasileiro como Pretensão Possível de ser Reclamada em Juízo](#)

BEM-VINDO AO SÉCULO XXI. LIBERDADE OU LIBERTINAGEM?

SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA: Jornalista, educador, escritor, produtor de vídeo aulas. Articulista: JusBrasil, Jusnavigandi, JurisWay, Academia Brasileira de Direito (ABDIR), E-gov UFRS, Editora JC, Investidura Portal Jurídico.

O Brasil discute sobre a discriminação, ou até a liberação, das drogas ilícitas. Em alguns casos, o usuário poderá, livremente, usar a droga, desde que não na presença de crianças ou adolescentes, principalmente em locais públicos. Ora, dentro de uma residência, como o Estado irá fiscalizar? Impossível, a não ser que algum cidadão venha a telefonar para central policial sobre o ato.

Outro problema que não está muito sendo discutido é quanto ao poder de destruição das drogas ilícitas. Se o SUS já gasta bilhões de reais para tratar os dependentes, imagine com a liberdade total. Dizer que cada qual tem o direito de fazer o que bem quiser com seu corpo, dentro de um Estado democrático, é distorcer a democracia. Há liberdades na democracia, mas não é por isso que o Estado há de permitir que os cidadãos façam o que quiserem. Se o direito à vida é um dos princípios fundamentais em nossa Carta Política de 1988, o simples permitir que o cidadão faça o que bem quiser com sua vida, quando, explicitamente, coloca-a em perigo, não condiz com a democracia.

E é preciso pensar nas gerações futuras. A fumaça da maconha causa doença respiratória, má formação fetal. Ora, a liberdade extensiva a uma mulher grávida pressupõe, então, um fechar de olhos do Estado e da própria sociedade, em permitir que a vida inocente, no útero materno, já seja violentada em seu início de existência.

Também se discute a possibilidade de a mulher abortar, pela livre iniciativa. Ou seja, não quer ter filho por qualquer motivo. Ora, a prática abortiva tem se demonstrado uma verdadeira fábrica

de horrores. Por exemplo, sexo e drogas. Já ouvi muito, mulheres engravidarem depois de uma noitada regada de drogas (lícita ou ilícita) e, depois, o aborto por não querer o filho fora de época - precisa terminar a universidade, pagar o carro etc.

Claro que o problema não é só da mulher, porque ela não gera um filho sozinho: precisa do gameta masculino. Assim, o pai tem responsabilidade também. O número de adolescente engravidando em nosso país é assustador. E qual a explicação? Muitas! A erotização em nossa sociedade começa pelas músicas, nos shows de celebridades, nas telenovelas etc.

No documentário **Hot Girls Wanted**, mulheres recém-saídas da adolescência, entre 18 e 19 anos, se mostram pelas webcams. A indústria do pornô norte-americano lucra bilhões de dólares com a nova safra de estrelas joviais. O filme foi encomendado pelo The Kinsey Institute. Selfies em sites como Instagram e Facebook servem para chamar a atenção dos produtores de vídeos pornôs. Sendo Twitter a verdadeira chave ao sucesso, porque não censura a maior parte de conteúdo pornográfico.

O documentário mostra o poder de persuasão das celebridades norte-americanas. Os clips com letras e gestos sensuais fascinam as adolescentes, o que leva à conclusão de que são responsáveis pela liberdade sexual, sem preconceitos, sem pudores, sem limites. Outra persuasão é a ideia de ostentação. Muitos clips norte-americanos passam a concepção de vida consumista e, conseqüentemente, de glória. Para as recém-mulheres, a vida de possibilidades com muito dinheiro não tem limite, ou seja, vale tudo para conseguir dinheiro, mesmo que seja se prostituindo.

"Em um ano, passei de fracassado lavador de pratos no Outback para morador em Miami Beach em uma casa de cinco quartos e um carro próprio".

Nos EUA, três principais sites pornôs com as meninas moças são avaliados em U\$ 50 milhões (cinquenta milhões de

dólares). No documentário, o rapaz que coloca as moças em evidência no mundo pornô conta que a sociedade está começando a aceitar as meninas moças.

"O que quero fazer é romper as barreiras que separam os profissionais do sexo com a sociedade comum", diz uma novata celebridade pornô de 19 anos.

No documentário há cenas de descontração entre as garotas. Maconha e bebidas alcoólicas são companheiras inseparáveis das celebridades. Também se vê que muitas das atrizes não querem seguir a vida dos pais: trabalhar para fazer universidade, casar e ter filhos. Para as celebridades, o momento é o que importa, o momento do sucesso, da glória, das diversões. Fama e poder; poder de ter, prematuramente, o mundo nas próprias mãos. Em média, as novatas atrizes pornôs ganham, por cena, U\$ 800 (oitocentos dólares).

Pesquisando na web, não foi difícil constatar a realidade apresentada pelo documentário. Colombianas, brasileiras, inglesas, tailandesas, peruanas, norte-americanas. Algumas garotas aparentam ter menos de 18 anos de idade, o que gera muito mais visitante.

O que estremece é o fato de que cada vez mais as Justiças de muitos países estão considerando a "maturidade" sexual dos jovens como fator excluyente de atos considerados pedófilos. Por exemplo, Juiz reduz pena de estupro de menino alegando que vítima se oferecia. No caso, o menino tinha seis anos de idade. A redução da pena se deu por que o menino já se prostituía antes do acontecimento.

Há um provérbio jurídico:

"A lei de hoje tornar-se-á o costume de amanhã!"

Ou seja, o que o Estado estabelece como legítimo, tempos depois, a opinião pública a considerará como lícito. Será que a humanidade não está sendo influenciada pelo poder midiático, isto é, uma revolução cultural induzida midiática?

A revolução sexual começou com a psicanálise, ou seja, os estudos de **Freud**. Não se pode esquecer que a sexualidade humana foi reprimida pela Igreja Católica. Freud observou que a repressão, e não o esclarecimento sobre a potencialidade genésica humana provocava várias neuroses. A mulher sofria, pois sua libido era como um convite ao pecado eterno. Pensar, agir, a simples masturbação, principalmente a feminina, era considerado pecado. E a pseudociência humana já catalogou a masturbação como um mal terrível. [1] E os jovens, o sofrimento lhes angustiavam diante da vontade e o pecado. Freud fora acusado de perverter os jovens e até foi excomungado, anatematizado. O ato masturbatório é natural, somente a fixação intensa é passível de análise para se tirar a fixação exacerbada.

Alfred Charles Kinsey, outro que fora acusado de pervertido, e até pedófilo. Kinsey enfrentou uma cultura [norte-americana] com graves problemas de repressão sexual. Seus estudos demonstraram que as mulheres tinham pensamentos e vontade sexual, que a maioria se sentia desgostosa com a relação matrimonial, pois para seus maridos a mulher apenas dona de casa e mãe.

Mas a revolução sexual trazida pela mídia é salutar ou transformou o sexo em potencial meio de lucro?

Pelo documentário, o sexo humano passou a ser mais que um prazer fisiológico, porém possibilidade de lucro, de se ter holofotes [celebridades]. No Japão, por exemplo, adolescentes de classe média prostituíam-se para comprar roupas da moda [moda norte-americana]. Com a derrubada do Muro de Berlim, e a desagregação da ex-União Soviética, a prostituição cresceu muitíssimo, a escassez de dinheiro.

A prostituição é antigüíssima, se antes era um privilégio de servir aos deuses. A Revolução Industrial empobreceu a humanidade, a prostituição, em muitos casos, serviu como meio de sobrevivência. As mulheres, pelo dogma religioso, quando não satisfaziam as necessidades dos maridos, em alguns casos, eram

expulsas do lar. Sem emancipação feminina, como há contemporaneamente - igualdade entre homens e mulheres -, a prostituição servia como meio de sobrevivência. E isso não está muito distante, século XIX.

Mas o que seria prostituição? Se é vender o corpo por dinheiro, as antigas crenças do "bom casamento" também é uma prostituição legalizada pelas famílias nobres. A menina era treinada para se comportar com classe na sociedade, e deveria conseguir um "bom partido". Sua virgindade, então, era a peso de ouro, ou seja, o valor do dote consagrava ao felizardo o prêmio: deflorar a mulher. Uma forma sutil de prostituição, já que o único pagador, para deflorar, seria único homem. Não obstante, a mulher deflorada deveria honrar e acatar todos os caprichos masculino, sob risco de ser expulsa de casa. Afinal, o bom pagador tinha lá seus "direitos".

A sexualidade humana é complexa, as doutrinas científicas e religiosas tentaram, em épocas de repressões, controlar os impulsos sexuais por métodos [científicos] esdrúxulos e dogmáticos [religiosos]. Contudo, a liberdade sexual tomou um rumo perigoso, o momento. Sem controle dogmático ou científico repressores, os mais sensíveis à liberdade sexual, sem responsabilidade, são os jovens. Em muitos casos, a libido tem servido como válvula de escape - também para os adultos - para as pressões da vida moderna: caos econômico, por corrupções; preocupações exacerbadas ao corpo, a alimentação contaminada por agrotóxico, o salário que não proporciona tranquilidade. Enfim, diante de tantos tormentos, angústias e dúvidas, surgiu um grande negócio, a exploração midiática da libido. Não é difícil presenciar a exploração nas publicidades [carro, cerveja etc.], nos aliciamentos da indústria pornográfica.

Como educar os jovens de hoje, se há uma liberdade sem consequências futuras, principalmente as Doenças Sexualmente Transmissíveis, a gravidez indesejável, a frustração latente por se entregar por drogas? Eis o desafio deste início de século.

Nota:

[1] - Béla Székely. La Evolucion Sexual de La infância. B Aires, 1941

A USUCAPIÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA JURÍDICA

DOUGLAS JOSÉ JESUS DE CARVALHO: Acadêmico em Direito pela Faculdade AGES

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade demonstra de forma eficaz e clara, como o instituto da usucapião tem sido utilizado como instrumento para garantir a propriedade, como também esclarecer a situação das terras brasileiras, seu contexto histórico, frisar sobre os tipos de posse, e quais os requisitos para pleitear uma ação de usucapião, dando ênfase também a função social da propriedade e a reforma agrária e seu papel reparado, sem deixar de frisar a questão da igualdade.

Palavras-chave: Posse; Propriedade; Função Social; Reforma Agrária; Igualdade.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate effectively and clearly, as the adverse possession of the institute has been used as a tool to secure the property, as well as clarify the situation of Brazilian land, its historical context, emphasize on the types of ownership, and which the requisites to claim a share of adverse possession, also emphasizing the social function of property and land reform and its role repaired, while stressing the issue of equality.

Keywords: Possession; property; Social function; Land reform; Equality.

INTRODUÇÃO

Tomando como ponto de partida a história do descobrimento e a formação do Brasil, percebe-se, que desde sua origem vem sendo lesionado, pois por ventura teve uma colônia de exploração onde os recursos eram tirados e enviados para metrópole, que com passar do tempo, como forma de garantir todas essas terras

descobertas, começaram a imigra para o Brasil com intuito de povoar e garantir as posses das terras. Todavia, quando houve a descoberta das terras brasileiras já existiam povos residindo, que eram os índios que pouco a pouco, foram sendo desapropriado de suas próprias terras. Nesse contexto histórico que se concretizou as terras no Brasil, que com o passar do tempo foi crescendo e desenvolvendo, havendo a necessidade de dividir os lotes de terras, sendo distribuída de maneira egoísta privilegiando alta classe da burguesia.

Levando em consideração que as terras brasileiras foram distribuídas de forma totalmente desigual, pois os verdadeiros donos, hoje, nem se quer possui mais o direito de reivindicar por elas, por não possuírem um título que comprovem de fato que aquelas terras os pertencem, é o caso dos índios, que moralmente são os verdadeiros donos das terras brasileiras, pois foram usurpados de forma lenta e intensa no decorrer desses anos todos.

Nesse preâmbulo, destacar que as terras brasileiras é alvo de fortes dúvidas, pois pelo próprio processo de aquisição das terras, houve uma turbação feita pelos portugueses que invadiram as terras que pertenciam aos índios e logo em seguida povoaram deixando apenas uma forte confusão, que é algo que está sempre em pauta nos tribunais do Brasil, sempre quando há um litígio entre índios e latifundiários.

Esse processo todo gerou graves problemas em relação à propriedade de terras, pois o Brasil não foi capaz de equacionar, gerando inúmeros conflitos sociais, concretizando substancialmente pelos movimentos sociais, como os “sem terra”, como boa parte do território do Brasil não há escritura, impossibilita que o posseiro detenha um título que goze de efeito erga omnes (contra todos), nesse sentido nunca terá uma segurança de fato sobre aquele bem, pois não há uma comprovação que aquilo te pertença.

No entanto, o legislador atento a essa questão começa a enxergar esse problema e procura resolver criando norma que legalizem, criando assim o direito de propriedade que é um direito absoluto, sendo o caminho mais viável para chegar até essa segurança jurídica.

Pois como citado na exordial acima, o Brasil é um país com uma imensa extensão territorial, onde boa parte não há um título legítimo, apenas detém a posse que para Flavio Tartuce é “é uma situação de fato, ou situação aparente, que por sua importância, recebe proteção legal; diante disso, ressalta-se que o possuidor é aquele que detém um dos poderes inerentes à propriedade” (TARTUCE, pg. 758, 2011).

NUANCES SOBRE A POSSE

Como bem frisando, a posse passou a ser disciplinada pelo art. 1.196 CC “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade”. Haja vista, haver controvérsias entre doutrinadores que discutem se ela é “um fato ou um direito”, existindo duas correntes doutrinárias de maiores destaque um representado por Rudolf Von Jhering que para ele:

A posse é um direito, e é constituída apenas pelo corpus, sendo certo que para a constituição da posse basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa, ou que tenha a mera possibilidade de exercer esse contato. Esta corrente dispensa a intenção de ser dono, tendo a posse apenas um elemento, o corpus, como elemento material e único fator visível e suscetível de comprovação. O corpus é formado pela atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo este com o intuito de explorá-la economicamente. Para esta teoria, dentro do

conceito de corpus está uma intenção, não o animus de ser proprietário, mas de explorar a coisa com fins econômicos. (TARTUCE, pg. 760, 2011.)

Conhecida como teoria objetiva, à outra corrente é a teoria subjetiva ou subjetivista, que para ele, a posse é um fato e um direito, seu principal idealizador é Friedrich Carl Von Savigny, entendendo a posse como o poder direto, que a pessoa tem de dispor fisicamente de um bem, com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de outras pessoas.

A posse, para essa teoria, possui dois elementos: o corpus – elemento material ou objetivo da posse, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa; o animus domini, elemento subjetivo caracterizado pela intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade. (TARTUCE, pg. 759, 2011.)

Em regra, essas duas correntes há décadas vem gerando dúvidas a respeito de qual se aplicaria com maior afinidade, contudo na obra “Teoria simplificada da Posse”, esclarecer que a teoria objetiva de Ihering teve uma maior aceitação, até por que as pessoas que detêm a posse e não tem ainda a ideia de ser dono, também são possuidoras e gozar dessa prerrogativa.

CLASSIFICAÇÃO DAS POSSES E SUAS PECULIARIDADES

Posse pode ser classificada de várias maneiras, sendo direta, é aquela que é exercida por quem tem a coisa materialmente, podendo ter poder físico imediato; posse indireta, é aquela que é exercida por meio de outra pessoa, havendo exercício de direito; posse justa, é a que não apresenta os vícios da violência, da clandestinidade; posse injusta, quando aquisição da posse utilizou

de meios de violência e clandestinidade; posse violenta, cuja formação é grupo de pessoas que invadem determinado território, através de força física e violenta; posse clandestina, é obtida de maneira arдил, de forma oculta; posse precária, tida com abuso de confiança ou de direito.

Para tanto, verifica-se que todos os tipos de posse explanados, exceto a posse precária são suscetíveis de usucapir, pois como há legislação que abarque dado amparo legal, deve-se apenas analisar os critérios que cada tipo de posse necessita para realizar tal empreitada e conseguir ser dono da propriedade, nesse sentido assegura o código civil em seu art. 1.238 CC que diz: “aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire a propriedade, independente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no cartório de imóveis.”.

Encaixando-se assim, a posse violenta, a posse injusta e a posse clandestina, pois nesse tipo de usucapião não é necessário ter um título, basta está na posse durante esse período de quinze anos, sem nenhuma perturbação, agindo como dono fosse. Já na tangente que envolve a posse justa, direta e indireta que preconiza o art. 1.239 CC: “aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem posição, a área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe – á propriedade.”.

Tendo como principal diferença apenas o lapso temporal entre uma que é de 15 anos e outra de cinco, porém cada uma atendendo seus requisitos para ser impetrada a ação de usucapião. Diante disso a usucapião também conhecida por prescrição aquisitiva, regulada pelo Direito civil, mais especificamente pelos direitos das coisas, trata-se de modo pela qual o tempo e posse são os fatores essências para regular a situação fática da posse de terras

brasileiras, pois como já citado anteriormente boa parte não possui escritura pública devido o modo como procedeu ao processo de povoamento e formação do país. Nesse sentido, que esse instituto ganhou tanto repercussão, pois pelas vias judiciais é caminho mais seguro para concretiza esse direito de propriedade.

A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL.

É cediço, que a nossa constituição Federal resguarda aquisição da propriedade por meio da ação de usucapião, porém que atenda a sua função social, diante disso faremos uma análise como de fato seria tal função, tomando como lastro as palavras de Elisabete Maniglia em que sua obra “A Interfaces do Direito Agrário e dos Direitos Humanos e a Segurança Alimentar”, aborda que a Constituição de 1988, trouxe esperanças e promessas de liberdades e direitos sociais coletivos bem definidos, segundo ela criou uma maior perspectiva da construção de uma sociedade que, ao menos, ansiava por metas solidárias e maior igualdade, afirmando categoricamente que para ter uma sociedade mais justa é preciso eliminar as desigualdades sociais, sendo um dos pontos que contribui para isso é a conceituação da função social da propriedade como garantia coletiva. (Maniglia, pg., 47, 2009)

A partir daí, ilustra que a função social tem um papel reparado, pois da espaço para a socialização igualitária da sociedade, que há tempos vem sendo discriminada, por essa desigualdade social. Nesse contexto constitucionalizado da questão agrária, pode se dizer que uma nova etapa rural se iniciou, porém ainda tem um logo percurso a percorrer, pois o assunto gera polêmica uma vez quer meche com boa parte da classe alta da sociedade, sendo difícil de ser resolvida na prática, mesmo que no bojo da constituição traga legislação avançada quando se trata da função social; pois há um grande jogo de interesse atrás das cortinas.

Partindo de tal premissa, de que a igualdade é o princípio fundamental de uma sociedade justa, conforme enfatizar Maria Luiza Pinheiro Coutinho, a norma jurídica que vai servir de instrumento de igualação, tornando todos iguais em direitos, visto que na realidade, pouco acontece, mas seria uma maneira até mais humana para que desse uma basta esse contexto histórico de desigualdade, pois como ação de usucapião teria através de uma sentença judicial, o direito de propriedade sobre determinado bem.

Sendo mais sucinto, quando refere-se sobre função social, atenta-se sobre um princípio que tem um liame a um projeto de uma sociedade mais justa, isso se adequa pelo fato de introduzir o acesso a propriedade, sobre seu uso de forma coletiva. Contudo a propriedade seja urbana ou rural atende sua função social quando destina-se a satisfazer as necessidades sociais, sem deixa de zelar pelo meio ambiente, o bem-estar social, infraestrutura, tudo de forma sustentável conforme enfatiza Elizabete :

A propriedade seja ela utilizada de maneira normal, cumprindo o fim a que ela se destina, o que não gera contraposição entre os interesses individuais e coletivos. Ao contrario, compatibiliza-os e representa, outrossim, uma harmonização da instituição com fins legítimos da sociedade (MANIGLIA, pg. 58, 2009)

Desta maneira, a função social da propriedade é uma tarefa árdua e que deve ser sincronizada entre todos os poderes do estado em conjunto com a sociedade para ter uma efetiva utilização desse princípio que é constitucional.

