

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 450

(ano VII)

(29/09/2015)

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



29/09/2015 Leonardo Sarmento

» [CPMF: Seu retorno é constitucional? Sustentamos a sua inconstitucionalidade!](#)

ARTIGOS

29/09/2015 Douglas José Jesus de Carvalho

» [Os movimentos sociais e a evolução histórica da democracia no contexto político social](#)

29/09/2015 Laércio Vieira Machado

» [Dos aspectos jurídicos do inquérito civil público](#)

29/09/2015 Michele Machado Segala

» [Dano existencial: uma análise sobre a aplicabilidade dessa modalidade de responsabilidade civil nas relações de trabalho](#)

29/09/2015 Patrícia Gomes Machado

» [O Artigo 155 do CPP e os crimes de competência do júri](#)

29/09/2015 Camilla Holanda Mendes da Rocha

» [Trabalho escravo e degradante](#)

29/09/2015 Fabiano Saraiva Medeiros

» [Da intervenção do estado na propriedade: Da servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, limitação administrativa e tombamento](#)

CPMF: SEU RETORNO É CONSTITUCIONAL? SUSTENTAMOS A SUA INCONSTITUCIONALIDADE!

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

"Não há nada que a sabedoria e a prudência devam regulamentar tão bem quanto a porção que se tira e a porção que se deixa aos súditos"
(Montesquieu).

Resta imponderável que o sucesso do Estado na busca do bem estar social depende, inegavelmente, de uma carga tributária equilibrada e suportável que possibilite, de um lado, a manutenção das atividades estatais e o financiamento da execução do programa constitucional e, de outro, assegure ao contribuinte a proteção do direito de propriedade e da liberdade individual.

É dentro destes contornos que a [CF](#), ao estruturar os pilares da ordem tributária, institui as limitações ao poder de tributar, que se equiparam aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, como já reconheceu o STF por ocasião do julgamento da ADIn 939-7/DF. Entre as referidas limitações emerge o princípio de vedação ao tributo com efeito de confisco (artigo [150](#), [IV](#), [CRFB](#)), proibindo a instituição de tributo que venha a subtrair a integralidade ou uma parcela vultosa da propriedade

do contribuinte – independente da natureza do tributo e de qualquer contraprestação estatal.

Dentro destas perspectivas, é preciso enfatizar que a [Constituição](#) da República manifesta-se como fonte normativa altissonante na estrutura do Sistema Tributário Nacional, principalmente ao traçar a restrição e o alcance da competência tributária, assegurando que o exercício da prerrogativa estatal de exigir uma parcela patrimonial do contribuinte não venha a antagonizar com os direitos e garantias fundamentais.

Apesar de seu coração constitucional ainda bater, o princípio da Vedação ao Efeito de Confisco parece não ser dotado da efetividade normativa que pretendeu atribuir o Constituinte. As forças políticas entrincheiradas nas funções políticas de Estado e lamentavelmente na função jurisdicional parecem calar a normatividade constitucional do preceito, tratando como letra, não diríamos morta, mas “em coma”. Um princípio fundamental de proteção de inapelável importância.

É verdade que o não-confisco revela-se como conceito jurídico indeterminado em razão da ausência de critérios qualitativos objetivos para a configuração do “efeito de confisco” delineado no [texto constitucional](#), tornando-se atribuição do intérprete avaliar a extensão do conceito. Todavia, este peculiar grau de subjetividade não justifica, de *per si*, que um princípio constitucional seja relegado a mera norma programática ou singela recomendação ao legislador.

O objetivo do governo é transformar o déficit primário da proposta orçamentária inicial (que era de R\$ 30,5 bilhões, ou 0,5% do [PIB](#)) em um superávit primário (de R\$ 34,4 bilhões, ou 0,7% do PIB).

O valor total do ajuste necessário para isso foi de R\$ 64,9 bilhões - [R\\$ 26 bilhões em cortes](#) e o resto em novas receitas, obtidas com revisão de benefícios tributários, realocação de fontes e novas medidas arrecadatórias.

Metade do ajuste anunciado está baseado em recursos de uma única fonte: a volta da CPMF, o imposto sobre operações financeiras, com alíquota de 0,2% e redução do IOF (imposto sobre Operações Financeiras).

E a conta do descalabro da má gestão da coisa pública vem para o contribuinte, com a cessação de desonerações, com o aumento de impostos existentes, com a criação de novos tributos ou mesmo com a tentativa de ressurreição de tributos que já tinham sido sepultados pelo Parlamento, como é o caso da CPMF.

O enunciado proposto pelo artigo 150, inciso “IV” ([CRFB](#)), através do qual está disposta a norma direito fundamental abstrata que veicula a prerrogativa da tributação não confiscatória, reveste-se da condição de cláusula pétrea, sendo impassível de supressão total ou parcial mediante emenda à [CRFB](#) capaz de desconfigurar seu núcleo essencial.

O impedimento à utilização de tributo com efeito de confisco pressupõe a existência de um direito subjetivo à tributação não confiscatória. O direito subjetivo à tributação não confiscatória é um consectário lógico do direito fundamental à propriedade, quando combinado com o princípio da capacidade contributiva. Sendo um

consectário lógico do direito à propriedade, o direito subjetivo à tributação não confiscatória é dotado do traço de fundamentalidade, razão pela qual pode ser classificado como um direito individual do cidadão estabelecido através da [CRFB](#).

O direito fundamental à tributação não confiscatória é veiculado através de uma norma de direito fundamental abstrata com âmbito de proteção estritamente normativo, dada a inexistência de definição constitucional do que seria tributação confiscatória. Parte da doutrina tem erigido os critérios da reserva do possível, da necessidade de observância da natureza das coisas e da necessidade de completude estrutural da norma como limites da aplicação prática da norma definidora do direito fundamental à tributação não confiscatória.

A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, assim entendemos, mediante a verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de um determinado período.

Parte da jurisprudência, entretanto, tem entendido que a tributação confiscatória só se verifica quando a totalidade de tributos de um ente federativo transcender a capacidade econômica de um contribuinte individualmente determinado, o que nos afigura um equívoco! Explico: o direito fundamental ao não confisco tem relação estreita com o princípio da Razoabilidade, da Proporcionalidade e da Dignidade da Pessoa Humana, princípios que não podem ser cindidos por

entes federativos, mas observados em seu âmbito global de Estado Federado.

De forma simplória, mas de fácil compreensão, se o contribuinte tem tributado da sua propriedade, renda, 50% do seu sustento, sobrando-lhe apenas a metade para manutenção de um padrão digno de sobrevivência, pouco para ele importa se a tributação advém da União, do estado ou do município, o que lhe importa é a retirada irrazoável, desproporcional de parcela do seu patrimônio e com ela parcela da sua dignidade. O Estado é um só!

Contrariamente ao que pensamos, ministro Celso de Mello assim expõe: deve-se adotar a teoria do mínimo necessário e da propriedade mutilada, o parâmetro da insuportabilidade da carga tributária, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e o princípio de proteção à família, *considerando-se a integralidade da carga tributária cobrada por uma só pessoa jurídica de direito público.*

Os critérios da reserva do possível, da necessidade de observância da natureza das coisas e da necessidade de completude estrutural da norma não tem amparo constitucional, seja ele expresso ou implícito, razão pela qual não podem servir de postulados interpretativos da [CRFB](#), sobretudo para impor limites aos direitos nela previstos, tais como o direito fundamental à tributação não confiscatória.

A norma direito fundamental abstrata que veicula a prerrogativa da tributação não confiscatória tem aplicabilidade imediata, independentemente do seu âmbito de proteção estritamente normativo.

Inexistindo conceito legal de tributação confiscatória, poderá o Poder Judiciário verificar a constitucionalidade de determinada tributação tendo como paradigma o direito fundamental à tributação não confiscatória, caso no qual deverá decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Perguntas: a proibição ao tributo com efeito de confisco deve ser apurada, em cada caso, à vista do conjunto dos tributos cobrados pelos diversos entes federativos, ou só em face de cada incidência em particular? Qual a alíquota limite de um imposto sobre a propriedade, para que não se torne confiscatório? E a do imposto sobre a renda? É possível constatar o efeito de confisco medindo a proporção do retorno da carga tributária em relação à arrecadação (especialmente no que se refere às receitas tributárias vinculadas)? São perguntas que a doutrina especializada faz.

Com efeito, é difícil traçar um parâmetro concreto que preencha o conteúdo indeterminado do princípio, ainda que a problemática da vedação ao confisco seja avaliada sob a ótica da capacidade contributiva (artigo [145](#), [§ 1º](#), [CRFB](#)). No entanto, na ausência de outro limite que o conteúdo semântico das palavras possa expressar, ao menos existe a possibilidade de diminuição da arrecadação com o abusivo aumento da carga tributária – teoria que a famosa curva de *Laffe* busca comprovar. Vale dizer, é o próprio Estado que tende a perder receita quando ultrapassa o limite da capacidade contributiva. Isto comprova que o país já vive uma tributação confiscatória faz anos, vide índices absurdos de

sonegação fiscal, muitas com objetivo de trazer uma sobrevida à pessoa jurídica ou física considerada.

Em um Estado que sofre de uma indelével crise de legitimidade, sem capacidade para vender credibilidade tanto no âmbito nacional quanto internacional fruto de uma corrupção “nunca antes vista na história deste país” corroborada por uma reconhecida incompetência de gestão implacável e indissociável, não pode impelir um sacrifício ao povo que viole o mínimo existencial de um núcleo fundamental à uma existência digna, ainda mais quando ainda pode "lipar" da sua própria banha...

Lembramos, que somos um dos poucos Estados que possui uma carga tributária extorsiva de impostos indiretos, como são os impostos sobre o consumo, por exemplo, todos com repercussão ao contribuinte de fato, o consumidor. Lembramos ainda, que nossas PJs, nossas empresas, perdem em competitividade no mercado internacional pelos tributos que pagam, e a sociedade, o cidadão é obrigado a arcar com o repasse dos custos de cada tributo que o Estado (independente do ente) onera a empresa como forma de sobrevivência desta, pois sabemos que em especial, não apenas, os impostos indiretos repercutem.

Com o pobre e a classe média não mais apenas sobrecarregada, mas esgotada, com a menor parcela da sociedade (que em regra possui ramificações com as instituições de poder) ainda com escapismos que o poder financeiro e político lhes proporciona, somos nós, o povo, que não suportamos mais incidências tributárias desarrazoadas e não podemos mais ser onerados direta ou indiretamente.

A CPMF, que se criada, se ressuscitada, será mais um tributo onde o impactado será o povo. As empresas irão repassar os custos ao consumidor, que não possui mais lombo sem marcas para ser chicoteado por imposições tributárias.

Assim que entendemos que a criação de novo tributo com fins arrecadatórios, como é a CPMF, revela-se inconstitucional por atingir o já vilipendiado dispositivo constitucional que veda o confisco, nos lidas do art. [150](#), [IV](#) da [CRFB](#) e por ofensa a dignidade da pessoa humana, com espeque no art. [1º](#), [III](#) do mesmo, tudo em consideração à carga tributária global já suportada pelo contribuinte. Há um abuso do poder de tributar irrazoável, desproporcional do Estado, que deve ser emblematicamente combatido por sua parcela jurisdicional assim que provocada. Legislar em favor da criação de nova imposição tributária é para nós legislar por uma inconstitucionalidade passível da Mandado de Segurança para apreciação pelo Supremo Tribunal Federal proposto por qualquer congressista que se negue votar PEC que viole as cláusulas pétreas mencionadas.

Some-se a todo o exposto os dizeres normativos seguinte:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A CPMF não cumpre o preceito constitucional, pois absolutamente ignora a necessidade de graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte.

O brasileiro sofre com uma carga tributária confiscatória que precisa ser diminuída, jamais aumentada. Não há a mínima proporcionalidade do dinheiro despendido do contribuinte em relação aos benefícios por ele auferido, ao contrário, há sim uma desproporcionalidade acachapante!

A redução das imposições tributária é uma necessidade que reduzirá por conseguinte o processo de sonegação, o que finalisticamente proporcionará o aumento da arrecadação. Fundamental sim, que as receitas não sejam desviadas de suas finalidades públicas para as finalidades privatistas comezinhas dos hodiernos dias.

Reduzir este sufocante processo de obesidade mórbida do Estado promovendo uma “bariátrica” nos desperdícios e desvios de dinheiro público, no processo de locupletamento dos antagonistas do Poder e de seus “companheiros de luta” são as preliminares medidas de ajustes que o país precisa.

O retorno da CPMF é um verdadeiro escárnio imposto à sociedade para realidade presente tomado me conta nosso passado mais recente. De fato nos parece que confiscaram o princípio do Não Confisco da mesma forma que à cada dia confiscam as nossas dignidades fundamentais.

OS MOVIMENTOS SOCIAIS E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DEMOCRACIA NO CONTEXTO POLÍTICO SOCIAL

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

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar todo contexto histórico de como surgiu a democracia, e como as grandes revoluções contribuíram para a evolução do estado democrático de direito, logo, a participação popular foi e continua sendo a maior força de uma nação. Enfatiza-se ainda, o cenário atual dos movimentos sociais no Brasil, como forma de exercício da democracia e as devidas reivindicações da população brasileira, após uma grande crise econômica do País.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, democracia, política e movimentos sociais

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate the full historical context of how democracy came about, and how the great revolutions contributed to the evolution of the democratic rule of law, logo , popular participation was and remains the greatest strength of a nation. It emphasizes yet, the current situation of social movements in Brazil as a way to exercise democracy and the necessary demands of the population after a major economic crisis in the country.

KEYWORDS : law, democracy , political and social movements

1. INTRODUÇÃO

Para compreendermos os atuais movimentos sociais no Brasil, precisamos de um conceito histórico, onde passamos a expor com clareza, onde surgiu a democracia, e como as participações populares conseguiram mudar tal realidade vivenciada na Grécia, e os paradigmas enfrentados pela a sociedade daquela época na busca pelos seus direitos.

Enquanto formulação teórica a democracia surgiu na Grécia, onde, todavia, inúmeras eram as restrições à participação popular. A democracia grega era limitada aos homens dotados de força que tinham gozo de seus direitos políticos, a política era vedada a participação das mulheres escravos e estrangeiros, Nietzsche caracterizava a cultura grega da época clássica como uma “cultura de homens”. O grande ideal da democracia ateniense, era pelo consagrando das classes sociais, por isso o princípio da igualdade sobrepunha o princípio da liberdade. Os gregos não tiveram vida privada, o cidadão era preparado para servir a cidade na guerra e na paz, sua dignidade diferente da época atual não era relacionada aos direitos constituídos por constituições, mas sim, pelo simples fato de ser cidadão residia sua dignidade: em lutar pela pátria e sua honra vencendo os adversários. Foi, todavia, a partir do final do século XVIII, quando a ascensão política da burguesia através da Revolução Francesa extirpou o absolutismo monárquico, que se afirmaram os princípios democráticos em todo o hemisfério ocidental, enquanto extensão dos direitos naturais da pessoa humana.

Foi através de três grandes movimentos político-sociais que se transpôs do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático, consagrando assim os direitos políticos das mulheres: o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominam de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por LOCKE e que teve sua expressão mais significativa no Bill of Rights, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre a demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta, a influência de Rosseau.

2. O conceito de democracia e seus princípios, no estado democrático de Direito

O conceito de democracia abrange diversos sentidos e depende da época analisada e do contexto político social. Tem-se uma concepção diferente de democracia na evolução do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Nada mais delicado, portanto a democracia se resume nos seguintes princípios:

São Princípios Fundamentais do Estado Democrático:

- a) A supremacia da vontade popular – referente à problemática da participação popular no governo;
- b) A preservação da liberdade – exige respeito dos entes estatais para com as liberdades públicas, ou direitos dos cidadãos;
- c) A igualdade de direitos – proibição de discriminações de qualquer natureza em relação ao gozo e a fruição de direitos.

Trata-se, portanto, de um regime político com valor histórico inesgotável, meio a um instrumento na realização de outros valores essenciais para a convivência humana. Democracia envolve, por definição, participação popular. Um estado poderá adjetivar-se de democrático, ser dependente em maior ou menor grau, das participações do povo nas decisões políticas.

A soberania popular segundo a qual o povo é a única fonte do poder, manifestação e expressão efetiva da vontade popular é um dos princípios básicos da democracia. A democracia real ou substancial depende da regulamentação jurídica de seus valores. Nesse sentido a constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico para albergar os valores democráticos. Conclui-se que a efetividade dos valores democráticos implica conhecer o entrelaçamento entre direito e política. Constitui manifestação participativa do povo porque persegue um fim político – influência nas decisões do Estado, que deve cumprir os fins políticos em benefício da coletividade, o que compreende conteúdo político indissociável de aspectos jurídicos. No estado social de direito a

democracia se constitucionalizou e implementou os direitos culturais e sócio-econômicos em suas formas degenerados (nazista, fascista e stalinista) denominados regimes autocráticos ou autoritários. No Estado Democrático de Direito a democracia busca a real concretização dos direitos fundamentais e a efetivação da cidadania.

Norberto Bobbio salienta que "A democracia não é tanto uma sociedade de livres e iguais (porque tal sociedade e apenas um ideal limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência".

Percebe-se que a democracia está sim em constante evolução, mas, mantêm basicamente seus principais problemas insanáveis desde a Grécia antiga, pois ainda existem profundos desníveis sociais, o dinheiro passa a ter domínio em outras esferas que não a econômica. A igualdade civil e social sugere uma aproximação daquilo que seria a igualdade econômica. Resistir ao poder do mercado globalizado requer a articulação da sociedade, requer filiação social e cultural. O eixo central da democracia é a idéia de soberania popular, a ordem política produzida pela ação humana.

2.1 O cenário atual das manifestações sociais no Brasil no exercício da democracia.

No Brasil nos últimos anos as manifestações sociais tomaram grandes dimensões, principalmente nesse ano de 2015, onde milhares de pessoas foram as ruas reivindicarem melhorias no atual sistema político, que está defasado devido uma má administração dos últimos 14 anos, que conseqüentemente gerou prejuízos irreparáveis para a sociedade, uma vez que, a inflação está em alta, a criação de vários impostos também está acontecendo, ou seja, a sociedade é quem está pagando as contas, de grandes escândalos de corrupções que implicou na crise financeira do País.

É inadmissível que o povo brasileiro tenha a obrigação de arcar com os prejuízos causados por corruptos e corruptores, pois, quem deveria pagar as contas seriam os corruptos, devolvendo o dinheiro desviado aos cofres públicos, mas como a justiça brasileira é muito branda, o povo é quem padece.

É importante vislumbrar que a sociedade já chegou ao limite de paciência possível, logo imploramos por uma urgente reforma política, pelo fim da corrupção e por melhorias na educação, na saúde, na segurança e nas políticas públicas, com o objetivo de satisfazer principalmente uma grande parte da população que necessita de recorrer aos órgãos público desse País, na luta para sobreviver, e para tentar ter no mínimo o que está previsto na nossa constituição federal.

O povo brasileiro tem reagido de forma persistente através de grandes movimentos, aos os anseios da sociedade, que está bastante insatisfeita com o cenário atual da administração brasileira, relacionamos essa forma de “reagir” com a obra do fichamento do autor Cristovam Buarque, que tem na sua obra o seguinte tema “REAJA” pois, o presente livro abre os olhos da sociedade para os problemas existente no mundo inteiro, alertando a sociedade para se manifestar através de movimentos sociais, uma vez que, o povo tem consigo o poderes de mudanças. Nesse contexto Cristovam Buarque traz a seguinte frase:

“Reaja contra a idéia de que o mundo vai bem, apenas porque não vai tão mal quanto antes” (p. 10)

Analisando essa frase, trazendo seu contexto para o Brasil, diríamos que o Brasil nunca se encontrou tão mal, como no presente momento, pois, prova disso, é a insatisfação da população de forma generalizada. Mas como já dizia John Locke, “Á força é quem faz a comunidade”, ou seja, temos forças suficientes para superar essa crise, e essa força está nos poderes que temos em mãos, que é o exercício da cidadania, através do voto.

2.2 A fragilidade da Constituição Federal Brasileira como fonte das manifestações.

A constituição brasileira no papel é linda, mas o problema está na aplicação das leis, pois, se a mesma fosse cumprida corretamente, o Brasil não estaria nessa situação, uma vez que o art. 6º da CF, estabelece os direitos sociais dos cidadãos, direitos esses que são parcialmente cumpridos, pois, a segurança é precária, a saúde não atende plenamente e a educação está em declínio, exemplo disso, foi o corte de milhões aprovados no último orçamento do governo nesse ano de 2015, e sem sombra de dúvidas, além dos escândalos de corrupções, a precariedade dos direitos sociais, têm contribuído bastante para as manifestações sociais ocorrem no Brasil. Trazendo a aplicabilidade da constituição federal, para o cenário atual do País, podemos relacionar tal realidade com a obra do fichamento do autor Ferdinand Lassalle, que traz em seu livro a brilhante frase:

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”(P. 72)

A presente frase acima exposta, deixa evidente que, a constituição não tem autonomia na prática, ou seja, quando se depara com a realidade, o nosso ordenamento jurídico torna-se frágil, uma vez que, não atende os anseios da sociedade, e a população fica a mercê do de um estado diríamos antidemocrático, não tendo como solucionar seus problemas, de forma procuramos chamar atenção dos nossos governantes através de grandes movimentos sociais, que de forma pacífica, é muito importante para mudar o nosso País, exemplo disso é que alguns temas reivindicados pelas manifestações, já estão sendo discutidos na câmara dos deputados, tais como: a reforma política e a redução da maioria penal.

3. Considerações finais

Portanto, chega-se a conclusão de que o Brasil foi palco de grandes eventos de corrupções nos últimos anos, no qual trouxe uma imensa crise econômica para o País, e a população buscou de forma

democrática, a reivindicação dos seus direitos nos movimentos sociais que mobilizou milhares de manifestantes em todo território nacional. Dentre tais reivindicações da sociedade, se fazia presente a luta pelos os direitos sociais, que nunca foram atendidos como prevê a

Constituição Federal de 1988, e quando atendidos infelizmente é de forma parcial.

Buscaram nos movimentos sociais demonstrar que estão pagando pelos erros dos governantes, pois, o governo tenta cobrir os prejuízos causados pela corrupção, aumentando a inflação, e o custo de vida do cidadão conseqüentemente aumentando.

Percebe-se que, a Constituição Federal da Republica, padece de vários ajustes, pois, diríamos infelizmente, que estamos bastante longe de concretizarmos todos os nossos direitos, atendendo todos os princípios constitucionais, principalmente o principio da dignidade da pessoa humana. É isso que desejamos e esperamos, vivendo num país onde o exercício da democracia, é a melhor forma de darmos a resposta, que tanto espera milhões de brasileiros.

REFERÊNCIAS:

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia** – Editora Paz e terra – 2002

BUARQUE, Cristovam. **“Reaja”** Brasília. Maio, 2011

LOCKE. **Segundo Tratado do Governo Civil**, Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Publicação: Editora Vozes.

http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985.

NIETZSCHE, Friedrich. **A filosofia na idade trágica dos gregos**. Lisboa: Ed. 70, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política**. (traduzido por Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima). São Paulo: Hemus, 1981.

Vade Mecum Universitário de Direito Rideel/ Anne Joyce Angher, organização. – 17. Ed. – São Paulo: Rideel, 2015. – (serie vade mecum)

DOS ASPECTOS JURÍDICOS DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

LAÉRCIO VIEIRA MACHADO: Advogado da União. Membro integrante da Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional.

RESUMO: O presente artigo tem por fim o estudo acerca dos aspectos jurídicos do Inquérito Civil Público, tendo por lastro sua natureza, objeto e procedimentos adstritos à sua instauração e encerramento. Em sequência, pela relevância, tratar-se-á sobre o Termo de Ajustamento de Conduta.

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito Civil Público. Natureza. Objeto. Instauração. Encerramento. Termo de Ajustamento de Conduta.

INTRODUÇÃO

Ao ingressar no mundo jurídico, trouxe a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, uma importante novidade louvada não só por doutrinadores, mas, sobretudo, pelos operadores do Direito: a figura do Inquérito Civil Público.

Isso porque, na prática, à similitude do Inquérito Policial, peça subserviente à Ação Penal, constitui ele procedimento administrativo inquisitivo destinado a uma preliminar coleta de elementos instrutórios, propiciando a persuasão do órgão do Ministério Público encarregado da tutela difusa ou coletiva colocada em análise, que sopesará: o ajuizamento da ação coletiva ou o arquivamento da investigação.

Diante da complexidade do tema e da necessidade de enfretamento das questões que lhes são adstritas, é que o presente estudo se caracteriza como de maior relevância.

I – CONCEITO

Trata-se, o inquérito civil público, de um procedimento administrativo facultativo e investigatório, de cunho pré-processual, cuja atuação é exclusiva[1] do Ministério Público, que busca coletar elementos para a propositura responsável de uma dada Ação Civil Pública, cujo arcabouço normativo se espalha na Constituição Federal (artigo 129, inciso III), correndo a seguir por leis federais (artigo 8º, § 1º, Lei n. 7.347/85; artigo 6º, Lei n. 7.853/89; artigo 25, inciso IV, Lei n. 8.625/93), até alcançar a competência concorrente dos Estados, assim como normas institucionais visando a uniformização do trâmite do procedimento.

Ostenta natureza inquisitiva, informal, desautoriza o contraditório[2], motivo pelo qual eventuais nulidades e vícios não provocam qualquer prejuízo na lide futura, quando muito a repetição em juízo da prova produzida.

II – NATUREZA JURÍDICA

Predomina o entendimento de que o Inquérito Civil Público se perfaz em simples procedimento administrativo investigativo informal, não sendo imperativo o respeito ao contraditório.

Sendo simples procedimento, não enseja a aplicação de qualquer sanção ou restrição de direito ao inquirido. Todavia, quanto a isso, Donizetti e Cerqueira[3] defendem que a concepção do Inquérito Civil Público como mero procedimento administrativo é melhor explicada pelo fato deste não se prestar à solução de um litígio coletivo ou à realização de um direito coletivo.

Ainda quanto à natureza jurídica, há doutrinadores, como Didier e Zanetti[4] que defendem a processualização do procedimento do Inquérito Civil Público a fim de se adequar às garantias do Estado Democrático de Direito. Em posicionamento discordante, aduz doutrina diversa expõe que, conquanto o Inquérito Civil Público deva, realmente, observar as aludidas garantias, não é por essa razão que passa a assumir finalidade diversa da mera investigação de fatos.

De qualquer forma, encontra-se pacificado no Superior Tribunal de Justiça^[5] o entendimento de que o Inquérito Civil Público é mero procedimento administrativo com natureza inquisitiva, não se sujeitando à necessária observância das mencionadas garantias constitucionais.

III – OBJETO

Basicamente, o Inquérito Civil Público tem por escopo a coleta de elementos de prova e de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a cargo *doparquet*.

Pela sua natureza intrínseca, pode-se afirmar que o Inquérito Civil Público também serve para que o Ministério Público colha elementos de convicção que lhe permitam desempenhar algumas atuações subsidiárias, como a tomada de compromissos de ajustamento, a realização de audiências públicas, a emissão de relatórios e recomendações.

IV – ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Prevalece o entendimento de que a utilização do procedimento de Inquérito Civil Público não se restringe aos direitos coletivos em si, de forma que a norma constitucional teria estabelecido que referido instrumento pode ser utilizado para todas as atribuições afetas ao Ministério Público, incluindo a apuração de eventuais lesões a direito individual, como ocorre com os direitos relativos à infância e adolescência (art. 201, V, CR-88) ou outros direitos individuais indisponíveis.

Convergindo com mencionado posicionamento majoritário, o art. 1º da resolução 23-2007 do Conselho Nacional do Ministério Público estabelece que: *“o inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais”*.

V – FASES

O Inquérito Civil Público, procedimento de índole administrativa, divide-se em fases ou etapas, delimitadas e destinadas a um fim precípuo.

O mesmo inicia-se mediante a instauração, passando pela a fase instrutória, com a produção de provas e, culminando na conclusão, a qual poderá ser: o arquivamento do inquérito, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC ou o ajuizamento de Ação Coletiva.

A forma mais comum de instauração do Inquérito Civil é por portaria do órgão do Ministério Público, seja de ofício, seja a requerimento de qualquer pessoa.

Também pode ocorrer a instauração por meio de despacho proferido em representação, requerimento ou ofício encaminhado ao MP.

É preciso que haja identificação do fato ou conjunto de fatos que serão apurados, bem como uma fundamentação jurídica, ainda que sucinta, que justifique o início da atividade investigatória, de modo que a fundamentação é indispensável para o controle de legitimidade-legalidade desse ato.

Após a instauração, passa-se à instrução do procedimento por meio de colheita de provas.

Para tanto, o Ministério Público pode se valer de:

- a) requisições**
- b) notificações**
- c) condução coercitiva de testemunhas**
- d) audiência pública**
- e) recomendações**

Quanto às requisições, deve-se observar que, pela redação do § 2º, do art. 8º, da Lei da Ação Civil Pública, poder-se-ia negar certidão ou informação requisitada pelo Ministério Público nos casos em que a lei impuser sigilo. Porém, esta disposição foi tacitamente revogada pelo art. 26 da Lei nº 8.625/93 e pelo art. 8º da LC nº 75/93, de modo que, hoje, pode o *parquet* fazer requisições inclusive nos casos em que envolva sigilo.