REFORMA AGRÁRIA E SEU PAPEL SOCIAL

Nesse aspecto, devemos tomar como nota o papel que a reforma agrária tem de reparar esse mal injusto, haja vista, o

citado na inicial; o processo de distribuição de terra foi feita de maneira egocêntrica, por que desde o descobrimento, a concentração de terra nas mãos de poucos é algo notório. Logo assim, Oswald Optiz em sua obra leciona 'A Primeira medida, portanto, é a distribuição da terra aquele que tenha condições de explorá-la, aumentando a produtividade nacional para o mercado externo e interno, segundo ele, faz com que desperte o homem para realidade presente, segundo o qual não é mais a grande propriedade que lhes dá prestígio, mas o seu aproveitamento integral e técnico para atender os princípios de justiça social e ao aumento da produtividade (Optiz, pg. 192, 2011).

Para tanto, nada mais justo que uma melhor redistribuição, pois muitas terras que encontra nas mãos dessa classe favorecida estão sem uso, abandonadas sem ter cumprido sua efetiva função social; Destarte, que desse modo admite a desapropriação do imóvel rural, pagando uma justa indenização, para fins da reforma agrária, com isso terá um aproveitamento da terra e sua produção contribuirá para economia nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, chego a sublime conclusão que mesmo tendo uma legislação agrária avançada, e políticas públicas voltadas para essa questão, não é suficiente para podemos concretizar de fato a reforma agrária, pois há ainda uma repressão grande sobre esse assunto, pelo fato de alguns atos ilícitos cometidos por pessoas que usufrui desse programa, entretanto não devemos tirar todos os créditos dessa empreitada que tem um objetivo muito humano, em querer redistribuir e diminuir as desigualdades que tanto a sola o povo brasileiro. Desta maneira, devemos juntar forças em conjunto com os três poderes, o executivo, legislativo e judiciário, cada um com a sua competência correspondente desempenhando um papel social sobre essa questão.

No que tange já as posses de uma parte dessas terras, deve-se procura de imediato as vias judiciais para regulariza essa situação adentrando com uma ação de Usucapião, para poder através de uma sentença adquiri o direito de propriedade, sem deixar de cumprir a função social da propriedade.

REFERÊNCIAS

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação na Relação de Trabalho: Uma afronta ao princípio da igualdade**. Rio de Janeiro, AIDE, 2003.

JHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. 2ª. Campinas: Russell, 2009.

MANIGLIA, Elizabete. **As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

PASSOS. Joaquim José Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

OPITZ, SILVIA C. B. **Curso Completo de Direito Agrário**. 5ª. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011.

RESPONSABILIDADE CIVIL E ÉTICA PROFISSIONAL DO ADVOGADO

CLÉVERTON JOSÉ SILVEIRA OLIVEIRA: Graduado em ciências sociais e graduando do curso de direito. Especialista em epistemologia e filosofia das ciências sociais. Especialista em antropologia visual. Cursando Pós-graduação em direito administrativo. Funcionário público.

RESUMO: Este artigo aborda a importância da Responsabilidade Civil como uma das temáticas mais problematizadas e discutidas entre os principais temas nas esferas jurídicas, através dos seus pressupostos, espécies e a responsabilização do advogado enquanto a decorrência de um mandato e suas obrigações diante do dolo ou da culpa, bem como da ética na execução das atividades profissionais realizadas pelo advogado. Através dos teóricos estudados, este trabalho apresenta o surgimento da profissão de advogado e discute através da literatura, a ética como algo indispensável nas relações sociais. Todos os deveres apresentados pelo Código de ética são normas que visam nortear boas práticas advocatícias, com base nisso, o advogado é um operador do Direito, um profissional que deve manter sua imagem e reputação sem máculas, pois representa uma classe que defende o Direito e busca o cumprimento da justiça, através do exercício da Lei.

Palavras Chave: Responsabilidade Civil, Advogado, Ética Profissional, Dolo, Culpa.

ABSTRACT: This article discusses the importance of Liability as one of the most problematized and discussed among the main topics in the legal spheres, through their assumptions, species and the accountability of the lawyer while the thematic result of a mandate and its obligations before the guile or guilt and ethics in the performance of professional activities undertaken by the lawyer. Through theoretical study, this paper presents the emergence of the legal profession and discusses through literature, ethics as essential in social relations. All work presented by the Code of Ethics are standards that aim to guide good practice attorneys, based on this, the lawyer is an operator of Law, a professional who must maintain

their image and reputation unblemished, it represents a class that upholds the law and search the fulfillment of justice, through the exercise of Law.

Keywords: Liability, Lawyer, Professional Ethics, Dolo, Guilt.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que, a Responsabilidade Civil é um dos temas mais abordados e que diariamente está presente em todas as relações existentes entre todos os indivíduos, tendo sob a sua responsabilização preencher requisitos para que seja comprovado a sua configuração, para que desse modo possa haver a restituição do dano causado por outrem.

Na contextualização, ao que concerne a Responsabilidade Civil do Advogado, o mesmo não diferentemente de outro indivíduo, também está apto a causar dano ao direito de outrem, seus clientes, através de algumas práticas abusivas e autoritárias que vem ocorrendo com frequência no âmbito jurídico.

Quanto à indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, deve-se sempre partir do princípio da ética, boa-fé e da moral. Pois, todos esperam deste profissional que haja com uma conduta impecável e coerente no desempenho de todas as suas atividades e funções. Porém, não esqueçamos que o advogado, antes de tudo, é um ser humano, e está passível a cometer falhas e erros.

Também, é de muita importância para a sociedade, a atuação jurídica do advogado, pois através dele, é possível a defesa dos interesses das pessoas e instituições, desta forma é conquistada a promoção da justiça. Este profissional que atua juridicamente é de fato um operador do Direito, através de sua capacitação e conhecimento das leis pode colaborar para resolver causas de pessoas físicas ou jurídicas.

Diante das constantes mudanças através dos séculos, assim como as pessoas e as sociedades, as profissões também sofreram impactos e

mudanças para o atendimento das novas demandas do mundo atual. O surgimento da profissão de advocacia dá-se nos primórdios do início da civilização, e é uma das antigas profissões.

No mundo atual, globalizado, onde mudanças acontecem em todo o tempo, mais e mais é exigido das pessoas, e isso impacta no comportamento de cada um, onde a competitividade e problemas sociais são cada vez mais intensos, e com isso conflitos interpessoais estão mais presentes.

Diante da busca acirrada para melhores condições de vida, muitas vezes princípios e valores éticos são ignorados, isso resulta em desvios de comportamentos, os quais impactam em conflitos sociais.

O advogado através de suas habilidades e competências atua para defender ou acusar pessoas ou organizações, no entanto, diante dos teóricos estudados, a atuação profissional deve ter um comportamento ético e responsável, o qual dignifique a profissão e garanta a efetivação do Direito, sem que os princípios e valores de cada parte sejam desprezados.

É dever de todo advogado agir com ética, como se é apresentado pelo Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, que rege a conduta profissional dos profissionais de advocacia.

O advogado é um operador do Direito, um profissional que deve manter sua imagem e reputação sem máculas, pois representa uma classe que defende o Direito e busca o cumprimento da justiça, através do exercício da Lei.

O presente artigo tem como objetivo abordar a importância da Responsabilidade Civil do Advogado e a Ética na execução das atividades profissionais, estudar o surgimento da profissão do advogado e apresentar através da literatura, a ética como algo indispensável nas relações sociais. Assim, surgindo o questionamento de qual é a verdadeira importância da

Responsabilidade Civil e a Ética Profissional do Advogado no exercício das suas funções?

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos tempos atuais é inevitável não mencionar ou se reportar a importância da Responsabilidade Civil, denominando como seu principal objetivo a restauração de um conceito e equilíbrio ético, moral e até mesmo patrimonial desfeito por um ato ilícito, com fundamentação através de um sentimento de justiça.

Assim, através da objetividade de todo indivíduo inserido em sociedade, tem na sua diligência a observância no cumprimento de normas e regras jurídicas que conseqüentemente estarão relativamente embutidas no cumprimento de suas ações, condutas e comportamentos.

De acordo, com a teorização da Responsabilidade Civil, o mapeamento e seu reconhecimento se darão a partir do momento no qual serão estabelecidas relações pelas quais o indivíduo pode ser considerado como responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em quais circunstâncias deverá ser obrigada a repará-lo.

A atuação da Responsabilidade Civil surge através do não cumprimento de uma obrigação, quando a mesma pode surgir da vontade de indivíduos que serão firmados e estabelecidos em contratos ou até mesmo da própria lei. Desse modo, se houver descumprimento da obrigação, automaticamente se gera um dano, e assim a Responsabilidade Civil tem na sua competência o dever de indenizar aquele dano.

Para Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoas por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2003, p.36)

Na contextualização dos pressupostos da Responsabilidade Civil, por mais que existam divergências entre alguns doutrinadores, quatro elementos serão de suma importância na caracterização e legitimação: Ação ou Omissão, que corresponde ao comportamento de um indivíduo; a culpa para que haja a obrigação de indenizar; o nexo de causalidade, pois deverá ter inteiração entre o ato ilícito e o dano produzido, e que, por acaso não exista não é admitida a obrigação de indenizar; e por fim o dano, que será um dos elementos que dará caracterização a Responsabilidade Civil. Os danos poderão ser materiais, quando acometem aos bens do patrimônio do indivíduo, e o dano moral que tem sua caracterização por causar prejuízo a moral, ao psíquico e ao intelectual da vítima, com pressupostos voltados aos direitos da personalidade.

Tais regras estão inseridas como requisitos de suma importância para a existência da Responsabilidade Civil de acordo com os arts. 186 e 927 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187 do Código Civil), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo Único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (VADE MECUM, 2014)

Como já se foi referenciado acima, a caracterização da Responsabilidade Civil se aplica quando houver o nexo de causalidade. Dessa forma, há a exclusão da aplicação da Responsabilidade Civil em todas as circunstâncias que a culpa for caracterizada de exclusividade da

vítima, pelo fato de terceiro, por caso fortuito ou de força maior, denominadas assim como as excludentes do nexo de causalidade.

Também, de acordo com os doutrinadores a Responsabilidade Civil apresenta-se através de várias espécies através de classificações diversas com perspectivas sob as quais se fará sua própria análise.

Quanto à responsabilidade contratual ela tem sua fundamentação na inexecução obrigacional e que ocorrerá por infração a uma obrigação que não foi assumida, tendo o seu dever jurídico violado conforme o art. 389 e seguintes do Código Civil.

Já, na responsabilidade extracontratual o indivíduo tem que violar um dever legal ou a prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, através da violação de um dever fundamentado em princípios gerais de direito. Para Diniz:

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre da violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um direito ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre o lesado e o lesante. Resulta, portanto, da observância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou personalidade, ou melhor, de violação negativa de não prejudicar ninguém. (DINIZ, 2003, p. 459)

Já, a responsabilidade subjetiva tem sua fundamentação na teoria da culpa, e somente se caracteriza se o causador pelo dano tenha realizado o dolo e a culpa quando ocorrer um ato ilícito. Com isso, a prova da culpa do indivíduo passa a ter seus pressupostos necessários ao dano que será indenizável.

Relacionado à responsabilidade objetiva a sua caracterização é apresentada pelo contrário da subjetiva, pois exime a teoria da culpa e fundamenta-se na teoria do risco, e que terá como obrigação a reparação do

dano que através de sua atividade possa criar tipos de riscos que possam vir a ocasionar dano a outrem independente da culpa.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Partindo do princípio já abordado, sobre a Responsabilidade Civil, denota-se como um dos temas que na atualidade repercute no meio jurídico através de diversas discursões e reflexões, e que, a partir de agora trataremos sobre essa responsabilização na profissão do advogado. Pois, como já descrevemos acima, todo aquele que causar dano a outrem estará obrigado a repará-lo, e essa premissa é estabelecida para qualquer indivíduo, como também no uso ou atribuições da sua profissão.

Como é da ciência de todos, o advogado é um bacharel em Direito, habilitado pela OAB para exercer atividades advocatícias nos diversos ramos que a profissão possa lhe proporcionar, a exemplo da prestação em serviços em consultoria, assessoria, postulação ao Judiciário conforme estão previstas no art. 1º da OAB:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a Órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.

§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

§ 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade. (VADE MECUM, 2014)

Antes de adentrarmos propriamente no tema específico, vejamos o que dizem alguns artigos do Código de Ética e Disciplina da OAB:

Art. 1º - O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

Art. 2º - O Advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único – São deveres do advogado;

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

...

VIII – abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

Art. 3º - O advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos.

Da leitura dos artigos acima, conclui-se que o advogado no exercício de sua profissão deve agir com decoro, dignidade, honestidade,

boa-fé e que deve perseguir a aplicação da justiça para os casos em que representar seu cliente.

No art. 133 da Constituição Federal os dispositivos utilizados em relação ao advogado, é que o mesmo é indispensável à administração da justiça, sendo ele inviolável por seus atos e manifestações no próprio exercício da profissão, não esquecendo que, nos limites da lei. Vindo assim, proporcionar ao profissional, a inviolabilidade por todos os seus atos e manifestações, com a intencionalidade de atribuir condições necessárias no exercício absoluto da profissão.

Não são todas as profissões que tiveram destaque na Constituição Federal, e a Advocacia foi citada junto ao Ministério Público e a Defensoria Pública, dentre as funções mais essenciais que a Justiça promove na relevância do empenho e legitimidade do seu papel social.

Assim, será exigida ao advogado uma conduta íntegra, irrepreensível e principalmente coerente no desempenho da função social que desempenha inserido na sociedade. Pois, lembramos aqui que, o mesmo usufrui de prerrogativas especiais na legislação com a finalidade de oferecer melhor auxílio e defesa para o seu cliente.

Daí, da grande responsabilização que está preconizado ao advogado, quando seu cliente, embasado no art. 5º do Estatuto da OAB, dá poderes para que ele atue em seu nome através do instrumento do mandato: “O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.”

Para Gonçalves o mandato é uma das formas de contrato previstas no Código Civil e que impõe responsabilidade de natureza contratual do advogado diante dos seus clientes. Sendo através do mandato que o cliente autoriza o seu procurador, no caso o advogado, para agir em juízo com todos os poderes necessários em seu favor.

Dessa forma, podemos atribuir a Responsabilidade Civil do Advogado como uma responsabilização subjetiva. Ao mesmo tempo

contratual, pois é decorrente da violação de dever jurídico, como também ao que possa relacionar-se ao contrato de mandato que possa ter sido celebrado entre o advogado e o seu cliente.

Também é da integridade ética do advogado, por não saber a que trâmites futuros e o que ocorrerá no decorrer do processo, pois essa incumbência é única do juiz, e o mesmo deverá ser verdadeiro e realista com o seu cliente, embasado ao seu conhecimento técnico, diretrizes do que possa ocorrer, tendo a objetividade de zelo ao direito do cliente. Agindo assim, nenhum cliente poderá acusar e responsabilizar o advogado pelo insucesso na questão, a não ser que seja provado que o mesmo agiu com dolo e culpa. Somente desse modo, com o cumprimento da sua obrigação, o advogado estará isento da responsabilização no caso de ter agido com competência, zelo e diligência.

4. ÉTICA PROFISSIONAL DO ADVOGADO

De acordo com o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, “o advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia”. Diante do exposto é explícita a responsabilidade do profissional, no que se refere à sua conduta no exercício da função. Todos os deveres apresentados pelo Código de ética são normas que visam nortear boas práticas advocatícias. Uma postura de retidão, dignidade, decência, zelo e lealdade, tratam-se de um comportamento baseado nos valores e princípios pessoais que de certa forma são expressos nas atividades profissionais.

A ética não pode ser imposta, pois depende da adesão consciente de quem quer pautar sua vida dentro dos princípios estabelecidos para um modo de viver. A adesão pessoal cria, em torno do que é chamado de “bem comum”, a colaboração e a fiscalização espontâneas, com a desconfiança e marginalização daqueles que demonstrem condutas atípicas, numa espécie

de censura: “Dize-me com quem tua andas que te direi quem és!. (BARONI, 2001, p.24)

Diante desta abordagem, espera-se do advogado qualidades morais, as quais o dignifiquem como um ser humano, antes de tudo, o qual deve agir com retidão, respeito e zelo ao próximo. Bem mais que uma perspectiva romântica, o regramento ético do advogado visa colaborar para a disciplina ética da atividade profissional de maneira efetiva, para que assim possa contribuir para a defesa da cidadania.

A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”. (PIOVESAN, 2000, p. 54-55)

Ser ético é uma escolha, uma decisão a ser tomada pelo profissional de advocacia, o qual deve ter a consciência de responsabilidade mediante suas atitudes. Tornar a profissão mais nobre ou fazer o contrário disso, é uma questão de escolha que cabe a cada um. Exercer com plenitude a ética é um grande desafio, mas que é necessário para o exercício da cidadania.

É na balança da ética que se devem pesar as diferenças de comportamentos, para medir-lhes a utilidade, a finalidade, o direcionamento, as consequências, os mecanismos, os frutos... Se há que se especular em ética sobre alguma coisa, essa “alguma coisa” é a ação humana. O fino equilíbrio sobre a modulação e a dosagem dos comportamentos no plano da ação humana importa à ética. (BITTAR, 2012, p. 23)

A ética profissional é compreendida também como ciência moral que envolve a conduta na prática profissional, desta forma pode ser

percebida como um elenco de princípios, os quais regem a profissão do advogado.

O Código de Ética profissional é um dos principais instrumentos pelos quais o profissional é regido e assim, para os que se baseiam suas vivências profissionais pautadas dentro do que norteia à ética, são evitadas a desonestidade, deslealdade e desrespeito, atitudes estas que causam danos à sociedade e de maneira negativa impactam a imagem da advocacia.

Ser solidário com a humanidade quer dizer sentir-se parte desse coletivo que habita todo o planeta Terra. Dessa forma, a pessoa que se engaja na ação humanitária, mas do que sua ligação jurídica com a comunidade da qual é nacional, sente-se integrante da comunidade de todos os homens e mulheres da terra. (ALMEIDA, 2009, p.45)

O advogado deve agir com absoluta ética, pois atua diretamente com interesses e intimidade das pessoas, por necessitar ser sigiloso no que se refere aos assuntos e conteúdos que são preciosos os seus clientes. Boa fé, honestidade, lealdade, compromisso são indispensáveis:

O advogado conhece segredos que as pessoas só revelam a outras de estrita confiança, seguras de que o sigilo será preservado. São questões pessoais, de família, de empresa, de Estado, mas todas de interesse restrito, só reveladas aos eleitos. Por razões da moral profissional, deve o advogado impor a si mesmo conduta que lhe mantenha o espírito tranquilo, porque será para sempre responsável pela confiança que nele foi depositada em um só instante de confiança. (BARONI, 2001, p. 186)

A titulação do advogado no Brasil, em todo o território nacional só é possível para os profissionais inscritos na OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. Assim como toda e qualquer profissão, o compromisso, a veracidade e empenho devem estar presentes no empenho do exercício da

atividade, o advogado não deve agir com pouca qualidade enquanto exercem suas funções, isso pela tentativa de não querer desagradar ao magistrado ou receio de ir de encontro a qualquer outra autoridade ou desagradar ao senso comum. O dever do profissional é de ser ético acima de qualquer circunstância.

5. A FORMAÇÃO JURÍDICA

Diante da perspectiva da obra Formação Jurídica de NALINE (1999), o autor aborda a todo estudante de Direito as mais diversas carreiras que curso possibilita, uma visão específica e detalhada de cada possibilidade. A atuação jurídica, seja qual tipo for, tem o dever ser responsável socialmente, principalmente no que se refere à atuação das práticas jurídicas com ética profissional para que beneficie a sociedade de maneira geral.

A formação jurídica, ainda de acordo com o autor citado, surgiu nos primeiros tempos da história da civilização. Em decorrência da vida social sempre haver conflitos interpessoais ou em grupos, isso foi à necessidade que fez acender a atuação jurídica.

O papel das profissões jurídicas e das instituições de direito vem sendo atravessado pela própria natureza coletiva e classista dos complexos conflitos emergentes nos últimos tempos (FARIA, 1999, p.13)

Diante dos dados históricos, a atividade profissional da advocacia nem sempre foi bem compreendida, principalmente por parte dos que exerciam o poder absoluto.

O exercício da profissão nunca foi bem compreendido. A história da advocacia nos mostra que ela sempre recebeu oposição daqueles que exerciam o poder de forma absoluta, quer o poder público, que o exercício em esferas menores, de natureza privada. (FARIA, 1999, p.25)

Já em reação a atualidade, a advocacia tem perda influência por parte dos bacharéis.