Em contrapartida, o membro do Ministério Público que utilizar informações sigilosas de forma indevida será passível de responsabilização cível e criminal, *ex vidis* disposições contidas no § 2º do art. 26 da Lei nº 8.625/93 e no § 1º do art. 8º da LC nº 75/93.

Por sua vez, nos casos em que o próprio texto constitucional só admita quebra de sigilo por decisão do Poder Judiciário[6], necessitar-se-á de autorização judicial para ter acesso a essas informações.

Impende ressaltar que a jurisprudência também tem exigido autorização judicial para requisições do Ministério Público que ensejem a quebra de sigilo bancário ou fiscal[7], excetuando-se os casos em que a investigação envolva desvio de verbas públicas[8].

Quanto às recomendações, deve-se ressaltar que só devem ser manejadas quando ainda não houver consequências jurídicas, ou seja, quando ainda não houver incidência da norma que qualifique a conduta como ato ilícito, pois, havendo lesão ao direito, caberá ao MP ajuizar ação cabível ou compromisso de ajustamento de conduta. Nesse sentido, determina a Resolução nº 23 do CNMP, no art. 15, § único, que é vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública.

VI – ENCERRAMENTO

No que tange à conclusão, o referido procedimento pode ser encerrado: a) com a consequente propositura da demanda coletiva; b)

com a edição do Termo de Ajustamento de Conduta e; 3) com o arquivamento.

Impende salientar que no Inquérito Civil Público vige o Princípio da Indisponibilidade Temperada o que significa que, estando presentes os pressupostos processuais e constatada a lesão ou a ameaça de lesão a direitos coletivos *lato sensu*, haverá, em princípio, o dever de propositura da demanda coletiva, a menos que o órgão indique e justifique ser inoportuno ou inconveniente o ajuizamento de respectiva ação judicial (como, por exemplo, se evidencie a possibilidade e pertinência de realização de compromisso de ajustamento de conduta.

O arquivamento do Inquérito Civil Público, assim como das peças de informação, deve ser submetido a controle do Conselho Superior do Ministério Público de cada Estado, ou às Câmaras de Coordenação e Revisão, no caso do Ministério Público da União.

O Inquérito Civil Público deverá ser remetido ao Conselho Nacional do Ministério Público ou Câmara em até três dias, sob pena de incorrer em falta grave (art. 9, § 1º, Lei da Ação Civil Pública).

Deve-se observar que a previsão contida no § 4º do art. 9º da Lei nº 7.347/85, no sentido de que se o Conselho Nacional do Ministério Público deixar de homologar a promoção de arquivamento, de logo, designará outro órgão do *parquet* para ajuizamento da ação, sofreu inovação legislativa e não rege mais o tema, já que lei posterior^[9] determina que compete ao Procurador Geral de Justiça a competência de designar membro para oferecer denúncia ou propor a Ação Civil Pública nas hipóteses de não-confirmação de arquivamento de inquérito policial, inquérito civil, ou peças de informação.

O arquivamento deve ser expreso e fundamentado, como determina o caput do art. 9º da Lei da Ação Civil Pública.

Entretanto, podem-se vislumbrar algumas possibilidades de arquivamento implícito, tais como:

- a) *- realização de compromisso de ajustamento de conduta;*
- b) *quando, na existência de vários atos ilícitos ou diversos responsáveis, o membro do MP só haja fundamentado o arquivamento com base em um dos atos praticados ou na ausência de responsabilidade de alguns dos investigados;*
- c) *quando houver a propositura de ação coletiva relativamente a apenas um ou alguns dos atos ilícitos ou responsáveis investigados, nada fundamentando o membro do MP quanto ao arquivamento do IC no que tange aos demais atos ilícitos ou supostos responsáveis.*

De qualquer sorte, considerando o dever de fundamentação, o arquivamento implícito constitui ato irregular, devendo o Conselho Superior do Ministério Público proceder à sua revisão, sob pena de permitir a burla ao sistema de arquivamento.

Vale ressaltar a possibilidade de arquivamento liminar na própria promotoria de justiça, espécie denominada de indeferimento do pedido de instauração de inquérito civil (art. 5º, da Resolução nº. 23/07, do Conselho Nacional do Ministério Público), que surge nos casos de manifesta impropriedade da instauração, tais como, por exemplo, quando o objeto de investigação já o foi em outro Inquérito Policial ou Ação Civil Pública; ou quando os fatos já estão solucionados (perda de objeto); ou se faltar requisitos mínimos para a identificação do objeto e dos autores do fato.

Porém, deve-se atentar para o fato de que a tão só ausência de formalidades não tem o condão de ensejar o arquivamento de pronto, já que a função ministerial é indisponível.

Por fim, deve-se observar que, tão como ocorre na hipótese de recusa de arquivamento de Inquérito Policial (art. 28 do Código de Processo Penal), o órgão que for designado pelo Procurador-Geral de Justiça atuará por delegação, de maneira que não poderá recusar a propositura da demanda coletiva.

VII – TERMO OU COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Como já apontado supra, o Inquérito Civil Público pode resultar na celebração de um compromisso de ajustamento de conduta.

Encontra-se previsto no § 6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, incluído por força do art. 113 do CDC, *in verbis*:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [\(Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007\).](#)

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. [\(Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990\)](#) [\(Vide Mensagem de veto\)](#)

Impende ressaltar que a jurisprudência já pacificou o entendimento de que a referência de veto ao art. 113 não alcançou o parágrafo aqui mencionado, já que inexistente veto implícito^[10].

O Termo de Ajustamento de Conduta, quando realizado pelo Ministério Público, deve ser submetido ao Conselho Superior do Ministério Público, já que pode significar arquivamento implícito do

inquérito civil. Nesse contexto, é importante fixar a seguinte diferenciação entre o Termo de Ajustamento de Conduta Integral e o Parcial.

O primeiro acontece quando o compromisso esgotar a matéria investigada, o inquérito deverá ser remetido ao Conselho Superior do Ministério Público para a apreciação de eventual ocorrência de arquivamento implícito. Por sua vez, o segundo se observa quando o compromisso se referir a uma parte da matéria tratada no Inquérito Civil Público, prosseguindo-se as investigações a respeito dos fatos não abrangidos pela avença, até a obtenção de novo ajuste ou ajuizamento de ação civil, ou até posterior arquivamento.

O objeto do Termo de Ajustamento de Conduta é, tradicionalmente, uma obrigação de fazer ou não fazer relacionada com a satisfação de um direito coletivo, acompanhada de uma imposição de multa para hipótese de inadimplemento. Porém, sendo inviável a obrigação de fazer ou não fazer, não há qualquer óbice para a inclusão no Termo de Ajustamento de Conduta de uma obrigação de dar como medida reparatória ou compensatória do direito lesado.

No tocante a legitimidade, como a maioria dos direitos coletivos são indisponíveis, o legislador limitou referida conciliação extrajudicial aos órgãos públicos, visto que estes devem observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na sua atuação.

Nesse contexto, defende a doutrina majoritária que, como há legitimação dos órgãos públicos para as causas coletivas, é forçoso concluir que há a possibilidade dos órgãos públicos sem personalidade jurídica firmarem Termo de Ajustamento de Conduta, desde que tenham entre suas finalidades promover a proteção de determinada espécie de direito coletivo.

Assim, em princípios estão legitimados para tanto: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações, podendo-se admitir,

ainda, a legitimidade das empresas públicas quando atuem na qualidade de entes estatais, mediante prestação de serviço público.

Quanto aos efeitos, é praticamente unânime o entendimento de que não pode a transação mencionada importar em qualquer concessão que prejudique a integral satisfação dos direitos coletivos considerados indisponíveis, mas sim, tão somente regular a forma de sua proteção.

Desse modo, verificada a indisponibilidade do direito coletivo, qualquer cláusula do Termo de Ajustamento de Conduta que implique renúncia à satisfação total dos direitos coletivos será ineficaz, como, por exemplo, a substituição de medicamento danoso por outro que faça menos mal à saúde^[11].

Por sua vez, celebrado o Termo de Ajustamento de Conduta, nada impede que o próprio tomador do compromisso ou os demais legitimados à defesa de direitos coletivos em juízo proponham demanda judicial buscando a tutela que não será alcançada pelo acordo.

Por fim, deve-se salientar que, conquanto o Termo de Ajustamento de Conduta possua eficácia executiva (título executivo extrajudicial), nada obsta que se requeira sua homologação judicial, constituindo um título executivo judicial.

VIII - CONCLUSÃO

Em linhas gerais, o inquérito civil se caracteriza como um procedimento administrativo, cuja instauração é facultativa, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente, constituindo-se em um meio cuja finalidade é a de reunir provas e quaisquer outros elementos de convicção, capazes de servir de base para a atuação processual.

Sua configuração de procedimento preparatório destina-se à viabilização do exercício responsável da ação civil pública ao mesmo tempo em que se caracteriza como elemento hábil a frustrar a

possibilidade, eventual, mas sempre existente, da instauração de lides temerárias.

IV – REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da Republica Federativa Brasileira de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2015.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm>. Acesso em: 26 de junho 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo. 8ª Ed. JusPodium, 2012, p. 220.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DONIZATTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo, ed. Atlas, 2010, p. 284.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O inquérito civil. São Paulo: Saraiva: 1999.

_____. Questões controvertidas do inquérito civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 336.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOTAS:

[1] Alguns doutrinadores (como, por exemplo, Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira, in Curso de Processo Coletivo, ed. Atlas, 2010, p. 284) defendem a necessidade de ampliação dos legitimados à instauração de Inquérito Civil. Entre outros argumentos, aduzem que o Ministério Público, conquanto seja a instituição mais atuante em tema de processos coletivos, não pode ser considerada como o único guardião do interesse público, tendo em vista na pluralidade de nossa sociedade, de modo que limitar a instauração do inquérito civil ao apontado órgão significa restringir, de forma intolerável, a utilização desse instrumento destinado à propositura responsável de ações coletivas apenas a uma das várias instituições públicas existentes a serviço da sociedade.

De qualquer forma, observa Fredie Didier e Zanetti (Didier Jr., Fredie; Zanetti Jr., Hermes. Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo. 8ª Ed. JusPodium, 2012, p. 214) que referida exclusividade de instauração pelo parquet não impede que o conteúdo e provas colhidas no Inquérito Civil (IC) possam ser emprestados para os co-legitimados na propositura de ACP, visando ao ajuizamento em conjunto ou isoladamente de uma demanda coletiva.

[2] José Emmanuel Burle Filho, op. cit., pág. 324; Hugo Nigro Mazzilli, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, pág. 281, 12ª ed., editora Saraiva; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, pág. 348, editora Atlas.

[3] Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira, in Curso de Processo Coletivo, ed. Atlas, 2010, p. 286.

[4] Didier Jr., Fredie; Zanetti Jr., Hermes. Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo. 8ª Ed. JusPodium, 2012, p. 220.

[5] PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. AÇÃO AJUIZADA. PERDA DO OBJETO SUPERVENIENTE. FATO CONSUMADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR INQUÉRITO CIVIL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NATUREZA INQUISITORIAL.

1. A impetração de mandado de segurança a fim de suspender Inquérito Civil que já fora concluído, enseja a extinção do writ por falta de interesse de agir superveniente (art. 267, VI, do CPC).

2. In casu, denota-se que o writ restou impetrado (24.08.2004) com o fim de suspender os trabalhos do Inquérito Civil realizado pelo MP e, ao final, trancar, definitivamente, o Inquérito Civil Público nº 02/2002. Ocorre que o membro do Parquet ao prestar informações às fls. 1087/1117, esclareceu que o Inquérito Civil Público nº 02/2002 foi concluído no dia 30/08/04 e encaminhado à Justiça, sendo instaurada ação na qual além do impetrante, mais 18 (dezoito) pessoas são rés, motivo pelo qual não há que se falar em trancamento de inquérito, o que se denota falta de interesse de agir superveniente e, a fortiori, conduz à extinção do processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

3. O Ministério Público possui legitimidade para promover o inquérito civil, procedimento este que tem natureza preparatória da ação judicial, não lhes sendo inerentes os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

4. In casu, o recorrente afirma que o inquérito civil restou instaurado com suposto objetivo de apurar irregularidades nos procedimentos licitatórios realizados pela Prefeitura Municipal de São Lourenço e pela Fundação Municipal de Saúde, motivado unicamente por animosidade político-partidária, em razão de representação de vereadores e outros.

5. A norma imposta pelo inciso LV, do art. 5º da Constituição da República é expressa no sentido de sua observância no processo judicial

e no administrativo. Entretanto, no procedimento meramente informativo, o contraditório e a ampla defesa não são imprescindíveis, salvo se houver restrição de direitos e aplicação de sanções de qualquer natureza, o que incorre *in casu*.

6. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a opinio actio do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. (Resp. 644.994/MG, Segunda Turma, DJ 21/03/2005). Precedentes desta Corte de Justiça: REsp 750591 / GO, Quinta Turma, DJe 30/06/2008; REsp 886137 / MG, Segunda Turma, DJe 25/04/2008.

7. A doutrina do tema é coadjuvante do referido entendimento, verbis: (...) "Tal aspecto, o de servir o inquérito como suporte probatório mínimo da ação civil pública, já havia sido notado por José Celso de Mello Filho quando, na qualidade de Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, assim se pronunciou no procedimento relativo ao projeto de que resultou a Lei n. 7.347/85: 'O projeto de lei, que dispõe sobre a ação civil pública, institui, de modo inovador, a figura do inquérito civil. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligar provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias. (grifos nossos). (Rogério Pacheco Alves, em sua obra intitulada "Improbidade Administrativa", 2ª edição, págs. 582/583).

8. Como mero instrumento de apuração de dados, o inquérito civil, a símile do que ocorre com o inquérito policial, tem caráter inquisitório, não se aplicando, em decorrência disso, os postulados concernentes ao princípio do contraditório.

(...) No inquérito civil, inexistem litigantes, porque o litígio, se houver, só vai configurar-se na futura ação civil; nem acusados, porque o

Ministério Público limita-se a apurar fatos, colher dados, juntar provas e, enfim, recolher elementos que indiquem a existência de situação de ofensa a determinado interesse transindividual indisponível. (...) Sendo inaplicável, pois, o princípio do contraditório e da ampla defesa, não pode ser exigido do Ministério Público que acolha peças de contestação, indicação de testemunhas de defesa, pedido de alegações escritas ou orais e outros semelhantes.

Nada impede, é verdade, que o órgão que presida o inquérito civil atenda a pedidos formulados por interessados, mas se o fizer será apenas para melhor constituição dos dados do procedimento. (...) (Ação Civil Pública, comentários por artigo, 5ª edição, José dos Santos Carvalho Filho, pág. 254).