Em primeiro lugar, há de se realçar a perda de influência dos bacharéis juntos aos setores do poder. Após 1964, forma eles substituídos pelos tecnocratas, representados por economistas, administradores de empresas, profissionais ligados à informática, cederam lugar à “eficiência” em detrimento do humanismo. (OLIVEIRA, 1999, p.28)

Diante das grandes mudanças que mundo enfrenta durante os séculos, conseqüentemente as culturas, as pessoas e as profissões também mudam, são reflexos das transformações.

Desta maneira, as profissões jurídicas foram transformadas, de maneira particular na sua natureza coletiva, e isso foi motivado por todos os conflitos que ocorrem durante todo esse processo de mudanças.

6. CONCLUSÃO

Concerne ao artigo em foco, o tratamento da Responsabilidade Civil voltada ao profissional, o advogado. Visto que, essa responsabilização nada mais é que uma obrigação de reparação que um indivíduo tem com relação a outrem, seja por dano causado no âmbito moral, físico e patrimonial.

Ressalta-se também que, no nosso ordenamento jurídico, a Responsabilidade Civil é subjetiva, evidenciada no art. 186 do Código Civil, caracterizada pelos quatro requisitos: ação ou omissão; culpa; dano e o nexo de causalidade, que vem a ser a conduta do agente e o prejuízo adquirido pela vítima.

A responsabilidade ela é contratual, haja vista que o mandato é outorgado pelo cliente, e o mesmo está incluído em todas as relações contratuais, conforme é caracterizado pelo nosso Código Civil.

Desse modo, em um mundo globalizado, onde intensas mudanças acontecem a todo momento, da mesma forma como as pessoas e as sociedades, as profissões em um olhar aguçado da Responsabilidade Civil, também sofreram impactos das correntes mudanças. Num tempo de concorrência acirrada, nem sempre princípios e valores são considerados. No âmbito do comportamento humano, a deslealdade, o desrespeito e imprudência nas relações interpessoais estão cada vez mais presentes. De acordo com os teóricos estudados neste trabalho, observa-se a importância da conduta ética para atividade profissional, e em especial ao advogado, que é de fato, operador do Direito.

Diante disso, o papel do advogado é de suma importância para a sociedade, a atuação jurídica deste profissional possibilita a defesa dos interesses das pessoas e instituições, e assim é conquistada a promoção da justiça. Conforme abordado neste trabalho, a profissão do advogado é um dos mais antigos ofícios. Tornar nobre ou não o exercício da profissão depende do profissional, da sua conduta, do seu comportamento.

O advogado através de suas habilidades e competências atua para defender ou acusar pessoas físicas ou jurídicas, no entanto, diante dos teóricos estudados, a atuação profissional deve ter um comportamento ético e responsável, o qual dignifique a profissão e garanta a efetivação do Direito, sem que os princípios e valores de cada parte sejam desprezados.

As regras disciplinares, ao contrário das considerações éticas, são obrigatórias em caráter. As regras disciplinares indica o nível mínimo de conduta abaixo do qual nenhum advogado pode cair sem estar sujeita a ação disciplinar. As regras disciplinares devem ser aplicadas uniformemente a todos os advogados, independentemente da natureza das suas atividades profissionais. O Código não faz nenhuma tentativa para prescrever uns procedimentos ou sanções disciplinares por violação de uma regra disciplinar, nem se comprometem a definir normas de responsabilidade civil de advogados para a conduta profissional. A severidade da sentença contra um advogado considerado culpado de violar uma regra de Disciplina deve ser determinada pelo caráter da infração e as circunstâncias

concomitantes. Uma seccional, na aplicação das regras disciplinares, pode encontrar orientação interpretativa nos princípios básicos consagrados nos códigos e nos objetivos refletidos nas considerações éticas.

Nenhuma codificação de princípios expressamente pode cobrir todas as situações que possam surgir. Assim, uma conduta que não parece violar os termos expressos de qualquer norma disciplinar, no entanto, pode ser encontrado por uma seccional ao ser objeto de disciplina, com base em um princípio geral ilustrada por uma regra disciplinar ou com base em comum uma aceitas princípio legislação aplicável aos advogados.

Contudo, diante de toda problematização e estudo, concluimos, ao que concerne a Responsabilidade Civil e a Ética Profissional do Advogado, o mesmo, deverá ser um ótimo profissional em todos os seus aspectos, partindo do seu zelo e cuidado na prática da sua profissão, com atualizações constantes principalmente em relação as Jurisprudências, agindo e cumprindo as normas éticas que estão previstas no Código de Ética e Disciplina da OAB, não somente para que não haja sua responsabilização decorrente do erro, mas para que não possa prejudicar outro indivíduo, principalmente que lhe autenticou sua total confiança.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Assis. Ética e Direito: Uma Perspectiva Integrada. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

BARONI Robinson. Cartilha da Ética Profissional do Advogado. 4ª ed. rev. e atual. - São Paulo: LTR, 2001.

BITTAR Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional. 9ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 17ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2003.

Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. 24ª ed. - 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 11^a ed. - São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4^a ed. - São Paulo: Max Limonad, 2000.

VADE MECUM. OAB e Concursos. 4^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

A PENSÃO ALIMENTÍCIA ATRASADA, PODERÁ SER ADIMPLIDA VIA REQUERIMENTO DE PENHORA DO SALDO DEPOSITADO NA CONTA VINCULADA DE FGTS DO TRABALHADOR/DEVEDOR CONTUMAZ

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:
Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO.
Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

O dever de alimentar encontra-se consagrado constitucionalmente no artigo 229 da Carta Magna, in verbis:

"Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

Referido preceptivo orienta a legislação infraconstitucional pertinente, a exemplo dos artigos 1.694 e 1.696 do Código Civil, respectivamente, todos consagrando e revestindo de imperatividade o dever de alimentar:

"De acordo com o prescrito neste Capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir".

"O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos, uns em falta dos outros".

Quando se fala em alimentos, determina-se o direito de exigí-los e a obrigação de prestá-los, demonstrando,

assim, o caráter assistencial do instituto. Na sua finalidade, os alimentos visam a assegurar tudo àquilo que é necessário para propiciar a subsistência de quem não tem meios de obtê-los ou se encontra impossibilitado de produzi-los.

O dever de sustento é vinculado ao pátrio poder e só cessa com a maioridade, ainda que, pela sua idade, o filho já estivesse apto para o trabalho, portanto é dever incontroverso dos pais prestarem aos filhos menores tudo o que é necessário para torná-los um ser em condições de viver e de se desenvolverem.

A obrigação de sustento não se altera diante da precariedade da condição econômica de um dos genitores. A impossibilidade material não pode constituir motivo de isenção do dever do pai ou da mãe, de contribuir para a manutenção de seu filho.

O pai ou a mãe, ao negligenciar na subsistência de seus filhos não lhes patrocinando quaisquer assistências materiais, incorrem em abandono material, crime constante do artigo 244 do Código Penal, eis que não se pode suportar a inércia de nenhum dos alimentantes por tão longo período, sob pena de se configurar o crime de abandono material, como dispõe o artigo 244 do Código Penal.

DESENVOLVIMENTO

De tal sorte, com base no dispositivo penal acima mencionado, faz-se mister o pleito, via judicial, da interrupção da

inércia daquele que esteja imotivada e injustificadamente se abstendo de cumprir sua obrigação judicialmente fixada em decisão, a fim de que o magistrado determine a penhora dos aplicativos financeiros do devedor contumaz inadimplente da pensão alimentícia e, não sendo encontrados valores a serem penhorados, sobre os valores existentes na conta vinculada de FGTS do inadimplente, segundo entendimento do C. STJ.

É de se ressaltar, ainda, que :

"Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais", conforme preceitua o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.609/90).

Dessa forma, o dever de sustento está perfeitamente caracterizado e disciplinado em nosso ordenamento jurídico pátrio, encontrando respaldo na exegese da Lei nº. 5478/68, em seu artigo 2º, para o embasamento do pleito a ser direcionado ao juízo do feito, senão vejamos:

"O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-à ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho,

profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe."

Em atendimento ao comando do art. 1694 do CC, temos que os alimentos deverão ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, dois requisitos legalmente indicados no aludido artigo.

O STJ, em processo da relatoria do íncrito ministro Massami Uyeda decidiu que o saldo depositado na conta vinculada do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço do trabalhador inadimplente com a pensão alimentícia judicialmente fixada, poderá ser contristado/penhorado para a adimplir as parcelas que estejam em mora, caso este esteja inadimplente.

Dessa maneira, o entendimento exarado pela corte judiciária do STJ foi no sentido de reconhecer a possibilidade de penhora do saldo na conta vinculada do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS do trabalhador, caso o mesmo esteja em mora contumaz com as pensões alimentícias inadimplidas, sob a justificativa de que as hipóteses elencadas no artigo 20 da Lei nº 8.036/1990 são meramente exemplificativas e não taxativas, restando-se inesgotadas outras autorizadoras do levantamento do saldo FGTS, associado à natureza desse crédito alimentar, senão vejamos:

“FGTS. Levantamento dos saldos. Pagamento de resgate do mútuo. Possibilidade. 1. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é

taxativa, sendo possível, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal. Precedentes da 1ª Turma. 2. Encontrando-se o mutuário em dificuldades financeiras, inadimplente perante o SFH, caracteriza-se a "necessidade grave e premente", prevista no disposto no art. 8º, II, "c", da Lei n.º 5.107/66 e na Lei. n.º 8.036/90, interpretada extensivamente, de forma autorizá-lo a levantar o fundo de garantia para saldar as prestações em atraso. 3. Ao aplicar a lei, o julgador subsunção do fato à norma, deve estar atento aos princípios maiores que regem o ordenamento e aos fins sociais a que a lei se dirige (art. 5.º, da Lei de Introdução ao Código Civil). 4. Recurso especial improvido. (Acórdão RESP 322302 / PR ; RECURSO ESPECIAL, 2001/0051541-0, Fonte DJ DATA:07/10/2002 PG:00184, SJADCOAS VOL.:00121 PG:00071 , Relator Min. LUIZ FUX (1122), Data da Decisão 17/09/2002, Órgão Julgador , T1 - PRIMEIRA TURMA)”

Assim, a orientação jurisprudencial do STJ é no sentido de que:

“(...) na vertente de se admitir o bloqueio da conta relativa ao FGTS para a garantia do pagamento da obrigação alimentar, segundo as

peculiaridades do caso concreto.” (STJ – AgRg-
AI 1.034.295 – (2008/0073612-1) – 3ª T – Rel.
Min. Vasco Della Giustina – DJe 09.10.2009 – p.
1635).

Nessa mesma linha de raciocínio é o entendimento
do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que entendeu:

“em se tratando de execução de alimentos, por
envolver verba alimentícia, é cabível a penhora
de conta vinculada a FGTS em casos
excepcionais, devendo-se para tanto examinar
as peculiaridades do caso concreto”. (TJMG – AI
1.0388.05.008033-1/002 – 7ª C.Cív. – Rel.
Peixoto Henriques – DJe 16.12.2011).

Ressaltemos outros julgados de demasiada
importância para o entendimento do tema em epígrafe, que cumpre
que os tragamos á baila:

**"VERBA ALIMENTAR ORIUNDA DE SALÁRIO
E CRÉDITO DE FGTS DECORRENTE DE
RESCISÃO CONTRATUAL.** A jurisprudência
deste Superior Tribunal de Justiça somente tem
admitido a penhora de verbas de natureza
alimentar, bem como de valores decorrentes de
FGTS, depositadas em conta-corrente, nas
hipóteses de execução de alimentos. Nas
demais execuções, as referidas verbas estão
resguardadas pela impenhorabilidade prevista
no art. 649, inciso IV, do Código de Processo

Civil. (STJ - REsp. 805454-SP - Rel.^a Min.^a Laurita Vaz - Publ. em 8-2-2010)".

"EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - PENHORA SOBRE CONTA DO FGTS - POSSIBILIDADE. Este Tribunal Superior entende ser possível a penhora de conta vinculada do FGTS (e do PIS) no caso de execução de alimentos. É que, em casos tais, há mitigação do rol taxativo previsto no art. 20 da Lei 8.036/90, dada a incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. A orientação jurisprudencial das Turmas de Direito Privado desta Corte é na vertente de se admitir o bloqueio da conta relativa ao FGTS para a garantia do pagamento da obrigação alimentar, segundo as peculiaridades do caso concreto. (STJ - AgRg no Ag 1034295-SP - Rel. Convocado Des. Vasco Della Giustina - Publ. em 9-10-2009)".

"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL - FGTS E PIS: PENHORA - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.(...) A impenhorabilidade das contas vinculadas do FGTS e do PIS frente à execução de alimentos deve ser mitigada pela colisão de princípios, resolvendo-se o conflito para prestigiar os alimentos, bem de status constitucional, que autoriza, inclusive, a prisão civil do devedor. O

princípio da proporcionalidade autoriza recaia a penhora sobre os créditos do FGTS e PIS. (...) (STJ - RMS 26540-SP - Rel^a. Min. Eliana Calmon - Publ. em 5-9-2008)".

"LEVANTAMENTO DE FGTS PARA PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - POSSIBILIDADE. O cumprimento de obrigação alimentícia é direito constitucionalmente tutelado (art. 5º, inciso LXVII , da CF), não podendo a legislação infraconstitucional obstar a correta subsistência do alimentando, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. O artigo 20, da Lei 8.036/90 não pode restringir o pagamento de pensão alimentícia em favor de pessoa necessitada, devendo o citado dispositivo legal ser interpretado de forma a garantir a máxima efetividade dos direitos dispostos na Constituição Federal. Inexiste direito líquido e certo de a Caixa Econômica Federal se negar a efetivar a liberação de verbas depositadas em conta vinculada do FGTS, existente em nome do alimentante, indispensável para cumprir a obrigação alimentícia objeto da execução, sob pena de prisão civil do depositante/executado. (TJ-MG - MS 4929213-09.2009.8.13.0000 - Rel. Des. Edilson Fernandes - Publ. em 12-3- 2010)".

Cumpramos trazer á baila o que disciplina o artigo 20 da Lei 8.036/90, que disciplina:

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior, comprovada com pagamento dos valores de que trata o art. 18;

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior, comprovada com o depósito dos valores de que trata o artigo 18. ([Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997](#))

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.197-43, de 2001](#))

II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado;

II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou

agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001\)](#)

III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;

V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:

a) o mutuário conte com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes;

b) o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo, durante o prazo de 12 (doze) meses;

c) o valor do abatimento atinja, no máximo, 80 (oitenta) por cento do montante da prestação;

VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;

VII - pagamento total ou parcial do preço da aquisição de moradia própria, observadas as seguintes condições:

VII – pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições: [\(Redação dada pela Lei nº 11.977, de 2009\)](#)

a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes;

b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH;

VIII - quando permanecer 3 (três) anos ininterruptos, a partir da vigência desta lei, sem crédito de depósitos;

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de

1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta. [\(Redação dada pela Lei nº 8.678, de 1993\)](#)

IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela [Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974](#);

X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna. [\(Incluído pela Lei nº 8.922, de 1994\)](#)

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela [Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976](#), permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção. [\(Incluído pela Lei nº 9.491, de 1997\)](#) [\(Vide Decreto nº 2.430, 1997\)](#)

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001\)](#)

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do

regulamento; ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001](#))

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001](#))

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições: ([Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004](#)).

Estas são as hipóteses acima elencadas na lei que possibilitam o saque ou levantamento do saldo depositado na conta vinculada do FGTS, não sendo taxativas, ou seja, podendo ser estendidas segundo o entendimento do STJ ao possibilitar a penhora para adimplemento de prestações alimentícias que estejam atrasadas, podendo haver outras possibilidade reconhecidas pelo próprio STJ, que autorizariam o levantamento do saldo do FGTS, desde que comprovados por este, a sua necessidade grave e premente de utilização do mesmo.

O cumprimento da obrigação alimentícia trata-se de um direito constitucionalmente tutelado segundo a ótica do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de forma que a legislação infraconstitucional não pode obstar a correta subsistência do alimentando, sob pena de ofender diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a prestação de alimentos envolve a própria subsistência dos dependentes do

trabalhador, devendo ser atendida ainda que para tanto, seja necessário a penhora do FGTS do devedor inadimplente.

O objetivo do FGTS encontra-se pautado na proteção dos trabalhadores nos casos em que haja dispensa sem justa causa ou aposentadoria, abrangendo este caráter protecionista também aos seus dependentes, caso revelem-se credores do débito alimentar, sendo impossível que a Lei tivesse previsto todas as necessidades e urgências enfrentadas pelo trabalhador de maneira a esgotar todas as possibilidades existentes.

Na contramão do entendimento do STJ e do TJMG encontra-se a posição do presidente da ONG FGTS Fácil, que acredita que essa possibilidade reconhecida pelas turmas julgadoras pátrias estará por abrir as portas para fraudes no saque do FGTS, vez que pessoas de má-fé, poderão se aproveitar dessa brecha jurídica para fazer uso dos recursos indevidamente.

Caso o titular da conta em que o saldo de FGTS esteja depositado seja contumaz inadimplente no pagamento das pensões alimentícias judicialmente fixadas ou homologadas, o alimentando poderá requerer judicialmente a penhora desse saldo depositado na conta vinculada de FGTS, desde que tal medida seja requerida perante a justiça comum, no local em que esteja tramitando a execução de alimentos apoiando-se na superioridade dos valores envolvidos, onde de um lado temos uma verba de caráter alimentar indispensável à própria subsistência do ser humano e diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa

humana, uma vez que tais alimentos destinam-se à satisfação de necessidades prementes envolvendo a alimentação, habitação, educação, medicamentos, dentre outras básicas necessárias à manutenção da vida com dignidade, revelando-se imprescindíveis àquele que não as pode prover por si mesmo.

Ressalta-se que o alimentando não poderá ficar à míngua, caso não obtenha êxito na busca por bens passíveis de penhora do alimentante contumaz e devedor dos alimentos requeridos, podendo pleitear judicialmente a constrição dos valores depositados na conta do FTGS do trabalhador inadimplente ainda que essa hipótese não esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico legal, uma vez tratem-se de hipóteses meramente exemplificativas, e não taxativas, admitindo-se outras possibilidades desde que demonstrado a necessidade premente que cada caso requer, conforme reconhecimento do próprio STJ, ultrapassando assim os argumentos daqueles que afirmavam ausência de previsão legal para sua ocorrência.

CONCLUSÃO

A possibilidade de penhora do FGTS a fim de adimplir as parcelas das pensões alimentícias atrasadas veio somar-se às seguintes medidas: desconto direto em folha de pagamento; reserva de aluguéis; garantia real ou fidejussória e de usufruto; penhora *on line* de quantias depositadas em contas correntes de instituições bancárias e por derradeiro, a prisão civil, atualmente a única espécie de prisão cabível em nosso ordenamento jurídico brasileiro (artigo 5º, inciso LXVII da CF/88),

desde que as parcelas devidas estejam compreendidas entre as três anteriores à data da propositura da ação de execução, sendo ainda devido àquelas que se vencerem no curso do processo, segundo entendimento sumulado pelo STF e STJ, ante a natureza pela qual se reveste os alimentos, respaldado no princípio da dignidade da pessoa humana.

O CONCEITO CONFISCATÓRIO TRIBUTÁRIO E SUA APLICAÇÃO

STEEL RODRIGUES VASCONCELLOS:
Advogado. Especialista em direito civil e empresarial pela UFPE e especialista em Filosofia e teoria do direito pela PUC-MINAS.

RESUMO: O presente artigo acadêmico faz um estudo acerca da dificuldade conceitual da confiscatoriedade tributária encontrada no art. 150 da Constituição Federal. A metodologia aplicada foi cumular o conceito de vários autores acerca do tema para uma melhor análise da linha tênue que separa o tributo de confisco.

Palavra Chave: Confiscatoriedade, Tributo.

INTRODUÇÃO

Assim como se encontra na Constituição Federal a competência e classificação do tributo; Art.145, nota-se a morada natural do princípio do não-confisco tributário, determinado:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

A bela previsão legal, não é o bastante para a compreensão do confisco: Pois nesse conceito legal indeterminado requer uma análise exaustiva sobre o tema, exigindo um grau de esforço necessário para desvendar a natureza do confisco no Direito Tributário. Portanto os conceitos são de vital importância.

Além da compreensão é importantíssimo ter consciência de que uma norma vaga é um perigo iminente para qualquer estado democrático de Direito. Pois a própria Constituição se omite ao conceituar o confisco.

DESENVOLVIMENTO

Sobre o perigo de uma norma omissa – o ilustre Eros Roberto Grau (2003, p.209) assevera:

Daí por que a linguagem jurídica apresenta zonas de penumbra, e é atual ou potencialmente vaga e imprecisa. Tanto quanto a linguagem natural, portanto a linguagem jurídica – que naquela vai se nutrir – apresenta uma textura aberta, nela proliferando o que refere Hohfeld como palavras ‘camaleão’, que constituem um perigo tanto para o pensamento claro como para a expressão lúcida. Assim a ambigüidade e imprecisão são marcas características de linguagem jurídica.

Não há conceito jurídico indeterminado, mas tão-somente conceitos jurídicos cujos termos são indeterminados.

Concordando com Celso Antônio Bandeira de Mello (1992, p.230)

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo sistema de comando.

Há a diferença entre normas e princípios: Enquanto na norma há de obter-se uma objetividade semântica e hermenêutica, no princípio há abstração interpretativa o suficiente para nortear um ordenamento jurídico.

Em Geraldo Ataliba (1998, p. 34) leciona sobre os princípios no ordenamento jurídico:

Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

Concordando com a afirmação de Paulo de Barros Carvalho (1991, p.154):

Em termos de direito positivo, os princípios são normas jurídicas portadoras de intensa carga axiológica, de tal forma que a compreensão de outras unidades do sistema fia na dependência de boa aplicação daqueles vetores.

Para Ricardo Lobo Torres (2004, p. 436) a vedação de confisco como uma imunidade tributária da parcela mínima necessária à sobrevivência da propriedade privada, o que importa dizer que o confisco equivale à extinção da propriedade. Entretanto o mesmo autor insiste que inexistindo a possibilidade prévia de fixar os limites quantitativos para a cobrança não confiscatória a definição do conceito há de pautar-se na razoabilidade.

O princípio da vedação do tributo confiscatório tem como finalidade apontar e informar ao intérprete e ao julgador que

se houver confisco há uma proporção danosa, e sobretudo o confisco não pode se esconder no tributo, logo o efeito de confisco sendo vedado.

Em Schoueri (2005, p.302) demonstra o quanto o confisco está relacionado a impertinência de vários princípios:

Relaciona-se como a idéia de proibição de exagero, que é uma aplicação do princípio da proporcionalidade, mas não diretamente da igualdade: enquanto na igualdade se tem uma idéia de comparação de um contribuinte com outro a proibição do exagero indaga se o tributo não ultrapassou o necessário para atingir sua finalidade.

Schoueri menciona sobre proporcionalidade do possível excesso que o legislador pode cometer ao não se preocupar com a isonomia dos contribuintes e a meta em atingir a finalidade do tributo.

Para Regina Helena Costa (2001, p. 80), é bem específica ao comentar sobre a natureza jurídica do tributo:

Se o tributo, na própria dicção legal, é prestação pecuniária compulsória “que não constitua sanção de ato ilícito”(art.3 do CTN), lógica a conclusão segundo a qual não pode ele ser utilizado com efeito confiscatório. Desse modo, o tributo será confiscatório quando exceder a capacidade contributiva subjetiva visada.

Procurando o termo confisco no latim (*confiscare*) encontramos: ato de apreender a propriedade em prol do fisco, sem

que seja oferecido ao prejudicado qualquer compensação em troca. Por isso o confisco apresenta caráter de penalização resultante da prática de algum ato contrário à lei. (Goldshmidt, 2003, p. 46)

É absolutamente necessário não confundir confisco com efeito de confisco. Literalmente não se pode ser entendido ao pé da letra, pois não se trata de afastar tão somente a tributação que toma para o Fisco. Confiscar, literalmente a propriedade; na verdade, é tratado de se afastar o efeito confiscatório, ou seja, a totalidade ou uma parte consideravelmente razoável da propriedade privada. Portanto deve-se questionar o efeito confiscatório disfarçado de tributação.

A conclusão pertinente do Mestre Fábio Brun Goldshmidt (2003, p.51)

1)O efeito de confisco é conceito bem mais amplo que o confisco como instituição sancionatória; 2) sendo assim, o efeito de confisco, graficamente, começa antes do confisco em sentido estreito (porque necessariamente sancionatório), e no confisco em sentido estrito encontra seu estágio final; 3) manter o caráter sancionatório que ontologicamente possui o instituto do confisco na delimitação do efeito confiscatório, implicaria desconhecer a tradicional definição de tributo (adotada pelo CTN) como prestação despida de caráter sancionatório

Tal polêmica conceitual gera controvérsias, pois há quem defenda que toda a tributação será sempre confiscatória, ignorando até a natureza *extrafiscal*. Em contrapartida há o extraordinário caso específico presenciado pelos americanos de quando a suprema corte americana declarou; *“The Power to tax is*

the Power to destroy” (Suprema Corte Americana – Chief Justice John Marshall – 1819).

O que distingue, portanto, a tributação legítima da confiscatória ou com efeito de confisco?

Uma das respostas pode ser encontrada no próprio abuso do direito de tributar, praticado perante o Estado. E tal abuso contribui para a deterioração dos Direitos fundamentais e garantias individuais que protegem e limitam o poder com o fim de preservar direitos: a vista que quando um tributo tem efeito de confisco, comprometendo parcela razoável da propriedade privada, também compromete a qualidade de vida do cidadão contribuinte. Consequentemente compromete a dignidade da pessoa humana

A propriedade privada é causadora dos estímulos econômicos mais eficazes de um país. Uma vez que o Estado necessita das consequências lucrativas que a propriedade privada pode proporcionar, então se admite que a propriedade privada merece total consideração por sustentar o Estado, assim nessa relação de dependência recíproca; Estado – Propriedade Privada. A garantia da propriedade privada é indispensável para aquele que pratica o abuso de tributar – o Estado.

Lembrando que o próprio direito a propriedade é também garantido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da organização das Nações Unidas:

Art.17 §1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2.Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Referente à Declaração Universal dos Direitos do Homem acerca da propriedade privada: Há o direito material da propriedade consagrado e abrangendo a limitação da copropriedade, seja um único proprietário ou vários, ainda assim garantido. Além da garantia material, a declaração também refere-

se sobre a privação da propriedade utilizando o termo “arbitrariamente”, permitindo que haja um leque interpretativo sobretudo no aspecto do jusnaturalismo. Será que o legislador da declaração universal dos Direitos humanos utilizava a arbitrariedade em sentido legal? Ou o requisitava o princípio da ampla defesa para descaracterizar o sentido arbitrário semântico? Tais perguntas serão necessárias nos capítulos adiante.

Uma vez fundada e questionada sobre direito à propriedade; Arriscar-se-á no conceito de alguns autores sobre o confisco. Renato Lopes Becho (2009 , p. 434) acerca do Confisco:

Confisco em termos tributários, pode ser visto como a transferência total ou de parcela exagerada e insuportável do bem objeto da tributação da propriedade do contribuinte para a do Estado.

O referido autor preocupa-se com o contribuinte ao utilizar o termo “insuportável”. Ou seja, há a ideia de excesso em relação a propriedade privada. O “insuportável” também compreende não somente a totalidade da propriedade como uma parcela considerável, entretanto, pergunta-se sobre o limite do quanto parcialmente pode ser considerado um não abuso, não exagero que ameace a propriedade privada?

Em Luiz Edmundo Celso Borba, há referência sobre a preocupação primordial do Estado em arrecadar e sua consequência:

A verdade reside na necessidade de arrecadar do Estado, que termina por atropelar a ordem posta, criando nos cidadãos uma situação de insegurança jurídica, pois a estrita legalidade foi maculada da maneira mais vil. (2010, s/p)

Na mesma linha de pensamento, Paulo Cesar Baria de Castilho (2002, p. 38) entende sobre totalidade e parcela exacerbada frente a propriedade.

Confisco, portanto, é a absorção da propriedade particular pelo Estado, sem justa indenização. Nesse sentido, todo tributo, em princípio, é confiscatório. Isso porque, se o fisco não indeniza, tanto por tato, as rendas que auferir, positiva-se, ao menos formalmente, o confisco. E, se este é expressamente vedado pela lei suprema, seguir-se-á que o imposto, por confiscatório em sua essência, não poderá ser arrecadado. Tal conclusão, porém, soaria esdrúxula. O poder tributário legitima-se pela existência de serviços públicos de interesse coletivo e pela contraprestação que estes envolvem, embora de natureza mediata, inespecífica e de ordinário não equivalente.

Ainda no conceito de Castilho (2002, p.36), o conceito se aperfeiçoa a medida em que cita a não retribuição econômica ou financeira, ou seja, além do conceito de confisco compreender excesso parcial ou total a propriedade privada, também se entende que uma vez confiscado, não há devolução nem compensação de natureza financeira.

Hugo de Brito Machado (2002, p. 239-240)

Tributo com efeito de confisco é tributo que, por ser excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade. É que o tributo, sendo instrumento pelo qual o Estado obtém os meios financeiros de que necessita para o desempenho de suas atividades, não pode ser utilizado para destruir a fonte desses recursos.

Machado concentra-se na onerosidade do efeito de confisco tributário fazendo uma relação de uma aparente

penalidade, ou seja, a interpretação confiscatória nesse aspecto lembra um castigo, uma penalidade.

Enquanto Ruy Barbosa Nogueira (1999. p. 130) limita-se a conceituar sobre o confisco numa situação tributária;

Tanto é confisco tributário a absorção, pelo tributo, da totalidade do valor da situação ou do bem tributado, como qualquer parcela que exceda à medida fixada legalmente.

Seu conceito perde efetividade e entra em contradição ao citar o excesso à medida fixada legalmente. Pois, já comprovada no presente estudo que há omissão na fixação legal referente ao confisco.

Nas palavras de Sampaio Dória (1986, p. 175.), encontra-se a vítima confiscada não somente como um indivíduo podendo também ser uma classe;

Quando o Estado toma de um indivíduo ou de uma classe além do que lhes dá em troca, verifica-se o desvirtuamento do imposto em confisco, por ultrapassada a tênue linha divisória entre as desapropriações, a serem justa e equivalentemente indenizadas, e a cobrança de impostos, que não implica em idêntica contraprestação econômica.

Ademais; aproveitando-se do conceito do referido autor verifica-se na real probabilidade do imposto elevado ser mascarado em efeito de confisco. Confirmando a preocupação do presente estudo sobre a necessidade em fixar um critério objetivo sobre o confisco. Pois é imperdoável para o sistema econômico de

um país , o contribuinte(sustentador do Estado), confundir tão facilmente imposto de confisco.

Convoca-se a atenção sob o conceito de Cláudio Carneiro (2009, p. 362):

Apesar de ser difícil a definição de confisco, podemos entendê-lo como o ato pelo qual se apreendem, adjudicando ao Fisco, bens ou valores pertencentes a outrem, ou ainda a fixação de percentuais muito elevados que inviabilizem a aquisição de mercadorias ou a prestação de serviços. Nesse caso, o que se veda é invasão do Estado na atividade privada, a apropriação de bens pertencentes aos contribuintes pelo Estado em que se utilize a tributação como ferramenta de expropriação.

Pois, uma vez existindo a razoável possibilidade do próprio Estado(Fisco) invadir a propriedade privada; é necessário para segurança jurídica de um Estado democrático de Direito uma garantia de não invasão. É fundamental para a segurança jurídica possuir no seu ordenamento jurídico o princípio da inderrogabilidade das leis, ou seja, pressupõe uma legislação clara e límpida. E quando há omissão legislativa – no caso da ausência de critérios legais referente ao confisco e sua proibição - não há de ser considerável um ordenamento jurídico inderrogável. Portanto, uma segurança jurídica insuficiente e ineficaz.

Para Hector Villegas (1980, p. 89) a capacidade contributiva é o principal ponto de partida para medir o excesso do confisco:

Em outras palavras: se se admite a possibilidade de que um tributo possa ser

confiscatório, não pode negar-se a possibilidade de que essa mesma confiscatoriedade se dê diante de tributos concorrentes. Se bem é certo que a capacidade contributiva se exterioriza de distintas formas, e isso dá lugar aos múltiplos tributos, isto não significa que se trate de capacidade contributivas plurais. Sempre é uma só, e sem definitivo, todos os tributos que recaem sobre o mesmo contribuinte incidem sobre um único patrimônio afetado. Se essa concorrência ai além dos limites toleráveis aniquila o direito de propriedade, seja em sua substância ao diminuir esse patrimônio, ou em seus atributos, ao impedi-lo de gerar frutos.

Das réguas que podem se medir o excesso confiscatório, utilizar-se-á o princípio da capacidade contributiva e da não-cumulatividade. Villegas faz uma referência ao patrimônio afetado; pois uma vez comprometido (o patrimônio), comprometer-se-á a geração de riquezas do próprio patrimônio.

Na sequência do seu voto, o Ministro relator Ilmar Galvão concluiu que:

Desse modo, o valor mínimo de duas vezes o valor do tributo como consequência do não-recolhimento apresenta-se desproporcional, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em evidente efeito de confisco. Igual desproporção constata-se na hipótese de sonegação, na qual a multa não pode ser inferior a cinco vezes o valor da taxa ou imposto, afetando ainda mais o patrimônio do contribuinte.

O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o voto do relator e afirmou que:

Também não sei a que altura um tributo ou uma multa confiscatório; mas uma multa de duas vezes o valor do tributo, por mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes sem caso de sonegação, certamente sei que é confiscatório e desproporcional.

(Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade nº 551-1, lê-se do voto do relator o Ministro Ilmar Galvão 24.10.2002)

Diante do seu papel de Ministro em interpretar e declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, tal conceito é o que se aproxima de um critério objetivo, tanto necessário para nosso sistema jurídico.

Tantos posicionamentos já levantados acerca do confisco, a intenção foi estudar e compreender com facilidade o enigmático conceito do confisco; verificando-se que de todas as atribuições regidas em relação ao confisco – de diversos autores, a ideia comum sobre o confisco é o excesso, alta elevação, grandeza. Portanto concluímos que se houver ausência de razoabilidade e proporcionalidade na própria conceituação do confisco, certamente sua aplicação será inconstitucional.

Referências

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5.ed. 5.tir. São Paulo: Malheiros, 1996

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009

BECKER, Augusto Alfredo. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4ed São Paulo, Editora Noeses, 2007

BERTI, Flávio de Azambuja. *Pedágio. Natureza Jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 13

C.F. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. Ed.19., ver, ampl. E atual. Até a EC n 39/2002, 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário, 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009*

CASTILHO, P. C. B. *Confisco Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu A.. *História do Brasil*. 11ª São Paulo: Spicione, 2005.

COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. Teoria e análise de jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2001

Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: CEU/RT, 2000. P.5253 –Pesquisas tributárias Nova série, n, 6

Dizionario enciclopedia Del diritto. Itália, Novara: Edipem, tradução Victor Cassone

DÓRIA, Antonio R. S. *Direito constitucional tributário e 'due process of law'*. 2. ed.

Rio de Janeiro: Forense, 1986

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 16ª Ed., Harvard University Press, Cambridge

GOLDSCHIMIDT, F. B. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Revistados Tribunais, 2003.

HORVATH, E. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 20. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

NOGUEIRA, R. B. *Curso de Direito Tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer Law & Business, 2007.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, s.d vol.195

Apontamentos ao Inventário Participativo: Breves Comentários à Proeminência da Participação da Comunidade na proteção do patrimônio cultural

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 inventário participativo, colocando em destaque a proeminência da participação popular na proteção do patrimônio cultural. 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. Inventário Participativo. Participação Popular. Proteção.

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 Apontamentos ao Inventário Participativo: Breves Comentários à Proeminência da Participação da Comunidade na proteção do patrimônio cultural.

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 alar, 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, primordialmente 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°. 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 geminação 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 o *caput* 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 N° 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 do *caput* 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 Introductórios

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 N° 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 Apontamentos ao Inventário Participativo: Breves Comentários à Proeminência da Participação da Comunidade na proteção do patrimônio cultural

De plano, cuida anotar que o artigo 216 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[23] estabelece, de maneira exemplificativa, os institutos e procedimentos a serem empregados em sede de tutela e salvaguarda do patrimônio cultural, comportando o alargamento do rol posto no texto constitucional. Nesta linha de exposição, quadra ponderar que o instituto do inventário não possui regulamentação infraconstitucional, de âmbito nacional, que estipule normas concernentes aos seus e

feitos. Ao lado disso, não se pode olvidar que o Texto Constitucional estabelece que é competência concorrente da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, bem como dos Municípios dispor acerca de mecanismos e instrumentos para proteger e salvaguardar o patrimônio histórico, cultural, artístico, turísticos e paisagísticos.

Diante desse cenário, no qual se constata a omissão da norma infraconstitucional federal em estabelecer regime que disponha acerca do inventário, na condição de instituto protetivo do patrimônio cultural, poderão os demais entes federativos legislar sobre a proteção e preservação de seus patrimônios culturais. Nesta senda, o inventário, na condição de instrumento de preservação e salvaguarda cultural, consiste na identificação das características, particularidades, histórico e relevância cultural, objetivando dispensar a proteção dos bens culturais materiais, públicos ou privados, devendo-se, para tanto, adotar, no que tange à execução, critérios técnicos objetivos e alicerçados de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica, paisagística e antropológica. Nesta toada, quadra primar que inventariar significados e descrever, de maneira minuciosa, a relação e conjunto de bens culturais. “O inventário, na seara patrimonial, é instrumento de conhecimento de bens culturais, seja de natureza material ou imaterial, que subsidia as políticas de preservação do patrimônio cultural” [24].

Há que se destacar, assim, que o inventário dos bens culturais implica levantamento minucioso e completo dos bens culturais, objetivando abarcar a diversidade de patrimônio existente. Instaura-se a notar que o inventário é uma das atividades elementares para o estabelecimento e priorização de ações dentro de uma política voltada para a preservação e gestão do patrimônio cultural, notadamente quando há que se considerar que toda medida de proteção, intervenção e

valorização do patrimônio cultural reclama o prévio conhecimento dos acervos existentes. Sobre a temática colocada em exame, Marcos Paulo de Souza Miranda, em seu magistério, explica:

Sob o ponto de vista prático o inventário consiste na identificação e registro por meio de pesquisa e levantamento das características e particularidades de determinado bem, adotando-se, para sua execução, critérios técnicos objetivos e fundamentados de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica, paisagística e antropológica, entre outros. Os resultados dos trabalhos de pesquisa para fins de inventário são registrados normalmente em fichas onde há a descrição sucinta do bem cultural, constando informações básicas quanto a sua importância histórica, características físicas, delimitação, estado de conservação, proprietário etc [25].

A essência do inventário é o de apreciar o bem, porquanto só se pode proteger aquilo que se conhece fundamentando, inclusive, um posterior pedido de tombamento. O pedido do tombado não é uma consequência imediata, sendo possível, após o estudo propiciado pelo instituto em comento, que determinado bem não seja passível de tombamento, o que mostra a incoerência de se atrelar ao inventário o efeito de restrição da propriedade. Prima sublinhar que a ausência de uma norma infraconstitucional regulamentadora do instituto do inventário não obsta o Poder Público utilizar-se de tal instrumento na condição de fonte de conhecimento dos bens culturais.

salvos da patrimonialização. De igual modo, é defeso falar em produção da insegurança jurídica, eis que o inventário encontra-se previsto constitucionalmente, afigurando-se como prática corriqueira dos órgãos de preservação do patrimônio. “O que gera turbulência no ofício dos gestores do patrimônio é a previsível relutância dos proprietários de imóveis a serem inventariados de abrir suas portas para o levantamento de dados desse bem cultural, o que já aconteceu com os proprietários de imóveis tombados”[26]. Com propriedade, Miranda apresenta a seguinte distinção:

O Inventário e o Tombamento não se confundem. Trata-se de instrumentos de efeitos absolutamente diversos, embora ambos sejam institutos jurídicos vocacionados para a proteção do patrimônio cultural. O inventário é instituto de efeitos jurídicos muito mais brandos do que o tombamento, mostrando-se como uma alternativa interessante para a proteção do patrimônio cultural sem a necessidade de Administração Pública de se valer do obtuso e, não raras vezes, impopular instrumento do tombamento[27].