9. Extinção do processo sem análise do mérito.

(RMS 21038/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 01/06/2009)

[6] Como no caso do sigilo das comunicações telefônicas.

[7] RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Instituições Financeiras. Sigilo bancário. Quebra. Requisição. Ilegitimidade do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar a agravante a pagar multa ao agravado. (RE 318136 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 06-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02250-04 PP-00800)

[8] EMENTA: - Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal.

Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. **O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993.** 5. **Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição.** 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido.

(MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225)

(...)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. OBTENÇÃO DE DADOS

FINANCEIROS DE CONTAS DE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INDISPENSÁVEIS À APRECIÇÃO DE CONTAS APRESENTADAS. RECUSA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INVOCAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO. DESCABIMENTO. 1. Indiscutível o direito de o Tribunal de Contas requisitar informações de instituições bancárias quanto à movimentação financeira dos órgãos integrantes da administração pública, direta e indireta, a fim de cumprir sua missão constitucional fiscalizatória, as quais devem, também em observância ao princípio da publicidade, ser prestadas, porquanto cuidam de dados relativos a recursos públicos, cuja transparência na sua aplicação é exigida pela sociedade e, portanto, estão excluídos da proteção constitucional do sigilo bancário.

2. Remessa oficial desprovida. Sentença concessiva da segurança confirmada.

(REOMS 0007346-89.2005.4.01.4000 / PI, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.296 de 03/03/2008)

PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. QUEBRA. COMPANHIA ENERGÉTICA DO ESTADO DE RORAIMA - CER. MALVERSAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS. INTERESSE DA UNIÃO COMPROVADO. JUSTIÇA FEDERAL. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA.

(...)

3. O direito ao sigilo não é absoluto. A quebra do sigilo bancário e fiscal compatibiliza-se com o art. 5º X e XII da CF, quando por fundadas razões, houver interesse jurídico maior do Estado" (no parecer do MPF).

4. Segurança denegada.

(MS 0054771-94.1999.4.01.0000 / RR, Rel. JUIZ HILTON QUEIROZ, SEGUNDA SEÇÃO, DJ p.52 de 21/02/2000).

[\[9\]](#) Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 - Art. 10, inciso IX, alínea “d”.

[10] Processo Civil. Ação Civil Pública. Compromisso de acerto de conduta. Vigência do § 6º, do artigo 5º, da Lei 7.374/85, com a redação dada pelo artigo 113, do CDC.

1. A referência ao veto ao artigo 113, quando vetados os artigos 82, § 3º, e 92, parágrafo único, do CDC, não teve o condão de afetar a vigência do § 6º, do artigo 5º, da Lei 7.374/85, com a redação dada pelo artigo 113, do CDC, pois inviável a existência de veto implícito.

2. Recurso provido.

(REsp 222582/MG, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/03/2002, DJ 29/04/2002, p. 166)

[11] Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira, *in* Curso de Processo Coletivo, ed. Atlas, 2010, p. 316.

DANO EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DESSA MODALIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

MICHELE MACHADO SEGALA: Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA; Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus.

RESUMO: A presente pesquisa destinou-se a realizar um estudo em torno do instituto do dano existencial, peculiar modalidade de reparação civil, buscando averiguar seus traços característicos, elementos configuradores, dentre outros aspectos gerais. Para tanto, levou-se em consideração o atual perfil vivido pela sociedade contemporânea, marcado por novas demandas e complexidades. Não obstante, considerando que as alterações sociais da atualidade têm se verificado inclusive na estruturação das relações de trabalho, buscou-se desenvolver uma reflexão sobre a possível aplicabilidade do instituto do dano existencial no âmbito das relações laborais. Diante disso, concluiu-se que o instituto se apresenta como um eficaz mecanismo reparação dos trabalhadores que sofrem constantes violações ao seu projeto de vida e à sua vida de relações.

Palavras Chave: responsabilidade civil; dano existencial; relações de trabalho;

ABSTRACT: This research was designed to conduct a study around the existential damage institute peculiar form of civil damages, seeking to ascertain its characteristic features, configurators elements, among others generally. Therefore, it took into account the current profile experienced by contemporary society, marked by new demands and complexities. Nevertheless, considering that today's social change has occurred, including the structuring of labor relations, we sought to develop a reflection on the possible

applicability of the existential damage institute under labor relations. Therefore, it was concluded that the institute presents itself as an effective mechanism repair workers who suffer constant violations of their design life and your life relationships.

Keywords: civil responsibility; existential damage; labor relations;

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea e o aparecimento de novos direitos têm desencadeado o surgimento de questões cada vez mais complexas, questões estas que estão em um tempo muito mais a frente da realidade prevista quando da elaboração das normas que compõe o ordenamento jurídico interno.

A partir disso, tem se verificado uma carência de institutos legais que consigam responder às novas demandas que vêm se insurgindo.

Nesse contexto, um instituto que vem ganhando cada vez mais atenção por parte dos doutrinadores e até mesmo da jurisprudência dos tribunais pátrios é o dano existencial, modalidade de reparação civil, cujas particularidades vêm sendo construídas justamente tendo em vista as novas espécies de dano que despontam na realidade prática.

A presente pesquisa visa, inicialmente, realizar uma breve análise sobre as especificidades do instituto do dano existencial, para, então, em um segundo momento, verificar a sua possível aplicabilidade no âmbito das relações de trabalho, que inegavelmente também não possuem mais o mesmo perfil tradicional, tendo sofrido sensíveis influências com as novas tecnologias.

É fato notório que as constantes transformações nas técnicas de labor acabam refletindo na própria organização do trabalho, desencadeando também novos problemas sociais. Dentre estes, um que vem merecendo peculiar atenção é a questão da confusão sobre os limites entre a esfera profissional e a vida privada do trabalhador , o que vem lhes causando sérios danos aos seus direitos mais fundamentais.

A par disso é que a presente pesquisa destinará especial atenção à viabilidade da aplicação do dano existencial na esfera das atuais relações trabalhistas, buscando verificar para buscar se o instituto pode servir como um mecanismo capaz de reparar os danos ocasionados aos trabalhadores que têm seus direitos fundamentais ligados à existência humana violados.

Para tanto, o trabalho foi dividido em dois capítulos, reservando-se o primeiro para tratar do aspectos gerais envolvendo o instituto do dano existencial, seus traços característicos, suas particularidades e elementos de configuração. Já o segundo capítulo destinar-se-á ao enfrentamento da possível aplicação do instituto no âmbito das relações laborais.

1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO EXISTENCIAL

Conforme reflete Wesendock, a responsabilidade civil em muito evoluiu, evidenciando que a tradicional divisão dos danos em material e moral inculpada no direito civil pátrio tem se mostrado insuficiente para dar conta das diversas modalidades de danos.^[1]

Nesse sentido, surge o dano existencial, instituto que, nas palavras de Maximiliano Bock , a exemplo do dano moral puro e do dano estético, se constitui em um desdobramento dos danos extrapatrimoniais.^[2]

De acordo com a avaliação de Rafael Silveira, o conceito de dano existencial surgiu no direito italiano e “no Brasil o novo instituto caminhava para o seu conhecimento, sendo ainda na década de 1970.”^[3]

No mesmo sentido, contextualiza Flavianna Rampazzo “a partir da década de 1970, começaram a ser emitidos mais pronunciamentos judiciais, determinando a necessidade de proteger a pessoa contra atos que, em maior ou menor grau, atingissem o terreno de sua atividade realizadora.”^[4]

Denota-se, portanto, que as bases que fundamentam o dano existencial remontam a quatro décadas atrás. De qualquer sorte, no atual contexto vivido pela sociedade contemporânea o instituto se molda perfeitamente à realidade atual como uma possível ferramenta de reparação de direitos não abarcados por outros institutos já há muito consagrados na doutrina jurídica.

Segundo o conceito exarado por Frota, o Dano Existencial “constitui espécie de dano imaterial ou não material que acarreta a vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão familiar, afetivo sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).”^[5]

Depreende-se, a partir dessa primeira compreensão, que o dano existencial engloba uma série de privações a que o ser humano pode ser submetido, as quais afetam o seu convívio familiar e social.

Visando o ordenamento jurídico interno e a doutrina tradicional é possível enquadrar o dano existencial no rol dos danos

extrapatrimoniais. Sobre estes, esclarece Sérgio Severo que são os danos que não possuem expressão econômica, sendo, por isso, de complexa mensuração.^[6]

Não obstante, o dano existencial seria um dano extrapatrimonial subjetivo, uma vez que atenta contra a intimidade psíquica do indivíduo, podendo causar dor física e sofrimento psicológico.^[7]

No que tange às características peculiares do Dano Existencial, refere Fabiana Rampazzo^[8] que, além dos elementos inerentes a quaisquer espécies de dano, como o prejuízo, o ato ilícito, o nexo de causalidade, essa modalidade de dano compõe-se de dois elementos nucleares, quais sejam, o projeto de vida e a vida de relações.

Sobre o primeiro elemento, discorre Hidemberg^[9] que o projeto de vida diz respeito à “autorrealização integral do indivíduo, que direciona sua liberdade de escolha no sentido de proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e ideias que dão sentido à sua existência”.

Já no que tange à vida de relação, segundo explicam Alvarenga e Boucilhas Filho, “o dano resta caracterizado, na sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extralaborativas, tais quais a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, o teatro, as agremiações recreativas, entre tantas outras.”^[10]

Nota-se que a afetação do projeto de vida repercute em todo o planejamento, todas as ambições e objetivos que um dia o indivíduo traçou e que agora se vê impossibilitado de concretizar. Por outro lado, a vida de relação resta afetada quando a pessoa é

privada de desfrutar normalmente de uma vida social, incluindo-se aqui as atividades de lazer, de convívio com a família, dentre tantas outras.

Sobre esse aspecto, acrescenta Hindenberg que “não há projeto de vida sem a vida de relação: as pessoas humanas, como seres-no-mundo-com-os-outros ou seres coexistenciais, precisam interagir umas com as outras, de modo que sejam concebidos, modelados, planejados, materializados, adaptados e readaptados os objetivos, as metas e as atividades que fornecem propósito às suas existências.”^[11]

Neste passo, os dois elementos para configuração do dano existencial encontram-se interligados, sendo um a extensão do outro.

Conforme atenta Amaro Alves, “nos danos desse gênero, o ofendido se vê privado do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, de, respeitando o direito alheio, livre dispor de seu tempo fazendo ou deixando de fazer o que bem entender. Em última análise, ele se vê despojado de seu direito à liberdade e à sua dignidade humana.”^[12]

Uma vez que o indivíduo sofra uma limitação involuntária no seu projeto de vida e na sua vida social isso acaba afetando a sua liberdade, a sua liberdade de escolhas, de ter a opção de seguir por um caminho ou outro, buscando aquilo que lhe proporcione uma vida digna.

Tais formas de limitação podem ser muito corriqueiras nas relações de trabalho. Diante disso, indaga-se sobre a viabilidade da aplicação do instituto em análise no âmbito das relações de labor, o que será objeto de estudo no capítulo subsequente.

2 A APLICABILIDADE DO INSTITUTO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Com os novos contornos que as relações de trabalho vêm assumindo na contemporaneidade, graças ao surgimento desenfreado de novas tecnologias advindas da sociedade informacional, tem-se verificado inúmeros avanços nas mais variadas áreas de atuação.

Os trabalhos manuais passaram a ser substituídos pelo trabalho intelectual, com a combinação da crescente utilização de equipamentos eletrônicos, os quais viabilizaram a imediatidade de resultados, consistindo em um eficiente mecanismo de controle por parte dos agentes econômicos.

Desde então, tem-se verificado a configuração de um novo perfil de relações de trabalho, com o surgimento de novas profissões, que concentram funções antes desempenhadas por tantas outras, as quais são inclusive levadas à extinção.

Dentre essas novas modalidades de labor destaca-se o teletrabalho, que, num primeiro momento, pode ser visto como benéfico tanto para o empregador, que não precisa mais se preocupar em estabelecer um ambiente de trabalho de acordo com as normas de segurança e higiene, assim como para o empregado, que pode desempenhar suas atividades no conforto da sua própria residência, além de ser poupado do estresse que pode se afigurar no deslocamento até o local de trabalho.

Por outro lado, essas modernas configurações podem desencadear complexos problemas sociais. Como já refletia Castells, “o novo paradigma informacional de trabalho e mão-de-obra não é um modelo simples, mas uma colcha confusa, tecida pela interação histórica entre transformação tecnológica, política das relações industriais e ação social conflituosa.”[\[13\]](#)

No âmbito dessas novas relações de trabalho, tem se instaurado uma preocupante realidade social, consistente na confusão sobre os limites entre a esfera profissional e a vida privada do trabalhador. No caso do teletrabalho, as modernas ferramentas de labor têm permitido que os trabalhadores permaneçam à disposição do empregador em tempo integral, mesmo que distante dos limites físicos da empresa, o que acaba invadindo seus momentos de privacidade e lazer.

O que gera ainda maior preocupação é que esse cenário não se vislumbra apenas na modalidade do teletrabalho, mas em qualquer outra onde se exija do trabalhador jornadas exorbitantes, metas inalcançáveis, dentre tantas outras abusividades frequentemente praticadas sob o manto distorcido do poder diretivo do empregador.

Conforme ilustra Rebechi, “com o aparecimento de ferramentas de tecnologias de comunicação e de informação, como os celulares com funções que dão acesso à internet ou os sistemas de teleconferência via computadores móveis com câmeras acopladas, muitos profissionais são exigidos a ficar “conectados” em tempo integral com o seu trabalho.”^[14]

Nesse passo, as novas tecnologias acabam sendo um facilitador do prolongamento da jornada de trabalho, permitindo que o empregador tenha o empregado sempre a sua disposição, ainda que fora dos limites da empresa.

Segundo alertam Franco, Druck e Silva, “o que se constata no mundo real do trabalho é um distanciamento crescente entre práticas organizacionais e direitos sociais conquistados. É o paradoxo que encerra o trabalho contemporâneo: sua combinação com precarização social, com adoecimento dos indivíduos e destruição ambiental.”^[15]

Nesse contexto de contínua informatização e desenvolvimento, nem sempre a normatização consegue acompanhar o mesmo ritmo. Muitas vezes nem mesmo os profissionais que atuam na fiscalização dos ambientes de trabalho estão preparados para lidar com essas novas configurações.