Nesta linha, o tombamento, por mais que ainda sobrepuje os demais instrumentos elencados como mecanismos de preservação cultural, há muito não é destinado apenas à excepcionalidade. Com efeito, cuida pontuar que o inventário instrumentaliza o tombamento, não podendo, portanto, ser comele

confundido, eis que encerra aspectos característicos próprios. Ao lado disso, os bens inventariados devem, imperiosamente, ser conservados adequadamente por seus proprietários, eis que ficam submetidos ao regime jurídico e específico dos bens culturais protegidos. Em igual sedimento, os bens inventariados somente poderão ser destruídos, inutilizados, deteriorados ou alterados por meio de prévia autorização do órgão responsável pelo ato protetivo, que deve exercer singular vigilância sobre o patrimônio inventariado. Olander, ao esmiuçar o instituto em comentário, explicita que:

Entendemos que, a partir do momento que, historicamente, o inventário se consolida, no Brasil, como aquilo que denominamos de “inventário de desconhecimento ou de identificação” e que, nos últimos anos – principalmente a partir da própria atuação do poder judiciário – começa, concomitantemente, a ser utilizado como sinônimo daquilo que na França é denominado de “inventário suplementar” nos cabe, para não incorrer em uma confusão que será bastante prejudicial para o desenvolvimento das políticas e das práticas de preservação do patrimônio em nosso país, partir para um melhor denominar das ações hoje empreendidas com este nome. Pensamos que possuímos, neste caso, duas opções: 1) manter-se a denominação de inventário para aquela ação que se já encontra há mais tempo consolidada e criando-se outra denominação

para o citado “tombamento flexível”; ou 2) adjetivar, sempre, os dois tipos de inventário aqui apresentados, denominando-se aquele inventário que entendemos já consolidado como “inventário de conhecimento”, “inventário de identificação” ou “inventário de proteção” e o segundo tipo de “inventário para preservação” (como faz a legislação baiana), ou “inventário de estruturação e de complementação” (como faz a gaúcha), ou algum outro termo que o diferencie do anterior. Só assim, poderemos contribuir para a resolução desta questão que, infelizmente, provoca um desacordo entre diversos e importantes agentes responsáveis pela preservação deste patrimônio [28].

Cuida de mencionar, assim, no processo de preservação do patrimônio cultural, o instituto do inventário, como parte dos procedimentos de análise e compreensão da realidade, constitui-se na ferramenta elementar para o conhecimento do acervo cultural e natural. Ao lado disso, a realização do inventário com a participação da comunidade proporciona não somente a obtenção do conhecimento do acervo por ela atribuído ao patrimônio, mas, ainda, o fortalecimento dos seus vínculos em relação ao patrimônio. Verifica-se, assim, que, mesmo não havendo disposição infraconstitucional expressa sobre o instituto em comento, tal fato não obstará a utilização do instrumento em comento pelo Poder Público, notadamente em decorrên-

cia daproeminente atenção reclamada pela tutela esalvaguada de tal bem jurídico. Tecidos tais comentários, ao se analisar o inventário participativo, cuida evidenciar que o ideário que norteia esta forma de inventariar repousa na busca de promover a participação direta do cidadão, e não somente a opinião técnica, não estando simplesmente adstrita na concepção óbvia de que as ações públicas devem ser participativas para ter êxito em ampla representatividade social.

Ao lado disso, quadra frisar que o inventário participativo nem tão pouco na premissa de que envolver a comunidade é uma forma de “educação patrimonial” e de conscientização social. Um pouco mais que isto, a concepção de Inventário Participativo tem por trás de si o debate sobre o direito de decidir o que é e o que não é possível de preservação e, portanto, merece todos os esforços do poder público para a sua valorização, difusão e preservação, o que evidentemente deve ser de todos, questão esta colocada primeiramente pela Constituição Cidadã de 1988. E, ainda, outra consequência natural desta participação ampla, desta abertura no direito de valorar os bens patrimoniais que é a evocação de bens de natureza diversas, tangíveis e intangíveis, móveis e imóveis, documentais, memória de vidas, sítios arqueológicos, ecológicos e paisagísticos, de acordo com a reabrangência do conceito de Patrimônio Cultural estabelecida pelo artigo 216 da Constituição de 1988, numa prova definitiva da superação do critério da monumentalidade e da influente tradição arquitetônica.

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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2015.

_____. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009.** Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2015.

_____. **Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009.** Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura, cria Cargos em Comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 ago. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 12 ago. 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: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 12 ago. 2015.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. O inventário como instrumento de preservação do patrimônio cultural: adequação e usos (des) caracterizadores de seu fim. **Revista CPC**, São Paulo, n. 16, p. 119-135, mai.-out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistasusp.com.br>>. Acesso em 12 ago. 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: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 12 ago. 2015.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista>>. Acesso em 12 ago. 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.

OLENDER, Marcos. Uma “medicina doce do patrimônio”. **Vitruvius**. a. 11, set 2010. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br>>. Acesso em 12 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 12 ago. 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: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 ago. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 ago. 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: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 ago. 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: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 12 ago. 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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 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: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 ago. 2015.

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

[9] BRASIL. **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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 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 N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 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: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 ago. 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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 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: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 ago. 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: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 12 ago. 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 N° 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: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 12 ago. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2015: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental

e as providências para franquear sua consulta a quanto dela necessitem. § 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

[24] CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. O inventário como instrumento de preservação do patrimônio cultural: adequação e usos (des) caracterizadores de seu fim. **Revista CPC**, São Paulo, n. 16, p. 119-135, mai.-out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistasusp.com.br>>. Acesso em 12 ago. 2015, p. 121.

[25] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista>>. Acesso em 12 ago. 2015.

[26] CAMPOS, 2013, p. 124-125.

[27] MIRANDA, 2008, s.p.

[28] OLENDER, Marcos. Uma “medicina do patrimônio”. **Vitruvius**. a. 11, set 2010. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br>>. Acesso em 12 ago. 2015.

O NOVO CPC HOSTILIZA O PROCESSO DO TRABALHO?

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online, no judiciário brasileiro, através de matérias temáticas, defende a manutenção, modernização e a celeridade na Justiça do Trabalho, escreve em 48 dos principais sites trabalhistas, jurídicos e sindicais do País.

O medo do novo, sempre rondou os que se acham pensadores absolutos do processo do trabalho. Como se não existisse a disfunção entre o novo e o velho, e por consequência, a moderna forma de solucionar conflitos, onde a praga infecta a “morosidade” passaria a não existir. Quando o astronauta russo Iuri Gagarin (A Terra é azul. Como é maravilhosa...) pisou na Lua, muitos queriam a confirmação se lá existia o São Jorge. Diante da verdade, os devaneios de eloquentes senhores que ditam o meio e forma de existência da especializada do trabalho se esvaem da mesma forma que se derrubou a crença da existência de uma imagem a bilhões de distância da terra. Essa justiça não foi criada para servir a magistrados e sim para a comunidade que eles não representam.

Hoje estamos enfrentando dois monstros, os juízes especializados e o fruto desta embolia congênita que se traduz na “morosidade”. Ocorre que NCPC veio fustigar os corporativistas da JT, a posição de negar a aplicação do CPC é ilegal porque, afinal, o art. 769 da CLT é lei e se sobrepõe, por aplicação das normas e

princípios de teoria geral do direito, ao art. 15 do NCPC. A bem da verdade os juízes trabalhistas nunca se encantaram com o novo. Está sacramentado, que o atual modelo de judiciário, atende aos preceitos dos seus juízes, *permissa venia*, que obviamente, não são os da comunidade. É bom lembrar, que a rigor do estado, o juízo não tem o seu múnus como instrumento de medidas que tornam as decisões conflitantes. O simples é a norma da especializada, criada ao sabor de juristas que traçaram suas linhas para garantir e oxigenar as relações de trabalho, garantindo mais valia e, emprego e desenvolvimento. Mais nacionalista que a CLT, não se tem notícia no globo terrestre.

Durante a realização da Primeira Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil, promovido pela Escola Judicial do TRT18. O juiz Jorge Luiz Souto Maior, do TRT15, teceu críticas ao texto do Novo Código de Processo Civil que, para ele, é fruto do pensamento liberal e da lógica de mercado e tende a diminuir a potencialidade da influência da Justiça do Trabalho dentro da realidade social e o poder dos juízes. “O novo CPC sofre de megalomania e flerta com a esquizofrenia”, manifestou o magistrado.

Falando, obviamente para uma plateia que digere suas críticas. Fez alusão a baixa credibilidade deste judiciário, argumentando que o código foi elaborado em um contexto de desgaste do judiciário frente à opinião pública, só que isso não é o que acontece na Justiça do Trabalho. Nesse sentido, ele reforça a resistência à aplicação das novas regras. “Não vamos abrir mão de fazer isso. Essa resistência é fundamental”, salienta. Ao concluir advertiu sobre o perigo de a Justiça do Trabalho abrir as portas para utilizar um ou outro artigo do novo CPC, já que não é preciso recorrer a ele. “A Justiça do Trabalho tem o seu procedimento e a

sua lógica. É o momento de voltar os olhos para os princípios do Direito do Trabalho e para a razão de ser da Justiça do Trabalho”.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançou em Brasília, o Placar da Justiça um painel digital que contabiliza quantos processos corre no Poder Judiciário e quantidade de ações que poderiam ser evitadas. A informação é de que cerca de 40% do total de processos do país não existiriam se o poder público e as empresas de serviços regulados cumprissem a legislação. A AMB estima que um novo processo chegue às varas e fóruns do país a cada cinco segundos. Hoje se estima existe um total de 105 milhões de ações no judiciário. O Novo CPC terá um ano de "vacatio legis" e as dificuldades que antevê só não são mais graves, pelo filtro do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Mesmo assim já se prevê um aumento dos pedidos de nulidade, entre outros motivos, pelo excesso de detalhes na fundamentação das sentenças que o novo diploma passa a exigir, em flagrante prejuízo a razoável duração do processo.

ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL LEONARDO DA VINCI
Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho

**O Direito à Desconexão e sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico
Trabalhista Brasileiro como Pretensão Possível de ser Reclamada em Juízo**

Camilla Holanda Mendes da Rocha

CAMILLA HOLANDA MENDES DA ROCHA

**O Direito à Desconexão e sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico
Trabalhista Brasileiro como Pretensão Possível de ser Reclamada em Juízo**

Projeto de Pesquisa apresentado à Associação Educacional Leonardo da Vinci, em parceria com o Complexo de Ensino Renato Saraiva, como exigência para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho.
Orientadora: Prof. Vólia Bomfim

Aos meus pais, meus alicerces
e exemplos de vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu luz e inspiração para concluir este trabalho.

À professora Vólia Bomfim Cassar, por suas excelentes aulas de Direito do Trabalho, que contribuíram imensamente para a minha formação.

Ao professor Nelson Tavares, pelas ótimas aulas de Metodologia da Pesquisa e Didática de Ensino Superior, essenciais para o desenvolvimento desta monografia.

Ao Complexo de Ensino Renato Saraiva - CERS, que possibilitou o encontro com a professora Vólia Bomfim, uma das mais renomadas juristas na área do Direito do Trabalho.

Aos funcionários da IES, especialmente à Fernanda Lins, pela paciência e prontidão em nos ajudar sempre que precisamos.

Aos amigos de todo o Brasil que participaram, comigo, desta incrível experiência.

À minha família, pelo suporte e carinho prestado.

“O trabalho decente é a aspiração mais profunda das pessoas de todos os países.”
Juan Somavia, diretor geral da OIT

RESUMO

O presente artigo científico visa o estudo do direito à desconexão, também chamado de direito de não trabalhar. Primeiramente, analisa-se a evolução sociológica e filosófica do trabalho, com o intuito de entender o significado do trabalho para a sociedade contemporânea e por que este suplanta o direito ao descanso e até mesmo à felicidade. Em seguida, discorre-se acerca do trabalho na sociedade contemporânea, ressaltando-se suas principais características, como a competitividade e a evolução da tecnologia que acaba por escravizar o homem ao mundo do trabalho. Logo após, são destacadas as contradições do mundo do trabalho, à luz do estudo de Jorge Luiz Souto Maior. Explica-se, então, o que é o direito à desconexão e de onde retira sua validade jurídica. Afirma que existem situações em que a própria legislação trabalhista vai de encontro ao direito de não trabalhar, explicitando-as: o caso dos altos empregados e dos teletrabalhadores. Por fim, conclui que o trabalhador brasileiro tem o direito a desconectar-se do emprego, e esta pretensão pode ser reclamada em juízo, independente de norma que venha a regulá-la.

Palavras-chave: desconexão; tecnologia; saúde do trabalhador; altos empregados; cargos de confiança; teletrabalho; direitos indisponíveis; repouso; descanso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SOCIOLOGICA DO TRABALHO	10
2. O TRABALHO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	17
3. DAS CONTRADIÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO À LUZ DO ESTUDO DE JORGE LUIZ SOUTO MAIOR	21
4. DO DIREITO À DESCONEXÃO	23
5. DAS SITUAÇÕES QUE FEREM O DIREITO À DESCONEXÃO	28
5.1 Altos empregados	28
5.2 Teletrabalho	35
6. CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem por objeto o estudo do direito à desconexão, isto é, o direito do trabalhador de desconectar-se do trabalho. Mais especificadamente, este trabalho visa confirmar a aplicabilidade de tal direito no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro como pretensão possível de ser reclamada em juízo.

O direito à desconexão é tema bastante recente no Brasil, tendo sido exposto principalmente por Jorge Luiz Souto Maior, juiz do trabalho e professor de direito do trabalho, quando da publicação de um artigo intitulado “Do direito à desconexão do trabalho”¹. No artigo, o autor afirma que este tema apresenta grande pertinência com o nosso tempo e também é revelador de várias contradições que circundam o “mundo do trabalho”. À luz do estudo deste renomado jurista, esta pesquisa objetiva, também, destacar quais são estas contradições e qual a relevância das mesmas para o direito à desconexão.

O direito de “não trabalhar”, como também é chamado o direito à desconexão, numa primeira análise, parece ser contrário ao bom senso, pois, atualmente, a sociedade está acamada por altas taxas de desemprego, parecendo ser mais razoável falar no direito de trabalhar. Entretanto, o capitalismo e a evolução da tecnologia têm escravizado o homem ao trabalho a níveis que ferem a vida privada e, em alguns casos mais extremos, a dignidade da pessoa humana. Daí a importância de aprofundar-se a discussão a respeito do direito à desconexão, externando o seu conceito e analisando a possibilidade deste direito ser reclamado em juízo.

¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 23, 2003*. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf> Acesso em: 12 dez 2012.

Para tanto, será necessário, primeiramente, entender como se deu a evolução histórica e sociológica do trabalho, desde o seu surgimento até os dias atuais, com o objetivo de associar cada fase ao nível de trabalho despendido pelos indivíduos. Com esta análise será possível compreender qual é o objetivo do trabalho e por que algumas pessoas deliberadamente optam por trabalhar excessivamente, apesar de não ter esta escolha, pois a saúde do trabalhador é direito indisponível.

Os primeiros debates acerca deste tema iniciaram-se a partir da constatação de que há uma parcela da sociedade que trabalha excessivamente, ainda que o direito trabalhista estabeleça limites à jornada de trabalho e o direito ao descanso. Na maioria das situações, o direito ao não trabalho é efetivado pela tutela de outros direitos já normatizados pela Constituição Federal de 1988 – CF/88 e pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, como os direitos à duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (art. 7º, XIII, CF/88); ao repouso semanal remunerado (art. 7º, XV, CF/88); e outros dispostos no Capítulo II, do Título II, da CLT, referente à jornada de trabalho. Entretanto, há outros casos em que a legislação trabalhista vai de encontro ao direito à desconexão, por exemplo, quando se trata dos chamados “altos empregados” e dos teletrabalhadores. Este trabalho visa, também, destacar estas situações, para analisar como deverão proceder o indivíduo e o Judiciário frente ao desrespeito ao direito de desconectar-se do trabalho.

O direito à desconexão retira validade jurídica no princípio da proteção à dignidade da pessoa humana. Sob a égide desta norma, não se pode conceber, que um indivíduo esteja 24 horas disponível para seu empregador. Assim, existe a necessidade de se tutelar o direito à desconexão, inclusive juridicamente, visando garantir outros direitos já normatizados, como a saúde, o descanso, o lazer e, inclusive, a felicidade, este último já reconhecido pelo STF.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SOCIOLOGICA DO TRABALHO

Compreender a evolução histórica e sociológica do trabalho, ainda que de uma maneira simplificada, é essencial ao presente estudo. Através dessa análise, será possível entender o significado do trabalho para a sociedade contemporânea e por que este suplanta o direito ao descanso e até mesmo à felicidade.

A evolução do trabalho marchou ao lado do progresso da humanidade. O trabalho, na sua condição mais primitiva, foi desenvolvido pelos povos nômades, no período pré-histórico, limitando-se à caça, pesca e confecção dos instrumentos necessários. O homem daquela época já tinha as habilidades de um mestre artesão: trabalhava a pedra perfeitamente para adequá-la ao uso pretendido. Já detinha, também, conhecimentos de agricultura e pastagem. Naquele momento, o único objetivo do trabalho era a sobrevivência.

Com a revolução urbana, ainda no período pré-histórico, o surgimento das cidades propiciou uma especialização rudimentar do trabalho. A humanidade entrou em contato com a palavra “excedente”: os agricultores, por exemplo, não mais plantavam apenas para sua subsistência, mas para garantir o sustento da população daquela cidade, enquanto outros indivíduos cuidavam das demais necessidades. Assim, surgiu o comércio, que foi incrementado com a invenção da moeda.

Seguindo na linha do tempo, as antigas civilizações egípcia, mesopotâmica, grega, romana, entre outras, cada uma com sua especificidade, eram sociedades extremamente complexas. Já se podia visualizar, inclusive, um Direito do Trabalho nascente. No Egito, por exemplo, os camponeses que participavam das construções das pirâmides, “tinham direito a alimentação e a uma espécie de seguro-saúde: se

adoecessem, eram atendidos por médicos que ficavam de plantão na área da empreitada”².

Na Idade Média, a economia baseava-se na produção agrícola, entretanto, com o crescimento da vida urbana e o nascimento da burguesia, já se podia perceber uma atividade industrial incipiente. Segundo Myriam Mota³,

As indústrias manufatureiras (indústria aqui entendida como um conjunto de atividades que participam da fabricação de produtos manufaturados a partir de matérias-primas) se expandiram nesse período em resposta às necessidades de vestuário e moradia e às exigências das constantes guerras. O crescimento populacional também incentivou a procura de maior conforto entre as camadas mais ricas, bem como a construção e a reforma das igrejas, que aumentaram consideravelmente após o século XI.

[...]

A partir de meados do século XIII, com o aparecimento de banqueiros, cambistas e usuários das mais variadas origens, ocorreu uma expansão de crédito, o que veio favorecer as atividades comercial e manufatureira, nitidamente urbanas. Desenvolveram-se também o comércio marítimo e o terrestre, realizados a curta ou longa distância.

Nas cidades medievais, o objetivo do trabalho não era mais garantir a sobrevivência, somente. Como a sociedade era estratificada, muitas pessoas objetivavam a ascensão de classe, que, sendo impossível, pelo fato de a nobreza ser considerada uma condição de sangue, resultou no nascimento de uma nova classe: a burguesia.

A burguesia era constituída, quase que em sua totalidade, por comerciantes. Ressalta-se que, naquela época, os burgueses iniciaram a prática da usura, ou seja, o empréstimo de dinheiro a juros, que era condenada pela Igreja. Jacques Le Goff,

² SIMONETTI *apud* MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. *História das cavernas ao Terceiro Milênio*. São Paulo: Moderna, 2002, p. 35.

³ MOTA, *op. cit.*, p. 114.

histórico francês especialista em idade média, colaciona em seus estudos passagem de um teólogo do século XIII que assim condenou a usura⁴:

O usurário quer adquirir um lucro sem nenhum trabalho e até dormindo, o que vai contra a palavra de Deus que diz: “Comerás teu pão com o suor do teu rosto”. Assim o usurário não vende a seu devedor nada que lhe pertença, mas apenas o tempo, que pertence a Deus. Disso não se deve tirar nenhum proveito.

Os burgueses daquela época já eram bastante empreendedores. Movidos pelo desejo de enriquecer para que pudessem usufruir de uma qualidade de vida comparável à nobreza, praticavam o comércio e a usura com o objetivo de lucro.

Entretanto, a Igreja, bastante influente naquela época, difundia à população que era necessário praticar preços justos e evitar os lucros abusivos. Isso, somado à condenação da usura, resultou em verdadeiro entrave ao acúmulo de capitais pela burguesia.

Tais censuras justificavam-se nos valores éticos e morais pregados pelo clero. Pode-se perceber, por outro ponto de vista, uma tentativa da Igreja de barrar o crescimento econômico da burguesia e, conseqüentemente, impedir a ascensão social. Vale ressaltar que, à época, o clero era bastante ligado à nobreza.

Essa interferência da Igreja nas atividades econômicas foi um dos aspectos que motivou a Reforma Protestante, iniciada no século XVI. Os protestantes defendiam que a riqueza como fruto do trabalho era uma benção de Deus. Como a burguesia capitalista desejava obter lucros mais elevados sem que se sentisse pecadora, esta nova ética religiosa proposta por Lutero, Calvino e outros, foi bem recebida.

⁴ LE GOFF *apud* MOTA, op. cit., p. 114.

Para o protestantismo, ao contrário do catolicismo, a obtenção de riquezas pela forma legal de trabalho era entendida como algo divino. Se Deus permitia que um homem fosse o melhor naquilo que ele sabe fazer, isso jamais seria considerado um pecado, e sim presente de Deus. Os burgueses precisavam de uma religião que concordasse com o seu modo de vida comercial e industrial, e foi isso que o protestantismo representou.

Para a Igreja católica, o acúmulo de riqueza era pecado. Como exemplo, o dogma: "é mais fácil o camelo passar pelo fundo de uma agulha do que o rico entrar na porta do céu". O catolicismo valorizava a figura do pobre. Para o protestantismo, ao contrário, a ideia de pobreza estava relacionada com a preguiça. É pobre aquele que não quer trabalhar.

Foi Benjamin Franklin, um calvinista, que proferiu a célebre frase: "O trabalho dignifica o homem". Sem a reforma protestante, talvez não tivéssemos a ideia de trabalho como concebemos hoje.

Avançando para a época das grandes navegações, que se iniciou no século XV, a descoberta de novos mercados ocasionou a expansão da economia e o aprimoramento do capitalismo.

Como este artigo não visa o estudo dos aspectos econômicos que justificaram a manutenção e predileção ao capitalismo, e sim a compreensão histórica e sociológica do trabalho, salta-se à Revolução Industrial. Não cabe, neste estudo, discutir as suas causas, e sim compreender como a revolução alterou drasticamente as estruturas sociais, transformando a palavra trabalho.

Segundo Myriam Mota⁵,

A industrialização na Grã-Bretanha foi muito mais do que o fruto de uma revolução técnica e científica. Ela representou uma mudança

⁵ MOTA, op. cit., p. 267.

social profunda na medida em que transformou a vida dos homens, sem se preocupar com os custos sociais e ambientais dessa mudança.

Uma das principais transformações diz respeito ao próprio significado da palavra trabalho. O que antes significava dor, humilhação e pobreza passou a designar fonte de propriedade, riqueza, produtividade e até mesmo a expressão da condição humana. O trabalho passou a dignificar o homem e qualificá-lo, tornando-se um indicador de posição social.

Com a mecanização do campo e o êxodo rural, levas de camponeses mudaram-se para as cidades, formando um grande contingente de mão de obra disponível, o chamado exército industrial de reserva. Devido à escassez de emprego, essa volumosa mão de obra de baixíssimo preço vinha ao encontro dos anseios dos industriais: já que os custos da força de trabalho eram muito pequenos, podiam aplicar grandes somas de capitais em novas instalações.

A burguesia, detentora do capital, continuava a busca pelo lucro. Com o surgimento de novas tecnologias e a mecanização industrial, que resultou na construção de grandes fábricas, a sociedade dividiu-se diametralmente: de um lado, os burgueses, agora donos dos meios de produção; do outro, os assalariados, donos apenas de sua força de trabalho.

Surgiu, então, a classe social do proletariado. O proletário, trabalhador das fábricas, estava no degrau mais baixo da estratificação social. Precisava trabalhar para sobreviver. Como os salários pagos eram baixos, o proletário precisava trabalhar mais se quisesse ter algo além do básico necessário.

A jornada de trabalho de um proletário variava de 14 a 16 horas, sem direito a descanso e férias. O trabalho, mais uma vez, era necessário para garantir a sobrevivência, mas o proletário da época vivia apenas para trabalhar. O trabalho, que dignifica o homem, passa a retirar-lhe a mesma dignidade.

As condições de trabalho naquela época eram degradantes: fábricas sujas, quentes, barulhentas, úmidas, sem ventilação. O trabalho era repetitivo e cansativo.

Não havia direitos trabalhistas. Esta situação causava revolta e, assim, os proletários se organizaram e passaram a lutar por condições decentes de trabalho. Nas palavras de Salomão Resedá⁶, “juntamente com esta revolução, nasceram as primeiras normas voltadas a garantir certa proteção aos trabalhadores que, por sua vez, enfrentavam jornadas estafantes de trabalho, sobre precárias condições de salubridade e higiene”.

Segundo Amauri Mascaro⁷,

Se partirmos do plano histórico, vamos ver que as primeiras condições do trabalho resultaram de leis na Europa que eram destinadas a proteger o trabalhador contra a exploração do capitalismo da época. Assim é que surgiram as primeiras leis trabalhistas, e seus objetivos são todos claros e conhecidos pelos que estudam direito do trabalho (proibição do trabalho do menor abaixo de uma certa idade, restrições aos horários de trabalho das mulheres, duração limitada do trabalho diário, intervalos para descansos na jornada diária, repousos todas as semanas em um dia para cada semana, depois de um ano concessão de férias com durações variáveis em cada lei de todos os pais etc.)

Posteriormente, na década de 1900, surgiu o modelo “fordista” de produção, baseado em linhas estáticas de produção, nas quais os trabalhadores realizavam trabalhos padronizados e repetitivos, não intelectuais. O empregado tinha local e horário certos para trabalhar. Ao sair da empresa, o trabalho ficava para trás.

Hoje vivemos a revolução tecnológica, a chamada era da informação. Com o desenvolvimento dos meios de comunicação, somos encontrados em qualquer lugar do planeta. Com um clique apenas é possível realizar transações comerciais que envolvem milhões de reais. As contínuas inovações tecnológicas, notadamente nos setores de informática e telecomunicações, que facilitaram a rápida circulação de

⁶ RESEDÁ, Salomão. *O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/anexos/23040-23042-1-PB.pdf>> Acesso em: 8 dez 2012.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 472.

produtos, capitais, serviços e, principalmente, informações, é uma das causas da famosa globalização.

Com a forte presença das multinacionais, que produzem e vendem em várias partes do mundo, a concorrência atingiu níveis antes inimagináveis. Hoje, a produção de muitas empresas é desmembrada por diversos lugares do mundo a fim de baratear o custo final do produto.

Uma das consequências diretas do avanço tecnológico é o desemprego funcional. Uma máquina pode fazer, sozinha e rapidamente, o trabalho que antes necessitava de vários homens e horas de trabalho. Diante do desemprego, os trabalhadores se veem obrigados a buscar uma especialização cada vez maior para ter chance de preencher um lugar no mercado de trabalho, tão acirrado.

O desemprego também é causado pelo fato de, por conta da atual mobilidade do mercado mundial, muitas empresas fecharem unidades de produção em determinado país, transferindo-as para o outro lado do mundo, onde os salários são menores e há menos direitos trabalhistas. O país que paga bons salários e concede todos os direitos necessários aos trabalhadores, perde competitividade no mercado global.

Ao longo da história da humanidade, a maneira de exercer o trabalho modificou-se sensivelmente a cada vez que uma revolução social eclodia. Por este motivo, o Direito do Trabalho não pode ser considerado uma disciplina estática, com regras absolutas, pois seu objeto está em constante transformação. Entretanto, grande parte da legislação trabalhista foi produzida à luz da revolução industrial, quando a necessidade de regulação era urgente, frente aos abusos vividos pelos trabalhadores naquele momento. Com o surgimento de novos conceitos e situações, vão abrindo-se falhas na legislação. Assim, é preciso compreender as mudanças que vêm ocorrendo

na organização social do trabalho, bem como os fatores que as motivaram, com o intuito de se promover discussão jurídica para suprimir as falhas. Souto Maior⁸, ao discorrer sobre o teletrabalho, nova modalidade de trabalho surgida com o a revolução tecnológica, assim afirma:

É equivocado imaginar que o direito do trabalho, transcrito na CLT, não se amoldando às novas formas de organização do trabalho, porque criado com base no modelo “fordista” de produção, não forneça base jurídica para inserção de tal hipótese. Os fundamentos e as funções do direito do trabalho (especialmente: o de impedir a exploração do trabalho humano como fonte de riqueza dos detentores do capital; o de manter a ética e a dignidade nas relações de trabalho; o de melhorar as condições de vida do trabalhador; e o de distribuir riqueza) têm razão de ser em qualquer modo de produção (“fordista”, “taylorista”, “toyotista” etc). Assim, o obstáculo para a aplicação do direito do trabalho nestas novas formas de exploração do trabalho humano somente subsiste quando abandonam-se os postulados essenciais do direito do trabalho. As novas formas de produção talvez não tenham sido pensadas para evitar a aplicação do direito do trabalho, mas, querendo, ou não, o fato é que este efeito não pode ser produzido, sob pena de se negar toda a evolução da história social da sociedade moderna, jogando-se no lixo as garantias internacionais de preservação da dignidade humana.

No próximo capítulo, analisar-se-á o trabalho na sociedade contemporânea, delineando-se suas principais características e desafios.

2. O TRABALHO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Hoje, nos deparamos com a seguinte situação: o mercado do trabalho é bastante competitivo. Somos impulsionados a cada vez mais cedo ingressarmos no mundo do trabalho, que vem exigindo pessoas mais qualificadas. Ainda existe a classe do proletário, mas, ao contrário do que ocorria na 1ª Revolução Industrial, estes trabalhadores hoje têm diversos direitos garantidos pela Constituição Federal e pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que lhes assegura uma vida digna. Entretanto,

⁸ SOUTO MAIOR, op.cit.

o salário mínimo não é o suficiente para cobrir as necessidades vitais e, ainda, garantir a tão sonhada felicidade. A vida de um trabalhador que ganha um salário mínimo é muito dura, pois esta quantia não é suficiente para sustentar uma família. Por isso, essa classe, muitas vezes, busca trabalhar sempre mais, para ganhar mais dinheiro, seja através de horas extras, seja através da manutenção de mais de um emprego.

A classe média brasileira, inserta em mercados que proporcionam um ganho salarial maior, também se vê diante da necessidade de trabalhar mais para ter mais. Em muitos casos, não se cumpre a jornada de trabalho máxima estabelecida pela Constituição Federal. O trabalhador adora fazer horas extras, pois ganhará mais. Então, as horas extras acabam tornando-se horas extras habituais, uma aberração jurídica.

Para os altos executivos não há mais jornada de trabalho. Com a evolução dos meios de informação, até mesmo durante as férias e viagens o trabalho continua.

Assim como na época de Calvino e Lutero, aquele que não trabalha é de certa forma excluído da sociedade, seja pelo fato de ser tão pobre que não tem condições mínimas de dignidade, seja pelo fato de ser considerado “vagabundo”. Nas palavras de Souto Maior⁹, “não ter uma ocupação, um trabalho, seja lá qual for, ainda agride os membros da sociedade, sociedade esta que, queira-se ou não, tem como fundamento o contrato social, que, por sua vez, apoia-se na ideia da divisão do trabalho”.

⁹ SOUTO MAIOR, op.cit

A sociedade contemporânea é viciada em trabalho. Cita-se, como exemplo, a jornada de trabalho do presidente da Nokia para a América Latina, destacada em matéria na revista Exame¹⁰:

Segunda-feira 26 de setembro, 4 horas da manhã. A semana ainda não começou para a maioria das pessoas, mas o executivo Fernando Terni, presidente da Nokia para a América Latina, já está a postos para iniciar mais um dia de trabalho que só terminará 16 horas mais tarde. No México para uma série de reuniões, Terni acordou no meio da madrugada para participar de uma teleconferência de 4 horas com outros executivos da empresa espalhados pela América, Europa e Ásia. Assim que desliga o telefone, só há tempo para um rápido banho e uma xícara de café antes de começar o primeiro dos muitos encontros agendados com executivos locais e clientes da empresa. As conversas consomem quase o dia todo - inclusive o almoço -, mas Terni precisa achar algum intervalo entre elas para sentar-se diante do computador. Infelizmente para ele, anoitece bem antes de concluir o que tinha se programado para fazer. A solução é continuar o trabalho na sala de espera do aeroporto e mais tarde no avião que o levará à Argentina. Terá ainda de separar pelo menos algumas horas do voo para dormir - afinal, a maratona de trabalho inevitavelmente prossegue no dia seguinte. **"No mundo de hoje não há mais horários. Ou o executivo gosta disso e fica no jogo, ou não gosta e vai fazer outra coisa"**, diz Terni. [grifo nosso]

E por que trabalha-se tanto? Por todo o exposto, percebe-se que o mundo organizou-se numa economia capitalista, e que a palavra chave é competição. As grandes empresas procuram sempre reduzir os custos para que seus produtos possam ter condições de se sobressair neste mercado amplo, globalizado e acirrado. Pagar bons salários e cumprir os direitos trabalhistas sai muito caro.

Com o grande número de desempregados, aqueles que não aceitam as condições impostas pelas empresas perdem o seu lugar para o próximo da fila. Os direitos dos trabalhadores, na maioria dos casos, somente são integralmente cumpridos diante do Judiciário.

¹⁰ REVISTA EXAME. *Por que trabalhamos tanto?* Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0859/noticias/por-que-trabalhamos-tanto-m0079847>> Acesso em: 17 out 2012.

Novas formas de trabalho têm nascimento na sociedade contemporânea, especialmente por conta da tecnologia, da globalização, e do surgimento de profissões inéditas. Estas novas formas, bastante diferentes do modelo que inspirou a criação da legislação trabalhista, ainda na Revolução Industrial, sob influência do fordismo, são um desafio para a aplicação do direito do trabalho, uma vez que se afastam das “condições padrões”. Percebe-se, hoje, que existe uma flexibilização das condições do trabalho, principalmente no que tange o local e a jornada. Amauri Mascaro Nascimento¹¹, ao discorrer sobre o modelo flexibilizado de direito do trabalho, assim ensina:

Os principais fatos que o motivaram são conhecidos: as modificações dos processos de produção, a nova tecnologia, a robotização industrial, o desemprego e o subemprego, o desenvolvimento do setor de serviços, a economia de mercado e a evidência do desgaste da legislação operária ou industrial para uma sociedade nova.

Mescla elementos de intervencionismo estatal e espontaneidade dos particulares, com realce para este.

[...]

A diversificação dos temas centrais das relações de trabalho opera em um novo quadro socioeconômico no qual se combinam elementos de flexibilização e intervencionismo diante de um mercado de trabalho fragmentado e de uma força de trabalho reduzida, característica da época contemporânea.

É um dos períodos agudos da história do trabalho, no qual é desenhado um novo paradigma de emprego. A era das tecnologias da informação. O avanço tecnológico e a informática criaram um mundo dos computadores, disponibilizaram mão de obra, novas profissões surgiram, privatizações de empresas públicas intensificaram-se, sempre com profundas alterações nas relações de trabalho e no poder dos sindicatos perante o empregador.

[...]

No Brasil, o garantismo nasceu com o direito do trabalho como exigência social da proteção dos operários na fábrica, solidificou-se com a evidência da necessidade de reconhecer cidadania ao trabalhador, ganhou moldura jurídica de grande destaque com a Consolidação das Leis do Trabalho (1943), encontrou suporte no princípio protetor do direito do trabalho e encontrou na Justiça do Trabalho o epicentro de sua aplicação.

Depois da CLT, no período contemporâneo, diversas leis deram seqüência à diretriz tutelar, mas abandonou-se o teor protecionista da legislação brasileira com diversas normas flexibilizadoras. Toma-se,

¹¹ NASCIMENTO, op.cit., p. 54-58.

aqui, a palavra flexibilização no sentido de modificação das condições de trabalho como dos tipos de contratos de trabalho.

As condições de trabalho da sociedade contemporânea, se comparadas à época da criação da Consolidação das Leis do Trabalho, são bastante diversas. Isto é, afastaram-se os modelos tradicionais, como o fordismo e taylorismo. A tendência atual é a preocupação com os resultados, não importando o local e o tempo em que o trabalho é desenvolvido. Os casos dos teletrabalhadores e dos altos empregados, que serão a seguir estudados, são os principais exemplos desta nova forma de produção.

A análise do respeito a certos direitos trabalhistas é peça-chave para o estudo da desconexão (cujo conceito será adiante esclarecido): limite máximo de jornada, descansos intra e interjornada, férias, feriados e limitação das horas extras.

3. DAS CONTRADIÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO À LUZ DO ESTUDO DE JORGE LUIZ SOUTO MAIOR

Traçar a evolução histórica da relação homem x trabalho foi importante para compreender, passo a passo, como a sociedade contemporânea “se viciou” em trabalho. Analisadas as características desta sociedade e do “mundo do trabalho”, o próximo passo é destacar algumas contradições que envolvem os trabalhadores do presente.

Jorge Luiz Souto Maior é um renomado jurista brasileiro que escreveu um dos mais importantes artigos sobre o direito à desconexão¹². Neste artigo, o doutrinador afirma que este tema é revelador de várias contradições que circundam o chamado “mundo do trabalho”.

¹² SOUTO MAIOR. Op. cit.

Segundo Souto Maior¹³, “a primeira contradição está, exatamente, na preocupação com o não-trabalho em um mundo que tem como traço marcante a inquietação com o desemprego.” Como exposto anteriormente, um dos principais efeitos da globalização foi o desemprego funcional. É paradoxal lutar pelo direito de não trabalhar, se muitos lutam para conseguir um emprego.

Nesta contradição, porém, facilmente encontra-se a resposta para dois problemas: se há tecnologia para trabalhar 24 horas por dia, mas as pessoas devem laborar apenas 8 horas diárias, a solução evidente é contratar mais trabalhadores, contribuindo para a diminuição do desemprego, e efetivando o direito à desconexão, ao descanso. Lembra-se, entretanto, que a ordem do mundo globalizado é a redução de custos. Para que contratar mais e pagar mais se o próprio empregado aceita trabalhar dobrado?

A segunda contradição, nas palavras de Souto Maior¹⁴, “diz respeito ao fato de que, como se tem dito por aí à boca pequena, é o avanço tecnológico que está roubando o trabalho do homem, mas, por outro lado, como se verá, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho”.

Já foi esclarecido anteriormente que os avanços da tecnologia, ao substituir o homem pela máquina, causam o desemprego estrutural. Os poucos que “sobrevivem ao corte”, contudo, tem a sua disposição uma gama de instrumentos e aparelhagem que permitem que o homem trabalhe de qualquer lugar do mundo, esteja sempre conectado e seja facilmente encontrado. Ora, ninguém vai deixar de atender uma ligação do chefe, ainda que tarde da noite.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

A revista Exame¹⁵, discorrendo sobre “por que trabalhamos tanto”, assim dispôs:

Nesse ambiente de luta permanente, a tecnologia joga contra, não a favor. É outro contra-senso contemporâneo. Durante décadas, acreditou-se que a evolução da tecnologia serviria para aliviar a carga de trabalho humana. Ocorreu o oposto. “Trabalha-se mais porque houve um aumento brutal no volume de informação disponível e na velocidade com que essas informações circulam”, diz Geraldo Carbone, presidente do BankBoston no Brasil. Celulares, computadores e internet permitem que a empresa encontre um funcionário a qualquer hora do dia. E que ele trabalhe de onde estiver.

A terceira contradição que o tema “direito à desconexão” sugere é assim descrita por Souto Maior¹⁶:

Em terceiro plano, em termos das contradições, releva notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder espaço no mercado de trabalho.