Conforme conclui Dejours, o avanço tecnológico e as novas organizações do trabalho “acentuaram as desigualdades e a injustiça social e trouxeram formas de sofrimento qualitativamente mais complexas.”[\[16\]](#)

Neste íterim, conforme observa Flaviana Rampazzo “a probabilidade de ofensas aos interesses das pessoas , antes da “grande era do maquinismo” , era menor, pois não existia o manancial de danos que, em momento posterior, apresentou-se à sociedade, basicamente, em razão de sua contínua evolução: os bônus dos avanços tecnológicos representam o ônus de uma maior chance de incidentes e de maior gravidade e alcance das lesões.”[\[17\]](#)

Diante desse cenário, surge a necessidade da criação de novos mecanismos de defesa para os trabalhadores, que abarquem as complexas questões desencadeadas pela Era da Sociedade Informacional. É justamente com essa finalidade que se tem discutido hoje a aplicação do instituto do Dano Existencial no âmbito das relações de trabalho.

Segundo Flaviana Rampazzo, o Dano Existencial também pode estar presente na esfera das relações de trabalho “quando se constata o trabalho em condição degradante ou análoga à de ‘escravo’, no qual o ‘empregador’ coage o ‘empregado’ a realizar tarefas em condições subumanas, no tocante ao horário, às condições de higiene, de alimentação e habitação, sem contraprestação pecuniária, ou criando artifícios para que a remuneração seja consumida – tal como ocorre com a “caderneta”

em mercado de propriedade do próprio empregador ou de pessoa a ele relacionada.” [18]

Nos termos do entendimento da Magistrada Márcia Novaes Guedes, “o Dano Existencial pode decorrer de atos ilícitos que não prejudicam a saúde nem o patrimônio da vítima, mas a impedem de continuar a desenvolver uma atividade que lhe dava prazer e realização pessoal”. [19]

Em verdade, o dano à existência do trabalhador representa, em íntima análise, uma violação aos seus direitos de personalidade. Sobre esse aspecto, esclarece Bruno Lewicki que “a personalidade, em todos os seus aspectos e desdobramentos, encontra sua garantia na cláusula geral de tutela da pessoa humana, cujo ponto de confluência é a dignidade da pessoa humana, por encontrar-se no ápice do ordenamento jurídico e funcionar como um valor reunificador da personalidade a ser tutelada.” [20]

Conforme acrescenta Flaviana Rampazzo, “o bem-estar e a qualidade de vida são a exteriorização de toda a potencialidade da personalidade da pessoa, representam a ação do ser humano, destinada a atingir a felicidade, a realização, a busca da razão de ser da existência”. [21]

Analisando o Dano Existencial na seara trabalhista e atentando para o elemento característico dessa espécie de dano, ponderam Alvarenga e Boucilhas Filho que “é fácil imaginar o dano causado à ‘vida de relação’ de determinado empregado em decorrência de condutas ilícitas regulares do empregador, como a constante utilização de mão de obra em sobrejornada, impedindo o empregado de desenvolver regularmente outras atividades em seu meio social. Não se pode, contudo, descuidar da hipótese de o dano à vida da relação poder ser causado por um único ato. Um bom exemplo seria o do empregador que compele determinado empregado a terminar determinada tarefa, que não era tão urgente

ou que poderia ser concluída por outro colega, no dia, por exemplo, da solenidade de formatura ou de primeira eucaristia de um de seus filhos, impedindo-o de comparecer à cerimônia.” [22]

Em não raras ocasiões o trabalhador nem se apercebe que está sofrendo uma espécie de exploração, se dignando a desempenhar suas atividades profissionais e abdicando de sua vida privada de bom grado, tudo por receio de perder seu emprego. Tal realidade ilustra perfeitamente o pensamento de Baumann, no sentido de que “as forças ávidas de tirar liberdade nem sempre precisam de coerção para alcançar seu fim”. [23]

Nesse sentido é que se faz imprescindível a formação de um entendimento sólido a respeito do dano existencial, que possibilite uma compreensão consciente sobre as hipóteses de configuração de tal lesão à dignidade humana.

Em que pese os deslindes do instituto ainda estejam em fase de construção, o Dano Existencial já vem sendo debatido nos Tribunais Trabalhistas. A título de exemplo cabe mencionar um julgado do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, que, em acórdão relatado pelo Desembargador José Felipe Ledur, reconheceu o pagamento de indenização a título de Dano Existencial a trabalhadora que havia sido submetida à jornada excedente ao limite tolerado. Na oportunidade, o ilustre Desembargador assim se manifestou: “Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico objetiva de valor de nossa Constituição.” [24]

Analisando o caso supracitado, verifica-se que, embora toda a complexidade presente na compreensão da figura do dano

existencial, o poder judiciário já vem sabendo responder de maneira satisfativa aos casos práticos que lhe são apresentados.

É cediço, contudo, que há de se dispender peculiar atenção e cuidado quando da apreciação de casos envolvendo o pleito de dano existencial. Essa lição é esclarecida pelo Ilustríssimo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, João Oreste Dalazen, que, apreciando Recurso de Revista envolvendo o pleito de reparação a título de dano existencial, assim alertou “ressalto, ainda, que nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em trabalho (workaholic), quer motivados pela alta competitividade, vaidade, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivados por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo. Um indivíduo assim, geralmente, não consegue se desligar do trabalho e muitas vezes, por iniciativa própria, deixa de lado filhos, pais, amigos e família.”^[25]

Disso se depreende que não basta a constatação da jornada extraordinária, por exemplo, para configurar o dano existencial. Para tanto, é preciso que se façam presentes os elementos já analisados no decorrer do presente excurso, sobretudo, há de se analisar o efeito que a sobrejornada desencadeia na vida do trabalhador.

CONCLUSÃO

Por meio da presente pesquisa foi possível constatar a inegável realidade de que, diante do cenário em que a sociedade contemporânea vive, a tão aclamada segurança jurídica é colocada em xeque, concedendo lugar a uma onda de incertezas.

O surgimento desenfreado das novas tecnologias e a sua constante incidência nos mais inusitados campos de atuação trouxe, e ainda vem trazendo consigo, uma imensa gama de

novidades. São novas formas de comunicação, novas espécies de relações, de profissões, e o avanço é rumo ao infinito.

Diante desse contexto, institutos que há muito já estavam assentados no ordenamento jurídico já não conseguem responder de maneira satisfativa às demandas envolvendo os novos direitos que exsurtem na realidade prática.

Um desses institutos é o da responsabilidade civil, tema que vem passando por uma constante evolução para conseguir englobar as distintas modalidades de dano que vêm sendo levadas a pleito perante o poder judiciário.

Nesta seara, uma modalidade de dano que vem ganhando cada vez mais espaço de discussão e questionamento é o dano existencial, ao qual se dedicou peculiar atenção no presente trabalho.

Como foi possível constatar, o instituto em apresso corresponde a uma modalidade de dano extrapatrimonial, que atenta contra a intimidade psíquica do ser humano, possuindo traços e características próprias, sendo absolutamente independente dos demais danos então sedimentados no nosso ordenamento.

A partir da análise das peculiaridades que envolvem o instituto, passou-se à reflexão sobre a sua possível aplicabilidade às relações de trabalho, sobretudo diante das novas configurações que a relação laboral vem assumindo na contemporaneidade, onde todos os dias milhares de trabalhadores são privados de fruir de momentos de lazer.

Com efeito, o surgimento desenfreado dos novos mecanismos tecnológicos acabaram influenciando no perfil das relações laborais, trazendo avanços para as empresas, fazendo

inclusive surgir novas modalidades de profissões, antes inimagináveis.

Contudo, ao lado de tantos avanços depara-se com um grande retrocesso. Vive-se hoje um verdadeiro processo de rompimento das relações sociais tradicionais.

As facilidades que as tecnologias propiciam para o desempenho das atividades laborais modernas fazem, em não raras vezes, com que o trabalhador fique conectado ao mundo do trabalho em tempo integral, abrindo mão dos seus projetos de vida, do convívio com a família, dos seus momentos de lazer.

Por meio da presente pesquisa foi possível se vislumbrar que a discussão sobre a aplicabilidade do instituto do dano existencial às relações de trabalho não deve ser vista como uma possibilidade, mas como uma certeza, sobretudo diante da incontestável premissa de que a normatização não consegue acompanhar a mesma velocidade das inovações tecnológicas, não conseguindo prever respostas exatas e satisfativas para as mais complexas questões que se insurgem a todo o momento.

Como se viu, o tema ainda é bastante recente, mas já vem sendo construído por parte da doutrina e da própria jurisprudência pátria.

Ao tutelar com especificidade os projetos de vida e as relações dos indivíduos, o instituto do dano existencial representa um mecanismo fundamental para a reparação da dignidade humana de milhares de trabalhadores, que, muitas vezes nem se apercebem do tamanho da lesão que lhes vem sendo causada dia após dia.

Tem-se, com isso, que as demandas da sociedade contemporânea se apresentam com tamanha complexidade, em um ritmo descompassado com o ordenamento jurídico positivado,

sendo fundamental a existência de mecanismos que consigam trazer algum tipo de resposta a essas pretensões, como o faz o instituto do dano existencial, que, uma vez que venha ganhando espaço na jurisprudência dos tribunais brasileiros, tão logo servirá como ferramenta não apenas de reparação mas também de prevenção, no sentido de coibir violações e demandas continuadas.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. e BOUCILHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/si>

[te/index.php?artigo_id=12735&n_link=revista_artigos_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/si/te/index.php?artigo_id=12735&n_link=revista_artigos_leitura)>
Acesso em: 15 de setembro de 2014.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano Existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005.

BAUMANN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**; Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BOCK, Maximiliano Maxwell. **O dano existencial no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/69914>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão de decisão que deu provimento ao pedido de dano existencial**. Recurso Ordinário nº 105-14.2011.5.04.0241, Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, D.J.T, Porto Alegre, 03 de junho de 2011. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/Jurisprudencia/129127216/recurso-ordinario-ro->

12550720115040281-rs-0001255-0720115040281/inteiro-teor-129127225>. Acesso em: 14 abril 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão de decisão que negou pedido de dano existencial**. Recurso de Revista nº 154-80.2013.5.04.0016, Relator: Ministro Presidente da 4ª Turma, João Oreste Dalazen, 16 de maio de 2012. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br>

[/jurisprudencia/178796529/recurso-de-revista-rr-1548020135040016/inteiro-teor-178796549](http://jurisprudencia/178796529/recurso-de-revista-rr-1548020135040016/inteiro-teor-178796549)>. Acesso em: 14 abril 2015.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. 3 ed. São Paulo, SP: Paz e Terra, 1999.

DEJOURS, Cristophe. **Da Psicopatologia à Psicodinâmica do Trabalho**. Brasília: Fiocruz, 2004.

FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça; SILVA, Edith Seligmann. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006>

Acesso em 15 de outubro de 2014.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o Dano Existencial**. Revista Ciência jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo. LTr, 2008. p. 128

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REALE, Miguel apud SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

REBECHI, Claudia Nociolini. Entre o virtual e o real: reflexões sobre as TICs nas relações de trabalho. **Revista Intexto**, Porto Alegre, UFRGS, n.26, jul. 2012.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVEIRA, Rafael. **Dano existencial na relação laboral: A tutela dos direitos sociais**. Disponível em: <<http://rafaelsilveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/151317103/dano-existencial-na-relacao-laboral>> Acesso em: 13.mar.2015

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WESENDOCK, Tula. **O dano existencial na jurisprudência italiana e brasileira** – um estudo de direito comparado. Revista *Ajuris*, Porto Alegre, v. 123, ano XXXVIII, p. 02-04, set. 2011.

[1] WESENDOCK, Tula. O dano existencial na jurisprudência italiana e brasileira – um estudo de direito comparado. Revista *Ajuris*, Porto Alegre, v. 123, ano XXXVIII, p. 02-04, set. 2011.

[2] BOCK, Maximiliano Maxwell. O dano existencial no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.lume.ufrg.br/handle/10183/69914>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

[3] SILVEIRA, Rafael. **Dano existencial na relação laboral: A tutela dos direitos sociais**. Disponível em: <<http://rafaelsilveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/151317103/dano-existencial-na-relacao-laboral>> Acesso em: 13.mar.2015

[4] SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.19

[5] FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o Dano Existencial**. Revista Ciência jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 275.

[6] SEVERO, Sérgio. Os danos extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 42-43.

[7] REALE, Miguel apud SEVERO, Sérgio. Os danos extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996, p.44

[8] SOARES, Flaviana Rampazzo. Op cit. p. 76

[9] FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o Dano Existencial**. Revista Ciência jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 275.

[10] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. e BOUCILHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=12735&n_

link=revista_artigos_leitura>Acesso em: 15 de setembro de 2014.

[11] FROTA, Hidemberg Alves da. Op. cit

[12] ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano Existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 48.

[13] CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. 3 ed. São Paulo, SP: Paz e Terra, 1999. p. 262

[14] REBECHI, Claudia Nociolini. Entre o virtual e o real: reflexões sobre as TICs nas relações de trabalho. Revista Intexto, Porto Alegre, UFRGS, n.26, jul. 2012. p. 223-244

[15] FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça; SILVA, Edith Seligmann. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006> Acesso em 15 de outubro de 2014.

[16] DEJOURS, Cristophe. Da Psicopatologia à Psicodinâmica do Trabalho. Brasília: Fiocruz, 2004.

[17] SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. pp. 23

[18] SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.75

[19] GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo. LTr, 2008. p. 128

[20] LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77.

[21] SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39

[22] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. e BOUCILHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=12735&n_

[link=revista_artigos_leitura](#)> Acesso em: 15 de setembro de 2014.

[23] BAUMANN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**; Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, pp. 249-250.

[24] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão de decisão que deu provimento ao pedido de dano existencial**. Recurso Ordinário nº 105-14.2011.5.04.0241,

Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, D.J.T, Porto Alegre, 03 de junho de 2011. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/Jurisprudencia>

[/129127216/recurso-ordinario-ro-12550720115040281-rs-0001255-0720115040281/inteiro-teor-129127225](http://trt-4.jusbrasil.com.br/Jurisprudencia/129127216/recurso-ordinario-ro-12550720115040281-rs-0001255-0720115040281/inteiro-teor-129127225)>. Acesso em: 14 abril 2015.

[25] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que negou pedido de dano existencial. Recurso de Revista nº 154-80.2013.5.04.0016, Relator: Ministro Presidente da 4ª Turma, João Oreste Dalazen, 16 de maio de 2012. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178796529/recurso-de-revista-rr-1548020135040016/inteiro-teor-178796549>>. Acesso em: 14 abril 2015.

O ARTIGO 155 DO CPP E OS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO JÚRI

PATRÍCIA GOMES MACHADO: Analista do
Ministério Público de Minas Gerais.

RESUMO: O presente trabalho trata da mudança na reda o do artigo 155, do CPP, que vedou expressamente o uso das provas colhidas na fase policial como fundamento para condena o. As provas devem ser analisadas de acordo com os princípios do contraditório e da ampla defesa, que ocorre na fase judicial do processo. E como   a aplica o do artigo nos crimes de competência do Júri.

PALAVRAS CHAVES: Provas. Ampla defesa. Contraditório. Pronúncia. Júri.

INTRODU O

As provas no Direito Penal ocupam um papel extremamente importante. Condenar ou absolver não   apenas resultado da conduta do acusado, mas de como as provas foram obtidas e levadas para julgamento.

Uma prova importante obtida no inquérito policial, mas não confirmada na fase judicial,   desconsiderada, de acordo com a nova reda o do art. 155, do CPP. O julgador não pode valorar a prova obtida na fase policial na sentença, se não foi houve o contraditório e a ampla defesa. Exce o são as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas, que devido a demora ou por não poderem ser refeitas devem ser diferenciadas em sua análise.

DESENVOLVIMENTO

O projeto de lei não 11.690/08 modificou a reda o do *caput* do artigo 155 do Código de Processo Penal: “O juiz formar  sua convic o pela livre aprecia o da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos

elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Com a reforma, o legislador vedou a condenação quando baseada exclusivamente em elementos colhidos na investigação criminal. Tal vedação decorre da observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, expressamente previstos na Constituição da República:

"Art. 5º - (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"

O legislador pretendeu que as provas colhidas na fase policial, destituídas de contraditório e ampla defesa, não possam ser usadas para lastrear eventual sentença condenatória.

A doutrina de Guilherme de Souza Nucci se manifesta no tocante à interpretação do art. 155 do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei nº11.680/08:

[...] a meta é a formação da convicção judicial lastreada em provas produzidas sob o crivo do contraditório, não podendo o magistrado fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos trazidos na investigação, mormente a policial, que constitui a maior parte dos procedimentos preparatórios da ação penal. Em outros termos, não se trouxe grande inovação, mas apenas se tornou expresso o que já vinha sendo consagrado pela jurisprudência pátria há anos. **O julgador jamais pode basear sua sentença, em especial condenatória, em elementos colhidos unicamente no inquérito policial. Não era mecanismo tolerado nem pela doutrina nem pela jurisprudência. Porém, o juiz sempre se valeu de provas colhidas na fase investigatória, desde que**

confirmadas, posteriormente, em juízo, ou se estivessem em harmonia com as coletadas sob o crivo do contraditório. Ora, nesse contexto, a reforma deixou por desejar, uma vez que somente reafirmou o entendimento já consolidado – logo, inócua faze-lo – de que a fundamentação da decisão judicial, mormente condenatória, não pode calcar-se exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. (...) Portanto, a reforma teria sido ousada se excluísse a ressalva “*exclusivamente*” do art. 155, caput, do CPP. O juiz não poderia formar sua convicção nem fundamentar sua decisão somente com base nos elementos advindos da investigação.

A partir do trecho destacado, vemos que antes mesmo da modificação no artigo, a legislação proibia a formação do convencimento do magistrado mediante provas obtidas *exclusivamente* no inquérito policial.

O livre convencimento do juiz na apreciação das provas foi limitado pela modificação na lei, sendo realçada a importância do contraditório. A mudança manteve a jurisprudência já em vigor na época, que defendia que apenas a prova do inquérito não era suficiente para a condenação. Outras provas, que deveriam ser produzidas em contraditório judicial, deveriam confirmar as provas da fase policial.

Vale ressaltar que, a confirmação na fase judicial não será aplicada as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Tal ressalva é exigida para que os elementos não venham a se esvaír devido a demora na persecução criminal.

Lima doutrina:

O dispositivo deixa entrever que é possível que o juiz forme sua convicção com base em

provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, ainda que estas tenham sido produzidas na fase investigatória. Mas o que se deve entender por provas cautelares, não repetíveis e antecipadas? Provas cautelares são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido. É o que acontece, por exemplo, com uma interceptação telefônica. Tal medida investigatória, que tem no elemento da surpresa verdadeiro-suposto

de sua eficácia, depende de prévia autorização judicial, sendo, que o investigado só terá conhecimento de sua realização após a conclusão das diligências. Quando estamos diante de medidas cautelares *inaudita altera parte*, a parte contrária só poderá contraditá-la depois de sua concretização, o que é denominado pela doutrina contraditório diferido, postergado ou adiado. A prova não repetível é aquela que não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Exemplificando, suponha-se que alguém tenha sido vítima de lesões corporais de natureza leve. Caso o exame pericial não seja feito imediatamente, os vestígios deixados pela infração penal irão desaparecer. A produção das provas não repetíveis, ante o perigo de que haja dispersão dos elementos probatórios em relação aos fatos transeuntes, independe de prévia autorização

judicial, devendo sua realização ser determinada pela própria autoridade policial imediatamente após tomar conhecimento da prática delituosa.

Como dispõe o art. 6a, inc. VII, do CPP, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá, dentre outras diligências, determinar que se proceda a exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias.

Portanto, em relação às provas não repetíveis, o contraditório também será diferido. Para que essas provas não repetíveis possam ser utilizadas no curso do processo, imperiosa será a observância do contraditório sobre a prova, permitindo que as partes possam discutir sua admissibilidade, regularidade e idoneidade.

Bom exemplo disso, aliás, é o quanto previsto no art. 159, § 52, inc. I, do CPP, que permite às partes, durante o curso do processo judicial, requerer a oitiva dos peritos para esclarecimento da prova ou para responderem a quesitos. Provas antecipadas, por sua vez, são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. E o caso do denominado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, previsto no art. 225 do CPP: "Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não

exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento". Supondo-se, assim, que determinada testemunha presencial do delito esteja hospitalizada, em grave estado de saúde, afigura-se possível a colheita antecipada de seu depoimento, o que será feito com a presença do juiz, e com a participação das partes sob contraditório. Caso ainda não haja uma pessoa formalmente apontada como suspeita da prática do delito, deve o magistrado diligenciar para que a defesa técnica seja patrocinada por um advogado dativo. Nesse caso, o depoimento ficará integrado aos autos com o mesmo valor legal que teria caso fosse prestado no curso da instrução. Outro exemplo de prova antecipada é aquele constante do art. 366 do CPP, em que, determinada a suspensão do processo e da prescrição em relação ao acusado que, citado por edital, não tenha comparecido nem constituído defensor, poderá ser determinada pelo juiz a produção antecipada de provas urgentes, nos termos do art. 225 do CPP. Nesse caso, para que se imponha a antecipação da prova urgente, deve a acusação justificá-la de maneira satisfatória (v.g., ofendido com idade avançada), valendo ressaltar que, segundo os Tribunais Superiores, a inquirição de testemunha, por si só, não pode ser considerada prova urgente, e a mera referência aos limites da memória humana não é suficiente para determinar a medida excepcional.

Observa-se que as provas colhidas na fase policial não devem ser desprezadas durante o processo judicial. O que é exigido que se encontre ressonância na prova produzida em Juízo. Do contrário, em inúmeros processos, a condenação seria impossível. Exemplo é o que ocorre no delito de tráfico de drogas, nos quais os testemunhos de civis favoráveis a condenação são modificados na fase judicial, em decorrência do medo impingido pelos traficantes. Em juízo, os únicos depoimentos são dos policiais, que segundo pacífica jurisprudência do STJ, são dotados de significativo valor probatório, podendo, sem sombra de dúvidas, servir de fundamento a um édito condenatório. A propósito:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA OTRÁFICO. ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE PREPARADO E CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO-OCORRÊNCIA. REGIME INTEGRAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 PELO STF. ORDEM DENEGADA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA.

2. O depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório.

[...]”.

(HC 109.300/SP – Quinta Turma – Relator:
Min. Arnaldo Esteves Lima – data do julgamento:
18.09.2008 – DJe 03.11.2008 – grifo nosso)

Conclui-se que a existência de prova colhida em juízo, sob o crivo do contraditório, confirme os elementos produzidos extrajudicialmente, e que sustente a versão apresentada pela acusação, sendo, portanto, suficiente para condenação.

A propósito, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – PEDIDO QUE EXTRAPOLA O CONTIDO NA DECISÃO AGRAVADA – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO – FURTO QUALIFICADO – CONDENAÇÃO QUE SE BASEOU EM ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL – NULIDADE DO ÉDITO CONDENATÓRIO – INOCORRÊNCIA – PROVAS COLHIDAS EM JUÍZO QUE CORROBORARAM A VERSÃO APRESENTADA PELA ACUSAÇÃO – AUSÊNCIA DE AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO – ORDEM DENEGADA – AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NEGO PROVIMENTO.

1. O agravo regimental se presta unicamente para discutir os fundamentos da decisão monocrática agravada, motivo pelo qual não é dado ao agravante nele inovar,

deduzindo pedidos não relacionados com os fundamentos daquela decisão.

2. É vedado ao Magistrado proferir sentença condenatória baseada exclusivamente em elementos de convicção colhidos nos autos do inquérito policial. Inteligência do artigo 155 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei 11.690/2008).

3. **Por outro lado, a existência de provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório, que corroborem a veracidade dos elementos produzidos extrajudicialmente, sustentando a versão apresentada pela acusação, é suficiente para autorizar a manutenção da integridade do édito condenatório.**

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, nego provimento.

(AgRg no HC 118.761/MS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 16/03/2009).

No mesmo sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: *"os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do*

contraditório em juízo" (RE - AgRg nº 425.734/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 28.10.05).

APLICAÇÃO DO ARTIGO 155, DO CPP NOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DO JÚRI

Nos processos de competência do Tribunal do Júri, por vigorar o sistema da livre convicção, o disposto no art. 155, *caput*, do CPP deve ser interpretado com reservas.

Na pronúncia, os elementos de prova colhidos na fase extrajudicial, mesmo que não ratificados em juízo, são suficientes para uma decisão de pronúncia, que, quanto à autoria delitiva, não exige certeza, mas tão-somente indícios. Isto porque a pronúncia é uma decisão de natureza interlocutória mista terminativa, encerrando a primeira fase do processo penal nos crimes de competência do Júri. Não é um juízo de certeza, e sim de fundada suspeita.

Dessa forma, se para condenação nos crimes comuns, o julgador não pode se basear apenas em elementos colhidos no inquérito policial, na decisão de pronúncia é exigido, tão somente, a presença de indícios de autoria, além de prova da materialidade do delito. Os indícios podem derivar de provas colhidas durante o inquérito policial, mesmo que não sejam ratificadas em Juízo.

A jurisprudência vem se manifestando no sentido da desnecessidade da prova judicial para a prolação da sentença de pronúncia, a qual também pode assentar-se em prova extrajudicial. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. INDÍCIOS DE AUTORIA EXTRAÍDOS DA ETAPA POLICIAL. POSSIBILIDADE DE QUE OS ELEMENTOS FUNDAMENTEM A PRONÚNCIA. EXAME DE PROVAS. DESNECESSIDADE.

1. A pretensão recursal não demanda o revolvimento de prova. Cuida-se apenas de estabelecer, a partir das premissas fáticas firmadas pelo aresto a quo, a possibilidade de que a pronúncia possa ser lastreada em elementos colhidos no inquérito.

2. Nos termos do que dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal, o julgador formará a sua convicção pela livre apreciação da prova colhida em contraditório judicial, não podendo basear sua decisão somente nos elementos extraídos da investigação.

3. Tal regra, porém, deve ser aplicada com reservas no tocante à decisão de pronúncia, pois tal manifestação judicial configura simples juízo de admissibilidade da acusação.

4. Nesse sentido, **a jurisprudência desta Corte Superior admite que os indícios de autoria imprescindíveis à pronúncia defluam dos elementos de prova colhidos durante a fase inquisitorial.**

5. No caso, registra o acórdão a quo que tanto a vítima quanto seu irmão afirmaram em sede policial que foram os recorrentes que efetuaram os disparos em sua direção, havendo a suspeita de que ambos somente se retrataram em juízo em virtude das ameaças que sofreram.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ – AgRg no REsp 1309425/MG, Rel.Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 14/10/2014)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISOS II C/C ART. 14 II E ART. 129, § 6º TODOS DO CÓDIGO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.**PRONÚNCIA. PROVAS. IN DUBIO PRO SOCIETATE.**

[...]

II - Ainda que ultrapassado este óbice, a tese sustentada pelo impetrante não merece prosperar pois diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, **a decisão que pronuncia o acusado exige, tão somente, a presença de indícios de autoria, além de prova da materialidade do delito. Indícios estes que, por sinal, podem derivar de provas colhidas durante o inquérito policial. (Precedente do STF e desta Corte).**

[...]

(STJ – HC 85077/DF – Quinta Turma – Relator: Min. Felix Fischer – data do julgamento: 23.08.2007 – DJ 12.11.2007 p. 265 – grifo nosso)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INCONFORMIDADE MINISTERIAL. **PROVA DA MATERIALIDADE E SUFICIENTES INDÍCIOS**

DA AUTORIA DO CRIME IMPUTADO AO RÉU. PRONÚNCIA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA.

Tendo em vista os indícios da existência do crime e da autoria, decorrentes da prova oral produzida na fase do inquérito, a submissão do acusado a julgamento pelo Tribunal Popular é medida que se impõe. Sentença reformada, para pronunciar o réu como incurso nas sanções do artigo 121, parágrafo 2º, incisos II e IV, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. Inteligência do artigo 408 do Código de Processo Penal. **Na fase da pronúncia incide a regra do brocardo *in dubio pro societate*.**

[...]

(TJRS – Recurso em sentido estrito 70023697618 – Relator: Des. Jaime Piterman – DJ. 26.08.2008 – grifo nosso)

Fernando Capez defende:

Na fase da pronúncia vigora o princípio do *in dubio pro societate*, uma vez que há mero juízo de suspeita, não de certeza. O juiz verifica apenas se a acusação é viável, deixando o exame mais acurado para os jurados. Somente não serão admitidas acusações manifestamente infundadas, pois há juízo de mera prelibação^[1].

Logo, o art. 155 do Código de Processo Penal não tem aplicação na fase de pronúncia.

Ademais, em relação a condenação no Tribunal do Júri, a decisão se funda, exclusivamente, na **íntima convicção dos jurados**, não sendo possível identificar quais elementos foram

considerados pelo Conselho de Sentença para condenar o acusado. Logo, é inviável analisar se o veredicto popular baseou-se exclusivamente nos elementos de prova colhidos na fase inquisitorial.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS COLETADOS EXCLUSIVAMENTE DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. SIGILO DAS VOTAÇÕES. PRINCÍPIO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS UTILIZADOS PELOS JURADOS PARA CONDENAR A PACIENTE. (...).

1. A Lei n.º 11.690/2008, ao introduzir na nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal o advérbio "exclusivamente", permite que elementos informativos da investigação possam servir de fundamento ao juízo sobre os fatos, desde que existam, também, provas produzidas em contraditório judicial. Noutras palavras: para chegar à conclusão sobre a veracidade ou falsidade de um fato afirmado, o juiz penal pode servir-se tanto de elementos de prova - produzidos em contraditório - como de informações trazidas pela investigação. Apenas não poderá se utilizar exclusivamente de dados informativos colhidos na investigação.