Mais uma vez, a competição acirrada é o fator responsável por esta contradição. É preciso estar sempre o mais informado possível, para não perder seu lugar.

Por fim, a última contradição, segundo Souto Maior¹⁷, é que o mesmo trabalho que dignifica o homem retira-lhe esta dignidade, “impondo-lhe limites enquanto pessoa na medida em que avança sobre a sua intimidade e a sua vida privada.”

4 DO DIREITO À DESCONEXÃO

Após a análise do trabalho na sociedade contemporânea, no capítulo 2 desta monografia, é possível concluir que a relação homem x trabalho está “às avessas”. O

¹⁵ REVISTA EXAME. op. cit.

¹⁶ SOUTO MAIOR, op. cit.

¹⁷ Ibid.

trabalho sobrepõe-se ao homem, deixando de ser um mero instrumento de produção. Como hoje se ingressa cada vez mais cedo no mercado, trabalhando mais, sofrendo jornadas excessivas e, mesmo fora do ambiente de trabalho, o trabalho continua pelo celular ou pela internet, a fase mais vigorosa da vida - o final da adolescência e a fase adulta - é dedicado quase que totalmente ao trabalho. Viver, assim, perde o sentido.

Por conta disto, já é possível falar de um direito à desconexão, isto é, o direito de desconectar-se do trabalho, de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela deificação do mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo¹⁸. Entende-se como direito à desconexão o direito de, cumprida a jornada de trabalho, desligar-se de todas as questões relativas ao emprego, podendo-se, então, descansar, aproveitar a família e curtir momentos de lazer.

A sociedade, talvez, se tivesse sido organizada de outra forma, menos competitiva, se fosse uma característica cultural o trabalho em jornadas brandas, abrindo espaço para a inclusão de um número maior de pessoas, o direito à desconexão teria muito mais sentido e seria possível dispor de meios jurídicos para sua efetivação.

Ressalta-se que o direito à desconexão é decorrência da proteção à dignidade da pessoa humana, que é um fundamento do Estado democrático de direito, segundo o artigo 1º da Constituição Federal. Apesar de não haver dispositivo específico que o regule, este direito deve ser respeitado de forma a garantir a saúde do trabalhador.

¹⁸ SOUTO MAIOR, op. cit.

A Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho já protegem o direito ao descanso. Apesar desta proteção, muitos empregados aceitam perder esse direito para garantir aquela vaga de trabalho. Ainda assim, poderá futuramente pleitear indenizações por conta do suprimento destes direitos que, mesmo se autorizado pelo empregado, não podem ser dispostos. O direito à desconexão em si, entretanto, não está previsto na legislação.

A CLT, ao contrário, exclui do capítulo da jornada de trabalho os empregados que adquirem função de confiança, também chamados de altos empregados. Estes empregados normalmente estão conectados ao trabalho 24 horas por dia, como se estivessem à disposição, e a CLT acaba permitindo que isso aconteça.

Ainda que estes altos empregados recebam um salário elevado, isto não se justifica, pois não se pode conceber que alguém trabalhe 24 horas para um empregador. O problema é que muitas vezes esta é uma opção do próprio empregado, que prefere “escravizar-se” com o objetivo de subir na carreira e ganhar destaque.

Este tipo de atitude, porém, acaba gerando muitos danos, especialmente no que diz respeito às relações deste empregado com sua própria família. Os *workaholic* são pessoas estressadas e solitárias. E assim, indaga-se, para que tanto dinheiro, se não há tempo nem companhia para desfrutá-lo? Por isso que o direito à desconexão, ainda que a contra gosto do trabalhador, deve ser mais discutido, buscando-se maneiras de implementá-lo.

Outro obstáculo ao direito à desconexão é o teletrabalho, ou trabalho à distância. Esta forma de trabalho tem seus pontos positivos e negativos. Positivamente, o trabalhador está livre para organizar os horários que melhor lhe convêm, e trabalha no conforto do seu lar, estando mais próximo de sua família.

Porém, se não houver equilíbrio, o trabalho pode acabar se confundindo com a própria vida pessoal. Este é o lado negativo do teletrabalho: dependendo da maneira que for organizado, às vezes é impossível se desconectar.

É preciso ter em mente que, mesmo à distância, o trabalhador tem direito a limite de jornada e descanso. Uma forma de garantir o direito à desconexão seria o empregador implementar maneiras concretas de controlar os limites da jornada de trabalho, pois é dele o ônus da prova.

Entretanto, esbarra-se, novamente, no modelo competitivo de mercado: o empregador provavelmente vai distribuir mais trabalho àquela pessoa, pois não quer gastar mais contratando outro colaborador; e aquela pessoa vai passar o tempo que for preciso para desenvolver todo o trabalho recebido, pois não quer perder sua vaga. Mais uma vez, parece ser bastante complicado efetivar-se o direito à desconexão.

Percebe-se, também, uma afronta ao direito à desconexão quando o empregador exige do empregado horas extras habitualmente. Muitas empresas cometem o despautério de nem mesmo pagar o adicional de 50%, pelo menos, às horas extras prestadas. Novamente, a intenção é baratear o custo da mão de obra. Porém, esta prática é desleal, e afronta a coletividade, pois as empresas que pagam todos os direitos dos empregados, agindo conforme a lei, não terão competitividade contra este empregador desonesto.

Em relação às horas extras, já é um pouco mais fácil buscar a efetividade desta faceta do direito à desconexão. Judicialmente, é possível conseguir o pagamento do adicional de 50%, ou mesmo indenizações pelas horas extras habituais, pois estas configuram ato ilícito.

Ademais, por meio de uma ação civil pública, o Ministério Público pode até mesmo paralisar empresas que descumpram a jornada de trabalho.

É importante destacar as palavras de Souto Maior¹⁹ sobre a questão das horas extras:

Assim, o empregador, que exige de seu empregado a prestação de serviços em regime de horas extras de forma ordinária abusa de seu direito, agredindo o interesse social e mesmo econômico, comete, portanto, ato ilícito, cuja correção, evidentemente, não se dará pelo mero pagamento do adicional de horas extras. O dano do trabalhador, aliás, não depende de prova, pois que se configura pelo próprio fato em si do trabalho em horas extras de forma ordinária (ainda mais quando não remuneradas devidamente), na medida em que a própria lei estabeleceu o limite das horas de trabalho para proteção da saúde do trabalhador (questão de ordem pública) e também para ampliar o acesso ao mercado de trabalho (também questão de ordem pública).

O valor da indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944), mas isto não inibe o caráter punitivo da indenização, como forma de desestimular a continuação da prática do ato ilícito, especialmente quando o fundamento da indenização for a extrapolação dos limites econômicos e sociais do ato praticado, pois sob o ponto de vista social o que importa não é reparar o dano individualmente sofrido, mas impedir que outras pessoas, vítimas em potencial do agente, possam vir a sofrer dano análogo.

A reparação do dano, nestes casos, tem natureza social e não meramente individual. Não é, portanto, simplesmente, do interesse de ressarcir o dano individual que se cuida. É neste sentido, aliás, que o artigo 944, estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano, pressupondo, assim, o exame de ser o dano meramente individual ou possuir importante repercussão social.

Assim, percebe-se que o direito à desconexão não tem uma conotação puramente individual, mas também difusa. É interesse da sociedade assegurar jornadas de trabalho mais brandas, para aumentar o acesso ao mercado de trabalho por parte dos desempregados. Além disso, a supressão do direito de desconexão repercute no custo da produção e acarreta concorrência desleal, ferindo a ordem jurídica e econômica.

5. DAS SITUAÇÕES QUE FEREM O DIREITO À DESCONEXÃO

¹⁹ Ibid.

Em determinadas situações, dificilmente o empregado gozará do direito à desconexão. É o caso dos teletrabalhadores e dos altos empregados, pois, diante da impossibilidade de fiscalizar a jornada de trabalho, os donos do capital acabam por distribuir um grande volume de tarefas e responsabilidades, fazendo com que o empregado tenha raros momentos de descanso absoluto. Apesar de o direito à desconexão ter resguardo constitucional, pois é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção à privacidade e intimidade, nestes casos, o empregado não tem apoio da legislação trabalhista para justificar uma demanda judicial. Ao contrário, os altos empregados, por exemplo, foram excluídos pela Consolidação das Leis do Trabalho do capítulo referente à jornada de trabalho, fazendo parecer que estes não têm direito ao limite da jornada nem aos descansos. Neste capítulo, passa-se a analisar tais situações.

5.1 Altos empregados

A legislação trabalhista entende tratar-se de uma situação excepcional o caso dos chamados “altos empregados”. Estes empregados ocupam posições superiores na organização hierárquica da empresa, como cargos de confiança, gerência, chefia e supervisão, entre outros. Segundo Godinho²⁰,

A organização interna do sistema de trabalho, na empresa, leva à elaboração de minuciosa e abrangente hierarquia entre setores e, particularmente, cargos e funções. Nesse universo interno de distribuição assimétrica de poderes e prerrogativas, surgem determinadas diferenciações entre empregados, com fulcro na concentração em alguns deles de prerrogativas de direção e gestão próprias ao empregador.

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 339.

Os altos empregados recebem do empregador poderes que não são postos a qualquer contratado. Esta delegação pode resultar em maior complexidade das funções exercidas e aumento da responsabilidade, motivos que justificam o acréscimo salarial, se houver. Quando recebem poder de gestão e liberdade de organizar seu horário de trabalho, também pode resultar na impossibilidade do controle da jornada do alto empregado. Por conta disto, a legislação obreira optou por conceder-lhes tratamento diferenciado.

Segundo o art. 62, inciso II, da CLT,

Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

[...]

II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento e/ou filial.

Parágrafo único. O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Da leitura do artigo compreende-se que os altos empregados não se sujeitam aos limites da jornada laboral impostos pelo capítulo II da CLT. Para tanto, é necessário que haja o exercício de cargo de gestão e aumento salarial em 40%. De acordo com Vólia Bomfim²¹,

Para a exclusão de uma regra tutelar geral, necessário o preenchimento de dois requisitos concomitantes: exercício de função de confiança e percepção de gratificação de 40% ou majoração salarial correspondente a 40% (art. 62, parágrafo único, CLT).

[...]

A confiança preconizada no art. 62, II, da CLT é aquela que é depositada no empregado que exerce, por delegação, algum poder típico do empregador, se confundido com ele em alguns atos, similar àquela conceituada no art. 1.172 do Código Civil.

²¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 701-702.

O principal poder do empregador é o de gerir a empresa com autonomia, bem como o de disciplinar seus empregados. Desta forma, aquele empregado que tiver como função a de gestão da empresa, do setor ou filial, com total autonomia, é um alto empregado incluído do art. 62 da CLT e, portanto, excluído do Capítulo em estudo.

O capítulo II da CLT, do qual estão excluídos os altos empregados, regula os limites da jornada de trabalho, o regime das horas-extras, os períodos de descanso *intra* e *inter* jornada e, por fim, o trabalho noturno. Pela interpretação literal do art. 62 da CLT, nada do que foi disciplinado no capítulo citado se aplicará aos altos empregados. Entretanto, é preciso interpretar o dispositivo à luz dos princípios gerais do direito, dos princípios do direito do trabalho e da Constituição Federal. Isto feito, compreende-se que esta exclusão não é absoluta. Certamente, o trabalho dos altos empregados está sujeito a limites.

De início, é importante considerar que a Constituição Federal, em seu art. 7º, XIII, impõe a todos os trabalhadores a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Indaga-se, então, se o art. 62 da CLT é constitucional, ou não. Sobre esta questão, a doutrina se divide, parte entendendo pela constitucionalidade, e parte minoritária pelo sentido contrário.

Sérgio Pinto²², defensor da constitucionalidade, afirma:

Poder-se-ia dizer que o art. 62 da CLT seria inconstitucional, pois o inciso XIII do art. 7º da Constituição estabelece que o empregado deve trabalhar oito horas diárias e 44 semanais. Entretanto, o art. 62 da CLT não está mencionando que o empregado deva trabalhar mais do que a jornada especificada na Constituição, apenas que aquelas pessoas que não têm controle de horário ou os gerentes, de modo geral, deixam de ter direito a horas extras, pois no primeiro caso é difícil dizer qual o horário em que prestam serviços, por trabalharem externamente, e no segundo caso o empregado faz o horário que quer, podendo entrar mais cedo e sair mais tarde, ou entrar mais tarde e sair mais cedo, a seu critério. Neste último caso, verifica-se que o poder de direção do empregador é muito menor, e em muitos casos é o empregado que determina muitas coisas,

²² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 515.

justamente por ter encargo de gestão. Assim, não têm tais pessoas direito a horas extras e não é inconstitucional o art. 62 da CLT.

No mesmo sentido, Vólia Bomfim²³ assim discorre:

O art. 62 da CLT foi recepcionado pela Constituição de 88, pois a regra geral imposta pelo art. 7º, XIII e XVI, da CRFB não revoga os casos especiais. Se assim o fosse, não existiria mais o contrato a termo em face do aviso prévio garantido a todos os trabalhadores (art. 7º, XXI, da CRFB), nem o direito à equiparação salarial preconizada no art. 461 da CLT, em face da igualdade preconizada no *caput* do art. 5º da CRFB etc.

Neste sentido Magano, Sussekind, aparentemente Russomano, Valentim Carrion, Sérgio Pinto e Amauri Mascaro (alguns abordam o tema em estudo sem lançar qualquer comentário acerca da constitucionalidade ou não do artigo, mas enfrentam as características dos excluídos, gerando a presunção de que o acham constitucional).

Com grande lucidez Maurício Godinho enfrenta o assunto e esclarece que o art. 62 da CLT não traz uma regra discriminatória, que seria de todo inconstitucional. Trata-se somente de uma presunção jurídica (afastável por prova em contrário) de que a jornada não é fiscalizada, e como tal não é capaz de gerar direito a hora extra. É critério prático, não de eleição ou de discriminação. Nas palavras do jurista "(...) havendo prova firme (sob ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle sobre o *cotidiano* da prestação laboral, fixando fronteiras claras à jornada diária laborada, afasta-se a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes à jornada de trabalho".

Por outro lado, José Augusto Rodrigues Pinto e Jorge Luiz Souto Maior entendem pela inconstitucionalidade do art. 62 da CLT. Apesar de minoritário na doutrina, este foi o entendimento consagrado no Enunciado nº 17 da Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.

17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.

Segundo Souto Maior²⁴,

²³ CASSAR, op. cit., p. 699-700.

²⁴ SOUTO MAIOR, op. cit.

Mas, se dirá, e o empecilho do artigo 62, II, da CLT? Ele de fato não existe. Para verificar isto, responda-se, sem maiores reflexões, à seguinte pergunta: os altos empregados têm direito a repouso semanal remunerado? Ninguém, por mais liberal que seja, responderá em sentido negativo. A resposta que, inevitavelmente, virá às nossas mentes é: sim, ele tem direito, afinal não se pode conceber que uma pessoa se obrigue a trabalhar para outro em todos os dias da semana, sem sequer uma folga. No entanto, o art. 62, II, da CLT, se aplicado friamente constituiria um obstáculo a esta conclusão, na medida que exclui todos os exercentes de cargo de confiança a aplicação de todo o Capítulo II, da CLT, no qual se inclui o direito ao repouso semanal remunerado (art. 67, regulado, mais tarde, pela Lei n. 605/49). Ocorre que o inciso XV do art. 7º, da CF/88, conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito ao repouso semanal remunerado e, portanto, a pretendida exclusão contida no art. 62, II, neste aspecto, mostra inconstitucional. Note-se, a propósito, que a própria Lei n. 605/49, que tratou do direito ao descanso semanal remunerado não exclui de tal direito os altos empregados.

Ora, se têm direito ao descanso semanal remunerado, é porque o próprio ordenamento reconhece que o trabalho dos altos empregados deve ter limites. Além disso, utilizando-se a mesma linha de raciocínio, chegar-se-á, inevitavelmente, à conclusão de que o art. 62, II, da CLT, é inconstitucional, na medida em que o inciso XIII, do artigo 7º, conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito à limitação da jornada de trabalho.

Na prática, tem-se percebido que os altos empregados, especialmente os executivos que trabalham para grandes empresas, submetem-se a jornadas excessivas. Betania Tanure, psicóloga mineira, professora associada da Fundação Dom Cabral e mestre convidada do Insead, na França, e da London Business School, conduziu, em 2007, uma importante pesquisa, intitulada “Infelicidade no Trabalho”, com mais de mil executivos de 350 empresas, cujos dados foram publicados na revista *Época Negócios*²⁵. Segundo a revista, a pesquisa foi o mais completo estudo sobre o mundo corporativo no Brasil. O estudo revelou que, no Brasil, os executivos do topo trabalham em média 14 horas diárias e 70 horas semanais. Isto representa quase o dobro do limite constitucional.

²⁵ REVISTA ÉPOCA NEGÓCIOS. *A angústia da vida executiva*. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/O,,ERT22062-16380,00.html>> Acesso em: 19 dez 2012.

A pesquisa apontou, ainda, que 84% dos executivos são infelizes no trabalho; 76% deles acessam e-mail profissional fora do horário de trabalho; 54% deles estão insatisfeitos com o tempo dedicado à vida pessoal. Estes dados demonstram que a jornada de trabalho destes executivos não é saudável, dado o grau de infelicidade.

Segundo Souto Maior²⁶,

[...] os altos empregados estão sujeitos a jornadas de trabalho extremamente elevadas, interferindo, negativamente em sua vida privada. Além disso, em função da constante ameaça do desemprego, são forçados a lutar contra a “desprofissionalização”, o que lhes exige constante preparação e qualificação, pois que o desemprego desses trabalhadores representa muito mais que uma desocupação temporária, representa interrupção de uma trajetória de carreira, vista como um plano de vida, implicando crise de identidade, humilhação, sentimento de culpa e deslocamento social. Em suma, a sua subordinação ao processo produtivo é intensa, corroendo sua saúde e desagregando sua família. Veja-se, por exemplo, que muitos sequer têm tido tempo para tirar férias, pois que, diante do quase inesgotável acesso a fontes de informações e por conta das constantes mutações das complexidades empresariais, ficar muitos dias desligado do trabalho representa, até mesmo, um risco para a manutenção do próprio emprego.

Apesar da exclusão do art. 62, II, da CLT, não se pode conceber que alguém trabalhe sem limite de horário e sem descanso, pois a saúde do trabalhador é direito indisponível. Os altos empregado, assim como qualquer trabalhador, têm direito à desconexão.

Retornando à questão da constitucionalidade do art. 62 da CLT, a solução apontada por Sérgio Pinto, citada anteriormente, é bastante coerente. Apesar de estarem os altos empregados excluídos do capítulo concernente à jornada de trabalho da CLT, não o estão da norma constitucional, devendo haver, sim, a limitação em 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Partindo deste preceito e levando em consideração que, pelas especificidades decorrentes da delegação do poder de gestão, os altos empregados não têm direito,

²⁶ SOUTO MAIOR, op. cit.

em uma primeira análise, às horas extras, pois não há controle de jornada, ficando a cargo do empregado definir o horário de trabalho. Isto não quer dizer que os altos empregados não têm, absolutamente, direito às horas extras. Em situações abusivas, quando não houver o respeito à limitação da jornada em 8 horas diárias e 44 semanais, bem como ao descanso semanal remunerado, estes direitos podem ser assegurados judicialmente, havendo maneiras outras de se provar a lesão, como testemunhas, análise de metas e do volume de trabalho, agenda de reuniões, e até mesmo o histórico da troca de mensagens eletrônicas e ligações.

Seguindo o raciocínio oposto, pela inconstitucionalidade do art. 62 da CLT, estariam, então, os altos empregados sujeitos aos limites da jornada impostos pela Constituição e pela CLT. Como para estes empregados não há o controle de jornada através do “ponto”, deve o empregador assegurar-se de outros meios para garantir a duração do trabalho e evitar a utilização indiscriminada da força de trabalho daquele indivíduo. Para Souto Maior²⁷,

Em suma, atendendo aos pressupostos do direito ao não trabalho, para preservação da intimidade da vida privada e da saúde social, há de se considerar que os altos empregados – exercentes de cargo de confiança – estão inseridos no direito à limitação da sua jornada de trabalho, em conformidade com o tipo de trabalho executado: para os que trabalham, a maior parte do tempo, no estabelecimento do empregador, inserindo-se no contexto da unidade produtiva, sua jornada normal deve ser a mesma de seus subordinados; para os que executam seus serviços, com grande autonomia no que se refere ao contexto produtivo, o limite de sua jornada deve ser, obrigatoriamente, fixado em contrato individual, de forma a respeitar os períodos legais de descanso (RSR, férias, feriados...) e a vida privada do empregado, com previsão da carga de trabalho a ser exigida, sob pena de recais sobre o empregador o ônus da prova das horas trabalhadas.