2. Os jurados julgam de acordo com sua convicção, não necessitando fundamentar suas decisões. Em consequência, é impossível identificar quais elementos foram considerados pelo Conselho de Sentença para condenar ou absolver o acusado, o que torna inviável analisar se o veredicto baseou-se exclusivamente em elementos coletados durante a investigação criminal ou nas provas produzidas em juízo. [...]

(HC 173.965/PE, Rel.Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 29/03/2012 – grifos nossos).

HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. DECISÃO FUNDAMENTADA EM PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. SOBERANIA DO VEREDICTO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. **Não há falar em ausência de fundamentação, nem em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, em hipótese em que o Conselho de Sentença, acolhendo uma das versões apresentadas no julgamento, concluiu pela autoria do crime, com base nas provas testemunhais colhidas na fase investigatória.** O Tribunal de Apelação somente poderia anular o julgamento do júri se a decisão do Conselho de Sentença, distanciando-se da prova dos autos, fosse absurda, arbitrária, teratológica, o que não ocorreu na espécie.

(HC 44374/SP, Rel.Min. ARNALDO ESTEVES DE LIMA, QUINTA TURMA, DJe 10/12/2007 – grifos nossos).

CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se que a obrigatoriedade da prova que passou pelo crivo do contraditório atinge apenas a sentença de mérito. O julgador pode usar as provas produzidas no inquérito, desde que confirmadas na fase judicial.

Exceção a aplicação do artigo 155 do Código de Processo Penal é a decisão de pronúncia. Por ser mista terminativa, a pronúncia não comina em sanção, os indícios de autoria delitiva e materialidade podem ser as provas do inquérito policial.

O artigo 155 do Código de Processo Penal não se aplica também na decisão do Júri, por não ser possível a identificação dos elementos utilizados pelos jurados para condenação.

Diante do que foi visto pode se concluir que as provas devem passar por uma análise mais apurada, que ocorre na fase judicial. Nos crimes dolosos contra a vida, de acordo com as peculiaridades do rito, a aplicação do artigo 155 do CPP deve ser visto com ressalvas.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa. Editor Antônio de Paulo. 19ª edição. Rio de Janeiro: 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 14.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 652

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 1ª Ed. 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 8ª Ed. 2008. p.341

[HTTP://WWW.STJ.JUS.BR](http://www.stj.jus.br). Acesso diário.

[HTTP://WWW.STF.JUS.BR](http://www.stf.jus.br). Acesso diário.

[HTTP://WWW.TJMG.JUS.BR](http://www.tjmg.jus.br). Acesso diário.

[1] CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 652.

TRABALHO ESCRAVO E DEGRADANTE

CAMILLA HOLANDA MENDES DA ROCHA: Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina - CEUT; Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci; Advogada.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DO TRABALHO ESCRAVO. 2.1 Dispositivos constitucionais que coíbem o trabalho escravo. 2.2 Convenções, acordos e tratados internacionais que coíbem o trabalho escravo. 2.3 Legislação infraconstitucional. 3 DO TRABALHO DEGRADANTE. DA DIFERENÇA ENTRE TRABALHO ESCRAVO E TRABALHO DEGRADANTE. 4 DAS AÇÕES PROMOVIDAS PARA COMBATER O TRABALHO ESCRAVO OU DEGRADANTE. 5 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho realizado em condição análoga à de escravo é o principal problema do Direito do Trabalho, pois retira completamente a dignidade do trabalho, que é forçado a trabalhar em condições degradantes, e, muitas vezes, privado de sua liberdade de locomoção. É a “coisificação” do homem.

Esta exploração precária recebe diversas denominações. Este trabalho visa, especialmente, discutir se “trabalho escravo” e “trabalho degradante” são sinônimos, destacando as principais convenções internacionais que regem o tema, bem como analisando a legislação pátria à luz da Constituição Federal e dos princípios gerais do Direito.

Este estudo objetiva, ainda, destacar as principais ações de combate ao trabalho escravo ou ao trabalho degradante, desenvolvidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e seus auditores.

2 DO TRABALHO ESCRAVO

2.1 Dispositivos constitucionais que coíbem o trabalho escravo

O trabalho escravo entendido, *ab initio*, como a redução à condição análoga a de escravo, fere vários dispositivos constitucionais, em sua maioria direitos individuais dispostos no artigo 5º da Carta Magna. Encontra embargo, inclusive, em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana (vide art. 1º, III da Constituição Federal).

Já no caput do artigo 5º, a Constituição Federal garante a todos, brasileiros e estrangeiros, o direito à vida e à liberdade, entre outros. Isto é decorrência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e, por si só, já proíbe o trabalho escravo. Ainda assim, vários outros dispositivos constitucionais impedem esta prática degradante.

Segundo o inciso II do referido artigo, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Certamente, não há na legislação trabalhista nenhum dispositivo normativo que obrigue alguém a trabalhar. O trabalho forçado não é aceito sob nenhuma hipótese. Aqui se encontra mais um impedimento ao trabalho escravo.

Ademais, ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, vide inciso III do mesmo artigo. Portanto, é impossível considerar, desde a vigência da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de trabalhadores serem apenados com castigos físicos, torturados, machucados, ou mesmo constrangidos. Além disso, a legislação trabalhista conta com uma vasta normatização a respeito da saúde e segurança do trabalhador, que são normas de ordem pública e devem ser sempre observadas, sendo inaceitável o tratamento desumano ou

degradante. Por fim, a jurisprudência, em consonância com as bases legais, tem concedido altas indenizações para o caso de trabalhadores que sofreram dano moral por conta de ato do empregador ou prepostos.

É importante ressaltar, ainda, que, segundo o inciso XLVII, não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis. Portanto, se nem mesmo o Estado pode, para aqueles que tiveram o devido processo legal e justo julgamento, impor tais penas, não pode o empregador submeter o empregado a condições similares.

2.2 Convenções, acordos e tratados internacionais que coíbem o trabalho escravo

O Brasil é signatário de diversos instrumentos de direito internacionais que firmam o compromisso em combater o trabalho em condição análoga à de escravo. São eles:

a) Convenção das Nações Unidas sobre Escravatura, de 1926, ratificada pelo Brasil em 1966

Esta convenção visa abolir completamente a escravidão em todas as suas formas. Foi emendada pelo Protocolo de 1953 e pela Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956.

b) Convenção nº 29 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório, da Organização Internacional do Trabalho, de 1930, ratificada pelo Brasil em 1957

Segundo o artigo primeiro desta convenção, todo país-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificá-la compromete-se a abolir a utilização do trabalho forçado ou

obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível.

A Convenção define a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” como todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. Estabelece, ainda, um rol de situações que não serão compreendidas como trabalho forçado: qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar; qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano; qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição; qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou epizooticas, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população; pequenos serviços comunitários que, por serem executados por membros da comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com referência à necessidade desses serviços.

c) Convenção nº 105 sobre Abolição do Trabalho Forçado, da Organização Internacional do Trabalho, de 1957, ratificada pelo Brasil em 1965

Por força desta Convenção, os países signatários comprometem-se a abolir toda forma de trabalho forçado ou obrigatório, e dele não fazer uso como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente; como método de mobilização e de utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico; como meio de disciplinar mão de obra; como punição por participação em greves; como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

d) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992

Proíbe, em seu artigo 8º, a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, e a servidão. Também dispõe que ninguém será obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios.

e) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, de 1996, ratificado pelo Brasil em 1992

Segundo este Pacto, os Estados Partes reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem, entre outros, a segurança e a higiene no trabalho, o descanso, o lazer, as férias periódicas e a limitação razoável das horas de trabalho.

f) Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992

Este pacto assegura, entre outros, o direito à vida e à integridade pessoal, e proíbe a escravidão e servidão. Segundo a

Convenção, ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório.

g) Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano ou Declaração de Estocolmo de 1972

Já no primeiro artigo, esta Declaração assegura que o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita levar uma vida digna de gozar do bem-estar.

2.3 Legislação infraconstitucional

Passa-se a análise da legislação infraconstitucional. O trabalho escravo é crime tipificado pelo Código Penal, em seu artigo 149, que assim dispõe:

Art. 149 – Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou o preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Todas estas situações descritas no tipo - trabalhos forçados, jornadas exaustivas, condições degradantes e restrições à liberdade de locomoção - são ofensas direitas à dignidade da pessoa humana. O empregador não poderá, sob hipótese alguma, submeter seus empregados a tais situações, sob pena de incorrer em crime de redução à condição análoga à de escravo, e ainda, nos

crimes relativos à violência, como lesão corporal e tentativa de homicídio.

3 DO TRABALHO DEGRADANTE. DA DIFERENÇA ENTRE TRABALHO ESCRAVO E TRABALHO DEGRADANTE

Por todo o exposto, já se percebe que a diferenciação entre “trabalho escravo” e “trabalho degradante” é bastante tênue. O artigo 149 do Código Penal, ao definir o crime de redução à condição análoga de escravo, assevera que, seja o trabalho forçado, a jornada exaustiva, as condições degradantes ou a locomoção restringida, todas estas situações serão enquadradas neste mesmo crime.

Entretanto, a Organização Internacional do Trabalho diferencia o trabalho escravo do trabalho degradante, pois entende que toda forma de trabalho escravo é degradante, mas nem toda forma de trabalho degradante é escravo. O fator principal de diferenciação é a liberdade. Quando há cerceamento da liberdade, fala-se em trabalho escravo: é o caso do trabalho forçado ou da restrição da locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Quando não houver afronta à liberdade, mas estiverem presentes condições degradantes, como a jornada excessiva, a falta de segurança e higiene, ou mesmo alimentação adequada, é o caso de trabalho degradante.

Esta diferenciação, entretanto, não gera efeitos importantes, posto que a tipificação legal do crime será sempre a de redução à condição análoga à de escravo. A gravidade da situação influenciará na dosimetria da pena.

Segundo o Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo, produzido pelo Ministério do Trabalho e Emprego^[1],

Diversas são as denominações dadas ao fenômeno de exploração ilícita e precária do trabalho, ora chamado de trabalho forçado, trabalho escravo, exploração do trabalho, semiescravidão, trabalho degradante, entre outros, que são utilizados indistintamente para tratar da mesma realidade jurídica. Malgrado as diversas denominações, qualquer trabalho que não reúna as mínimas condições necessárias para garantir os direitos do trabalhador, ou seja, cerceie sua liberdade, avilte a sua dignidade, sujeite-o a condições degradantes, inclusive em relação ao meio ambiente de trabalho, há que ser considerado trabalho em condição análoga a de escravo.

4 DAS AÇÕES PROMOVIDAS PARA COMBATER O TRABALHO ESCRAVO OU DEGRADANTE

As principais ações de combate ao trabalho escravo ou degradante são promovidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pelo Ministério Público do Trabalho (através de ações civis públicas e termos de ajuste de conduta, entre outras ações). Apenas em 1995 o Governo Brasileiro reconheceu oficialmente a existência do trabalho em condição análoga à de escravo no país, segundo o Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de escravo, porém, a partir desta data, tem promovido ações para erradicá-lo.

O Ministério do Trabalho e Emprego, órgão do poder Executivo, é responsável por receber denúncias relativas a casos de trabalho escravo, e averiguá-las. Estas denúncias são feitas, normalmente, ao próprio Ministério. Entretanto, este órgão conta

com diversos parceiros, como a Comissão Pastoral da Terra, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho e a Polícia Federal, entre outros, que também recebem denúncias.

Para averiguar as denúncias, o Ministério do Trabalho e Emprego conta com um Grupo Especial de Fiscalização Móvel, que, juntamente com as Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego, desenvolvem as fiscalizações necessárias. De acordo com o manual supracitado,

À ação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM se soma a atuação dos grupos especiais de fiscalização das Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego (SRTE). A iniciativa reforçou a presença da Inspeção do Trabalho nas atividades em que se verifica maior incidência de irregularidades indicadoras de prática de trabalho análogo ao de escravo. A intensificação da fiscalização nessas atividades estimula o cumprimento voluntário da legislação trabalhista e contribui para inibir a prática de reduzir trabalhadores à condição análoga à de escravo.

O trabalho dos auditores fiscais responsáveis por averiguar a ocorrência de redução à condição análoga à de escravo consiste em ações fiscais. Caso haja a ocorrência de irregularidades, o fiscal poderá apreender documentos, equipamentos, armas de fogo, bem como promover a interdição imediata dos estabelecimentos.

É importante ressaltar que o Grupo Móvel trabalha arduamente para liberar de maneira imediata os trabalhadores

submetidos a trabalhos forçados ou degradantes, e, ainda, buscar a satisfação das obrigações trabalhistas.

O Ministério do Trabalho e Emprego desenvolve ainda outras ações para o combate ao trabalho escravo. Conta, por exemplo, com uma lista de empregadores que mantinham empregados em condições degradantes, ou mesmo restringindo a liberdade de locomoção. A atualização deste cadastro é feita semestralmente. O empregador que se encontra nesta “Lista Suja” poderá ter, inclusive, o cancelamento de financiamentos por bancos públicos. Portanto, este cadastro é bastante importante no que diz respeito ao combate preventivo do trabalho escravo.

O Ministério Público do Trabalho também realiza diversas ações para o combate ao trabalho escravo, especialmente promovendo ações judiciais para punir os empregadores. Segundo a “Cartilha do Trabalho Escravo”, produzida pelo Ministério Público do Trabalho^[2],

Atento à vocação institucional para expurgar o trabalho escravo definitivamente da nossa sociedade, o Ministério Público do Trabalho criou em 12 de setembro de 2002, por meio da portaria 231/2002 a atualmente denominada Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo. [...]

Desde então, a CONAETE integra e protagoniza ações de repressão, interinstitucionais e próprias, vem implementando medidas que atacam o tráfico de pessoas configurado na origem do problema e projetos que visam a inserção dos trabalhadores em cursos de qualificação profissional e,

consequentemente, no mercado de trabalho, para evitar a reincidência e transformar a anterior hipossuficiência extrema do ser humano escravizado em nova realidade social, efetivamente libertadora.

O Ministério Público do Trabalho pode promover, ainda, inquéritos civis, para colheita de dados que embasarão uma futura ação civil pública e termos de ajuste de conduta.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que, penalmente, não há diferença entre o trabalho degradante e o trabalho escravo. Ambos retiram a dignidade do trabalhador e constituem o tipo penal da redução à condição análoga à de escravo. Entretanto, costuma-se associar ao trabalho escravo aquelas situações em que é retirada a liberdade do trabalhador. Já o trabalho degradante seria aquele realizado sem observância das normas de saúde e segurança, ou sem a promoção das condições mínimas de bem estar.