Portanto, tanto pela linha da constitucionalidade quanto pela linha da inconstitucionalidade do art. 62 da CLT, é possível afirmar que os altos empregados

²⁷ SOUTO MAIOR, op. cit.

tem o direito à desconexão, e que esta pretensão pode, sim, ser reclamada em juízo. Os avanços da tecnologia têm permitido que o empregado permaneça conectado ao trabalho 24 horas por dia, através do telefone ou da internet. Porém, a vida de uma pessoa não pode se reduzir ao trabalho. Mesmo que seja uma opção do empregado a sujeição à jornada excessiva, o que efetivamente ocorre na maioria dos casos, pois a contraprestação pecuniária acaba por convencer à entrega irrestrita, o direito do trabalho deve intervir nesta questão e assegurar a inexistência deste tipo de jornada, pois os direitos à saúde e intimidade são indisponíveis, e todo trabalho deve preservar a dignidade da pessoa humana.

5.2 Teletrabalho

Outra situação importante para o estudo do direito à desconexão é o caso dos teletrabalhadores, que se passa a analisar neste tópico.

O teletrabalho rompeu com certas definições clássicas do contrato de trabalho ao permitir a realização do serviço em lugar outro que o estabelecimento da empresa, até mesmo na residência do próprio empregado. Representa uma nova forma de exploração do trabalho humano, bem distante do modelo fordista, moldada à globalização. O teletrabalho é o resultado do encontro do trabalho com as inovações tecnológicas, permitindo que a subordinação do empregado ao empregador ocorra por meios telemáticos e informatizados, quebrando o modelo clássico que somente admitia controle direto e pessoal.

Para compreensão do teletrabalho, é preciso desamarrar-se dos institutos e concepções ligados à revolução industrial, quando maior parte da legislação trabalhista vigente foi criada, e aplicar esta mesma legislação através de uma

interpretação histórica e sociológica, levando em conta as novas situações decorrentes do avanço tecnológico, que cria relações jurídicas não imaginadas no momento da feitura da lei.

Longe de compreender esta nova organização do trabalho, muitos juristas afirmam que o teletrabalho, ou trabalho à distância, não gera relação de emprego. Para esclarecer as dúvidas, a Lei 12.551, de 2011, alterou o art. 6º da CLT, que passou a vigor da seguinte forma:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Portanto, resta claro que, em havendo pessoalidade, subordinação, onerosidade, não eventualidade, e se o empregado não correr os riscos do negócio, estará configurada a relação de emprego, ainda que à distância.

O conceito de teletrabalho ainda apresenta várias divergências doutrinárias. Para Vólia Bomfim²⁸, teletrabalho significa trabalho à distância, realizado fora do estabelecimento do empregador. Segundo Vólia, não há necessidade de o empregado utilizar instrumentos de informática ou de telecomunicação. Já para Pinho Pedreira e Valentin Carrion²⁹, teletrabalho é espécie do gênero trabalho à distância desenvolvido através da telemática, isto é, com uso exclusivo da informática, não estando incluído o trabalho com utilização de telefones ou outros meios de comunicação. Rodrigues Pinto³⁰, um pouco mais abrangente, advoga que

²⁸ CASSAR, op. cit., p. 714.

²⁹ CARRION, Valentino *apud* CASSAR, op. cit., p. 715.

³⁰ PINTO, Rodrigues *apud* CASSAR, op. cit., p. 715.

teletrabalho corresponde a uma atividade de produção ou de serviço que permite o contato a distância entre o apropriador e o prestador da energia pessoal.

Não interessa, para este trabalho, as divergências doutrinárias acerca do conceito de teletrabalho e seus tipos. Para a análise do direito à desconexão, toma-se teletrabalho como trabalho à distância, realizado fora da empresa ou do escritório, não havendo contato pessoal entre os sujeitos da relação de emprego (ou havendo contato pessoal esporádico), mas com a possibilidade de contato através das novas tecnologias (telefone, e-mail, vídeo conferência, etc). Interessa, também, a este estudo, o trabalho à distância realizado por empregados que, mesmo cumprindo jornada na empresa, ao sair do escritório continuam a trabalhar através de celulares e computadores.

Vittorio Di Martino, conselheiro especial em inovação e bem-estar organizacional da Organização Internacional do Trabalho - OIT, em livro intitulado “Promoting Decent Work – The high Road to teleworking”³¹, assim discorre:

Twenty years ago, when the concept of teleworking firsts began to be debated, it was taken to mean simply the opportunity to work from home, using telecoms links to replace commuting with what was also called ‘telecommuting’.

But as the idea of telework has developed, so the breadth of the concept has expanded as well. Whilst home teleworking remains a significant element in the overall picture, we must also include remote working taking place in other ways. People already work in neighbourhood centers, in community telecottages and in telecentres. Increasingly they also work on planes and trains, in hotel rooms, from cars, in clients’ offices, from ‘touch-down’ facilities elsewhere in their company, and from special teleworking facilities provided commercially for rent. The workplace today is, potentially, anywhere where electronic networking is possible.

Explicando, o autor afirma que o conceito de teletrabalho, quando começou a ser debatido, significava apenas a oportunidade de trabalhar em casa. Mas a ideia de teletrabalho foi desenvolvendo-se, e o conceito alargando-se. O trabalho em casa

³¹ DI MARTINO, Vittorio. *Promoting decent work*. Genebra: OIT, 2001, p. 11.

continua a ser um elemento significativo, porém, deve-se incluir o trabalho remoto que ocorre de outras formas, como em telecentros. Cada vez mais as pessoas também trabalham em aviões e trens, em quartos de hotel, em carros, no escritório de clientes e através de outras facilidades. O local de trabalho hoje é, potencialmente, em qualquer lugar onde acessar a rede eletrônica é possível.

Por conta do teletrabalho, está mais difícil, senão impossível, desconectar-se do trabalho. A situação extrema-se no caso daqueles que trabalham em casa, que acabam por fundir seu local de descanso e convívio familiar com o ambiente de trabalho.

Segundo a SOBRATT – Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades, fundamentada em pesquisas realizadas em 2008 e publicadas no site da sociedade³², o Brasil conta com aproximadamente dez milhões e seiscentos mil teletrabalhadores. Este número representa 5% da população brasileira. Ainda de acordo com a SOBRATT, pelo menos 23,3% da população adulta em atividade no país (cerca de um em cada quatro brasileiros) adota ao longo do mês alguma forma de teletrabalho, sendo que, entre todos, o trabalho em casa é a modalidade mais comum (52%).

De acordo com estes dados, o número de brasileiros que trabalham em casa é enorme, e esta estatística vem aumentando ao longo do tempo, impulsionada pelo barateamento da tecnologia e pela redução de custo que representa para a empresa manter o empregado em casa. Estes empregados, que não têm uma jornada de trabalho definida, estão sempre à disposição do empregador, e esta disponibilidade

³² Dados extraídos do site da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades, SOBRATT - www.sobratt.org.br/faq.html

excessiva pode caracterizar um problema muito grave: a impossibilidade de desconectar-se do trabalho.

O teletrabalho proporciona uma flexibilização do local e do horário de trabalho. Certamente, é um benefício para o empregado, que não precisa se deslocar à empresa, ganhando tempo. Para aqueles que trabalham em casa, o teletrabalho também favorece o aumento da produtividade, pois as tarefas são realizadas no conforto do lar. Do outro lado, o empregador também ganha bastante, pois reduz diversos custos com espaço, podendo economizar, por exemplo, aluguel e luz de um escritório. Além disso, terá funcionários satisfeitos. Por estes motivos, o teletrabalho não pode ser ignorado. É uma nova sistemática que traz vantagens aos dois lados da relação trabalhista. Entretanto, as benesses acima descritas retratam o cenário ideal. Em grande parte dos casos, o teletrabalhador é submetido a jornadas excessivas, afetando sua saúde e ferindo direitos trabalhistas indisponíveis.

Segundo aponta Marcela Pereira³³, em trabalho intitulado “A fiscalização do direito à saúde e segurança no meio ambiente laboral no âmbito do teletrabalho”,

Sendo a saúde e segurança do teletrabalho tema que ostenta grande repercussão no cenário juslaboral face ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, conforme ensina Winter, que o fato de o empregador laborar em casa ou até mesmo em centros de teletrabalho, enseja a possibilidade de que a sua jornada de trabalho acabe sendo excedida, não se verificando as devidas pausas de descanso.

Segundo aponta Kugelmass, um dos desafios ao trabalho flexível, recai justamente no vício de trabalhar, afirmando posteriormente que o fato de o trabalho ser realizado longe dos centros tradicionais da empresa, faz com que, muitas vezes, o “telecomutador”, expressão utilizada pelo autor, trabalhe de forma mais intensa e por períodos mais longos, desencadeando a probabilidade de uma série de doenças ocasionadas devido ao *stress*.

Verifica-se que tal situação desfavorável presente no ambiente de trabalho, pode nitidamente prejudicar e abalar a integridade física

³³ PEREIRA, Marcella Vergara Marques. *A fiscalização do direito à saúde e segurança no meio ambiente laboral no âmbito do teletrabalho*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/marcella_pereira.pdf> Acesso em: 19 dez 2012.

e psíquica daquele que labora do regime do teletrabalho. É nesse sentido que Resedá assinala a importância do direito à desconexão, isto é “[...] o direito do assalariado de não permanecer ‘lincado’ com o empregador fora dos horários de trabalho, nos finais de semana, férias ou quaisquer outros períodos que sejam destinados ao seu descanso.

Como exemplo, toma-se o caso daqueles que exercem teletrabalho em sua residência. Diante da impossibilidade de fiscalizar a jornada de trabalho, o contrato firmado, na maioria das vezes, se dá através de um sistema de cumprimento de metas. Quanto maior for a produção, maior será o salário recebido. O trabalhador, pois, com o objetivo de ganhar mais, prolongará o tempo destinado ao trabalho, podendo facilmente ultrapassar a linha invisível que, em sua casa, divide o espaço de lazer e descanso com o ambiente de labor. Segundo Salomão Resedá³⁴,

O sistema de cumprimento de metas faz com que o salário do teletrabalhador dependa diretamente de um maior volume e velocidade de produção das informações. Portanto, indiretamente, o teletrabalhador é compelido a ampliar o seu tempo de trabalho a fim de cumprir com um volume maior de obrigações.

É importante compreender que, mesmo que o contrato de trabalho estabeleça um sistema de cumprimento de metas, o volume de serviço não deve ultrapassar o limite constitucional da jornada trabalhista. Não é uma opção do empregado trabalhar mais para ganhar mais, ao contrário, é uma obrigação do empregador respeitar os direitos trabalhistas firmados na carta constitucional, ainda que o empregado peça que o limite máximo seja desconsiderado. Mais uma vez, destaca-se que o direito do trabalho, ao interferir nesta questão e limitar a jornada de trabalho, tenta garantir a dignidade do homem frente a uma sociedade capitalista, e evitar a escravidão ao trabalho, neste caso, proporcionada pela tecnologia.

³⁴ RESEDÁ, Salomão. Op. cit.

Por conta disso, o empregador deve controlar, ainda que à distância, o trabalho dos seus contratados. Para tanto, pode, por exemplo, criar um sistema de *log in* em ambiente virtual da empresa para contabilizar as horas destinadas à produção das tarefas. Pode também implementar um sistema de relatórios, para que o empregado forneça um relato do que foi produzido diariamente. De qualquer forma, a extrapolação do limite constitucional pode ser percebida pela análise das ligações, dos emails, e, principalmente, do volume de trabalho e das metas exigidas.

Salomão Resedá³⁵ discorre brilhantemente sobre o que foi aqui exposto. Em seus dizeres:

Em contrapartida, à primeira vista, o teletrabalho apresenta-se apenas como uma nova modalidade de exploração, agora por meios virtuais, do trabalho do empregado. Sob o manto da garantia de um maior conforto com a redução do estresse pró-funcionário, empregadores têm em suas mãos uma ferramenta de grande utilidade para aumentar o nível de atividades exigidas ao empregado. Isto porque da mesma forma que a tecnologia possibilita a realização de tarefas nos mais diversos locais, também viabiliza a fiscalização por parte do empregador em qualquer área que ele se encontre.

[...]

É evidente que aquele que trabalha sob o regime de teletrabalho terá uma interferência na sua vida particular por parte do empregador muito maior do que o “empregado normal”. Como dito anteriormente, nestas situações haverá uma mitigação na divisão entre o tempo dedicado ao lazer e aquele destinado à atividade profissional: o profissional passará a trazer a empresa para a sua intimidade. A fiscalização indicativa do tempo disponibilizado deverá ser submetida aos mesmos avanços tecnológicos que provocaram essa acessibilidade quase que irrestrita.

[...]

Desta forma, o direito à desconexão apresenta-se como uma forma de garantia do cumprimento do preceito constitucional a partir dos novos paradigmas trazidos pela tecnologia. Em razão do limite imaginário que distinguia o tempo utilizado para lazer e para o cumprimento de atividades profissionais encontrar-se mitigado no teletrabalho, é necessário que o empregado seja acobertado por um direito que lhe garanta a revitalização desta divisão e o respeito do seu período de descanso.

[...]

O exercício do trabalho através do teletrabalho não dificulta a fiscalização do correto cumprimento dos intervalos legalmente previstos. O empregado poderá estar sempre on-line para o seu

³⁵ RESEDÁ, op. cit..

empregador, bastando, para isso, que mantenha seu laptop ligado, garantindo, assim, conexão imediata com a sede da empresa.

[...]

Neste sentido, busca-se evitar que a tecnologia seja utilizada como uma ferramenta de pressão e de exploração do empregador perante o empregado. É necessário que seja respeitado tal direito, na medida em que, submetido ao teletrabalho, ele estará mais exposto à penetração da sua vida profissional no âmbito de sua vida particular. Caso isso não seja assegurado, a “liberdade” adquirida ao sair das paredes da empresa não mais permanecerá em evidência.

O direito à desconexão, portanto, deve ser respeitado no âmbito do teletrabalho. Ainda que não seja possível fiscalizar pessoalmente a jornada do teletrabalhador, o contratante deve utilizar-se de outros meios de fiscalização indireta, de modo a garantir que o limite constitucional de 8 horas diárias e 44 horas semanais não seja desrespeitado.

O respeito ao direito à desconexão é uma pretensão que pode ser reclamada em juízo. Para tanto, basta que o empregado forneça provas de que estava sendo submetido a jornada excessiva, incapaz de desfrutar dos momentos de descanso, por culpa do empregador. Entretanto, os julgadores do país têm adotado uma posição bastante conservadora ao decidir casos em que o direito à desconexão é desrespeitado por conta da disponibilidade excessiva do empregado ocasionada pelo uso de aparelhos tecnológicos. Na maioria dos casos, os tribunais pátrios entendem que, tendo o empregado liberdade de locomoção, não há lesão. Entretanto, mesmo tendo a possibilidade de locomover-se livremente, se o empregado continuar à disposição da empresa, ainda que em casa, em tempo superior ao limite constitucional, impossibilitado de desconectar-se do trabalho, haverá, sim, lesão. Este entendimento, praticamente inédito, deve ser considerado, pela saúde psíquica do empregado, que deve ter momentos para usufruir do convívio familiar, realizar atividades de lazer e descanso.

Conforme ensina Souto Maior³⁶, “o importante é não evitar a discussão sob o *prima jurídico*, partindo-se da falsa presunção de que o trabalho, sendo externo, longe dos olhos físicos do empregador, não está sujeito a limite”.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o direito à desconexão é aplicável no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, pois é decorrência do princípio da dignidade humana, e da preservação da intimidade e privacidade, todos previstos constitucionalmente.

A proteção ao direito de não trabalhar é essencial para garantir o resgate da dimensão humanística ao indivíduo, que, com a necessidade premente de obter recursos para a garantia de suas necessidades, isto é, com a dependência econômica ao emprego, abre mão dos intervalos de descanso. Esgotado o limite constitucional da duração do trabalho, o empregado não tem a opção de trabalhar mais. Vale lembrar que o direito à saúde é indisponível. Entretanto, em diversas situações, o trabalhador opta por submeter-se a jornadas excessivas e indignas, guiado por suas exigências de consumo e objetivos de vida. Ainda assim, o empregador deve observar o limite máximo de 8 horas diárias e 44 horas semanais, sob pena de desrespeitar o direito à dignidade humana.

O direito à desconexão não deve ser assegurado apenas por sua conotação individual, pois tem também uma faceta difusa. Prática concorrencial desleal o empregador que não respeita os direitos trabalhistas com o objetivo de baratear o

³⁶ SOUTO MAIOR, op. cit.

custo da produção. Além disso, é interesse da sociedade exigir o cumprimento dos limites da jornada de trabalho, para aumentar o acesso ao mercado de trabalho, reduzindo o desemprego.

O trabalhador brasileiro tem o direito a desconectar-se do emprego, e esta pretensão pode ser reclamada em juízo, já que há diversas maneiras de se provar a disponibilidade excessiva. O Judiciário não pode permitir que um trabalhador permaneça conectado ao trabalho acima do limite que garante a sua saúde.

Assim, conclui-se que o direito à desconexão deve ser aplicado imediatamente, independente de norma que venha regulá-lo, inclusive em juízo.

Esta é a função do Direito: regular a vida em sociedade e garantir os direitos fundamentais mesmo em situações em que o indivíduo se veja obrigado a deixá-los de lado.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paul: LTR, 2005.

BRASILEIRA DE NORMAS E TÉCNICAS (ABNT). *Referências bibliográficas*: NBr 6023. São Paulo: ABNT, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 out. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n.5.452, de 1º de Maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 25 out. 2012.

CALVET, Otavio Amaral. *O Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho*. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/otavio_calvet/otavio_calvet_direito_ao_lazer.pdf> Acesso em: 19 dez 2012

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DI MARTINO, Vittorio. *Promoting decent work*. Genebra: OIT, 2001.

HOBBSAWN, Eric J. *A era do capital, 1848 – 1875*. 5. ed: tradução Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HOBBSAWN, Eric J. *Era dos Extremos: o breve século xx: 1914-1991*. 2. ed: tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KULGEMASS, Joel. *Teletrabalho: novas oportunidades para o trabalho flexível: seleção de funcionários, benefícios e desafios, novas tecnologias de comunicação*. São Paulo: Atlas: 2006.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e reforma trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2003.

MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. *História das cavernas ao Terceiro Milênio*. São Paulo: Moderna, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Tendencias mundiales del empleo 2012. Prevenir una crisis mayor del empleo*. Genebra: OIT, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *World of Work Report. Better jobs for a better economy*. Genebra: OIT, 2012.

PEREIRA. Marcella Vergara Marques. *A fiscalização do direito à saúde e segurança no meio ambiente laboral no âmbito do teletrabalho*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/marcella_pereira.pdf> Acesso em: 19 dez 2012.

PINTO, Augusto Eduardo Miranda. A precarização do meio ambiente do trabalho no espaço urbano. *Revista de Direito da Unigranrio*. Rio de Janeiro, vol. 3, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://www.publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/969/592>>. Acesso em: 15 nov 2012.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

RESEDÁ, Salomão. *O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/anexos/23040-23042-1-PB.pdf>> Acesso em: 8 dez 2012.

REVISTA ÉPOCA NEGÓCIOS. *A angústia da vida executiva*. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/O,,ERT22062-16380,00.html>> Acesso em: 19 dez 2012.

REVISTA EXAME. *Por que trabalhamos tanto?* Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0859/noticias/por-que-trabalhamos-tanto-m0079847>> Acesso em: 17 out 2012.

ROBERTS, J. M. *The penguin history of the twentieth century*. Penguin books, 2000.

SANTOS, Élisson Miessa. *Estudos aprofundados MPT*. Juspodivm, 2012.

SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Método, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 23, 2003*. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf> Acesso em: 12 dez 2012.

VICENTINO, Cláudio. *História para o Ensino Médio*. São Paulo: Scipione, 2002.

WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.