No Brasil, o trabalho escravo ou degradante ainda é bastante comum. Sendo assim, o Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério Público do Trabalho não medem esforços para combatê-los, sendo as principais ações as fiscalizações do Grupo Móvel do MTE, e as ações civis públicas promovidas pelo MPT.

BIBLIOGRAFIA

CASSAR, V. B. (2011). Direito do Trabalho. Niterói, RJ: Impetus.

DELGADO, M. G. (2004). Curso de Direito do Trabalho. 3 ed. São Paulo: Ltr.

Ministério do Trabalho e Emprego. (2011). Manual de Combate ao Trabalho em Condições análogas às de escravo. Brasília.

Ministério Público do Trabalho. Cartilha do Trabalho Escravo.

SILVA, M. R. (2010). Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema. Goiânia.

NOTA:

[1] Disponível em:
[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC88201350B7404E56553/combate%20](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC88201350B7404E56553/combate%20trabalho%20escravo%20WEB.PDF)

[trabalho%20escravo%20WEB.PDF](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC88201350B7404E56553/combate%20trabalho%20escravo%20WEB.PDF)

[2] Disponível em: www.pgt.mpt.gov.br

DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE: DA SERVIDÃO ADMINISTRATIVA, REQUISIÇÃO, OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA, LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA E TOMBAMENTO

FABIANO SARAIVA MEDEIROS: Graduado em Direito pela PUC MG em 2006. Oficial de Justiça - TJMG 2005/2010 - Nível médio. Analista do MPMG 2010/? - Nível Superior. Atualmente se encontra na PJ com atribuições na Execução Penal e Infância e Juventude - Infracional, tendo passado pelas Pjs de Patrimônio Público, Infância e Juventude Cível, Meio Ambiente e Cível.

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema da intervenção do Estado na Propriedade, definindo conceitos e analisando suas espécies separadamente. Neste estudo, se verá que, por diversos institutos previstos no Direito, o Estado poderá intervir na propriedade particular, restringindo-a ou mesmo condicionando seu uso, procurando servir como ponto de partida para este que é um assunto de extrema relevância para toda a coletividade.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Intervenção. Servidão Administrativa. Requisição. Ocupação Temporária. Limitação Administrativa. Tombamento. Propriedade Privada. Estado. Coletividade.

1. INTRODUÇÃO

Na época do liberalismo econômico (final do século XVIII e parte do século XIX), defendia-se a idéia de que a intervenção do Estado na economia e na propriedade deveria ser mínima. No século XX, diante das injustiças sociais geradas pelo excessivo absentismo do Estado Liberal, eclodiram diversos movimentos sociais que resultaram numa maior preocupação dos Estados ocidentais com a idéia de justiça social, o que redundou na previsão e efetivação de direitos sociais e na garantia de amplo acesso do povo aos serviços essenciais.

A doutrina do Estado mínimo cedia passagem para o Estado de bem-estar social (*Welfare State*). Para tanto, em abandono ao

liberalismo clássico, os Estados passaram a intervir na propriedade e no domínio econômico, buscando corrigir distorções de mercado e as excessivas desigualdades sociais.

O direito de propriedade é aquele que confere ao seu titular a faculdade de usar, gozar e dispor de uma coisa, corpórea ou incorpórea, bem como de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Nesse sentido, imperioso ressaltar que a propriedade é um direito fundamental, constitucionalmente protegido.

Todavia, conforme asseveram Deus e Alexandre (2015, p. 925), como qualquer outro direito, não é absoluto, podendo sofrer limitações e até mesmo presentes certas circunstâncias e observado o devido processo legal, ser legitimamente suprimidos pelo Poder Estatal, o que se justifica em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e da necessidade de a propriedade atender a sua função social.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico assegura o direito de propriedade, também contempla mecanismos que possibilitam ao Estado nela intervir, restringindo, condicionando ou adequando seu uso aos interesses da coletividade.

Ressalta-se que existe razão de não mencionarmos o instituto da Desapropriação, o qual também está entre as modalidades de intervenção do Estado na propriedade.

Tal procedimento administrativo, em razão de sua reconhecida importância e particularidade, sendo a mais gravosa modalidade de intervenção, merece amplo debate à vista de institutos próprios tanto administrativos quanto jurisdicionais, impondo-se, portanto, destaque a parte e em outra ocasião.

2. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A União Federal é titular da competência privativa para legislar sobre direito civil (inclusive direito de propriedade),

desapropriação e requisições de bens (CF, art. 22, I, II e III). No entanto, a competência para legislar sobre as restrições e os condicionamentos ao uso da propriedade não é privativa da União, sendo dividida entre todos os entes da federação. A título de exemplo, uma lei que restrinja o uso da propriedade com o objetivo de proteção ao meio ambiente pode ser editada tanto pela União quanto pelos demais entes da federação, devendo os entes menores respeitar as normas gerais editadas pela União, tendo em vista que a matéria se encontra no âmbito da legislação concorrente (CF, art. 24, VI). Digno de nota que, considerando os incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal, os Municípios também podem editar lei sobre a matéria, apesar de não terem sido citados pelo art. 24 como detentores de competência concorrente.

A competência legislativa para regular a matéria não se confunde com a competência para praticar os atos administrativos necessários à imposição da supressão ou das restrições ao uso da propriedade. Esta última – designada competência administrativa – é comum a todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Assim, uma lei que discipline a desapropriação será necessariamente federal, por força da previsão contida no art. 22, II, da Constituição Federal (competência legislativa). No entanto, diante das hipóteses previstas na lei, tanto a União como os Estados, Distrito Federal ou Municípios, no uso da competência administrativa, poderão praticar os atos administrativos necessários à efetivação da desapropriação (efetuar a declaração expropriatória, promover a ação de desapropriação etc.)

3. MODALIDADES

Existem diversos meios de intervenção do Estado na propriedade. Seguindo a lição de José dos Santos Carvalho Filho, citado por Deus e Alexandre (2015, p. 1939) é possível dividi-los em duas formas básicas de intervenção: 1.^a) intervenção restritiva; e 2.^a) intervenção supressiva.

A intervenção restritiva é aquela em que o Estado impõe limites e condições ao uso da propriedade, mas não a subtrai do

seu titular. A doutrina tradicionalmente se refere aos seguintes meios de intervenção restritiva: a) servidão administrativa; b) requisição; c) ocupação temporária; d) limitação administrativa; e) tombamento.

A intervenção supressiva é aquela em que o Estado utiliza da sua supremacia para transferir coercitivamente para si a propriedade de algum bem de terceiro; é o que ocorre na desapropriação.

3.1 SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

A servidão administrativa é o meio de intervenção estatal na propriedade mediante o qual é estabelecido um direito real de uso sobre a propriedade alheia, em favor do Poder Público ou de seus delegatários, de modo a garantir a execução de um serviço público ou de obras e serviços de interesse coletivo. É possível citar como exemplos de servidão administrativa a obrigação do proprietário em consentir a passagem de fios elétricos ou telefônicos por sua propriedade ou a colocação de placas indicativas de ruas em edifícios privados.

A servidão administrativa é forma de intervenção não supressiva do direito de propriedade, uma vez que, apesar de afetar o caráter de exclusividade no exercício do direito, não acarreta sua perda.

Segundo Di Pietro (2013, P.156), as servidões administrativas podem ser constituídas de três maneiras diferentes:

“a) diretamente pela lei, por exemplo, a servidão sobre as margens de rios navegáveis e a servidão ao redor dos aeroportos;

b) por acordo entre as partes; ou

c) por decisão judicial, quando não houver acordo entre o Poder Público e o particular.”

Contudo, há autores que discordam desse posicionamento, a exemplo de Filho (2013, p. 799) para quem a servidão administrativa somente pode ser instituída por acordo ou por decisão judicial. Segundo o referido autor, a norma legal que pretende instituir uma servidão administrativa está, na verdade, instituindo uma limitação administrativa genérica.

Apesar da opinião contrária do referido autor, existem várias leis que instituem servidão administrativa, a exemplo do disposto no art. 59 do Código de Mineração (BRASIL, Decreto-lei 227 de 1967), segundo o qual “ficam sujeitas a servidões de solo e subsolo, para os fins de pesquisa ou lavra, não só a propriedade onde se localiza a jazida, como as limítrofes”.

A constituição de servidão administrativa, seja por acordo, seja por decisão judicial, deve sempre ser precedida de ato declaratório de utilidade pública do bem (na servidão instituída por lei não há necessidade de ato declaratório). Em outros termos, a constituição de servidão administrativa não é medida autoexecutória do Poder Público, dependendo sempre de prévio acordo ou de decisão judicial (exceto na hipótese de servidão administrativa instituída por lei).

No entanto, em algumas situações excepcionais, o Poder Público de forma ilegítima pode passar a utilizar o bem sem que obedeça ao procedimento legal, ou seja, sem emitir o ato declaratório ou sem que haja acordo ou decisão judicial. Se isso por acaso acontecer, o particular pode recorrer ao Judiciário para pleitear o reconhecimento da servidão e a reparação de eventuais prejuízos.

Realizado o acordo ou proferida a sentença judicial, é necessário que a servidão seja inscrita no Registro de Imóveis para que terceiros tomem conhecimento do fato e o gravame possa produzir efeitos contra todos (eficácia *erga omnes*). Já no caso da servidão administrativa estabelecida por lei (para aqueles que admitem essa forma de constituição) não há necessidade desse registro, uma vez que a publicidade decorrente da publicação da lei faz presumir que ela seja conhecida por todos.

3.1.1. Indenização

Como a servidão administrativa não implica supressão da propriedade, em regra o proprietário do imóvel serviente não tem direito à indenização. Contudo, se da servidão decorrer efetivo prejuízo, os danos porventura existentes deverão ser indenizados previamente. O ônus de provar o prejuízo é do proprietário; não o fazendo, presume-se a inexistência de dano, não havendo dever de indenizar por parte do Poder Público.

Como exemplo, podemos citar situação enfrentada pelo STJ quando do julgamento do REsp 4.821/RS (BRASIL, 200?). O caso concreto tratava de uma servidão para a passagem de eletrodutos, sendo necessária a colocação de torre de transmissão no terreno serviente. Os prejuízos ao proprietário foram claramente apontados no lapidar voto do Ministro Américo Luz (Relator), sendo pertinente a transcrição do seguinte excerto:

“A vista panorâmica do local fica afetada, tornando-se feia. Cria uma situação de perigo constante. Provoca, ainda, um ruído permanente com a passagem de energia elétrica de alta-tensão.

Limita a plantação e a construção imobiliária. Em caso de venda, no futuro, o preço sofre tremenda redução.”

Em casos como esses, o proprietário do prédio serviente fica em situação semelhante a do desapropriado, sendo cabível a indenização que será acrescida das parcelas referentes à atualização monetária, juros moratórios e honorários de advogado (quando o procedimento for judicial). Cabe também o pagamento de juros compensatórios, quando o uso efetivo do bem pelo Poder Público anteceder o pagamento da indenização.

Foi seguindo a linha de raciocínio ora analisada que o STJ editou a Súmula 56, afirmando o seguinte: “Na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos os juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade”.

A redação da Súmula transcrita merece crítica porque, apesar de se referir à “desapropriação”, caracteriza-a equivocadamente como uma “limitação de uso”, e não como forma supressiva da propriedade. Aliás, a própria expressão “desapropriação para instituir servidão” é contraditória, pois, se o Poder Público desapropria um imóvel, ele passa a ser seu proprietário, o que inviabiliza a instituição de servidão, uma vez que não há servidão sobre bem próprio.

Registramos que um dos precedentes que deram origem à edição da Súmula 56 do STJ foi justamente o REsp 4.821/RS (BRASIL, 200?), supracitado, e da análise do seu teor é possível perceber que o Tribunal, diante de uma servidão severamente restritiva ao direito de propriedade, equiparou-a a uma desapropriação para o efeito de indenização.

3.1.2. Extinção e características

Apesar do seu caráter de perpetuidade, conforme lição da Professora Di Pietro, citada por Alexandre e Deus (2015, p.930) as servidões administrativas podem ser extintas nos seguintes casos:

- 1) perda da coisa gravada (ou seja, desaparecimento do bem gravado);
- 2) transformação da coisa gravada por fato que a torne incompatível com seu destino;
- 3) desafetação da coisa dominante (desinteresse do Poder Público na utilização do bem imóvel); e
- 4) incorporação do imóvel serviente ao patrimônio “(porque não há servidão sobre coisa própria).

3.2. REQUISIÇÃO

Por sua vez, a requisição é o instrumento de intervenção estatal mediante o qual, em situação de perigo público iminente, o Estado utiliza bens móveis, imóveis ou serviços particulares com indenização ulterior, se houver dano.

Segundo Paulo e Alexandrino (2012, p. 954) “requisição é a utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias”.

Neste sentido, a Constituição (BRASIL, 1988) previu expressamente o instituto em seu artigo 5º, inciso XXV:

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houve dano;”

A requisição administrativa pode ser civil ou militar. A requisição militar objetiva o resguardo da segurança interna e a manutenção da soberania nacional, diante de conflito armado, comoção etc. A requisição civil, aponta Alexandrino e Paulo (2012, p.954) visa a evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade, diante de inundação, incêndio, sonegação de gêneros de primeira necessidade, epidemias, entre outros.

3.2.1. Objeto e indenização

O objeto da requisição abrange móveis, imóveis e serviços particulares. Numa situação de iminente perigo público, poderá o Poder Público requisitar o uso de imóvel particular, dos equipamentos e dos serviços médicos de determinado hospital privado.

Já a indenização pelo uso dos bens alcançados pela requisição é condicionada: o proprietário só fará jus à indenização se houver dano e será ulterior. Inexistindo-o, não há que se falar em indenização.

3.2.2. Instituição e Criação

Presente a situação de perigo iminente, a requisição pode ser decretada de imediato, sem necessidade de prévia autorização judicial. O ato administrativo que formaliza a requisição é

autoexecutório, não depende de qualquer apresentação judicial prévia, sendo, pois, um ato de império do Poder Público. A requisição é instituto de natureza transitória: sua extinção dar-se-á tão logo desapareça a situação de perigo público iminente que justificou sua criação.

3.3. OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA

Tal instituto é a forma de intervenção pela qual o Poder Público usa transitoriamente imóveis privados, como meio de apoio à execução de obras e serviços públicos.

Para a o mestre Hely Lopes, citado por Alexandrino e Paulo (2012, p.955), “ocupação temporária ou provisória é a utilização transitória remunerada ou gratuita de bens particulares pelo Poder Público, para a execução de obras, serviços ou atividades públicas ou de interesse público”.

É o que normalmente ocorre quando a Administração tem a necessidade de ocupar terreno privado para depósito de equipamentos e materiais destinados a ocupação temporária de terrenos de particulares contíguos a estradas (em construção ou reforma), para a alocação de máquina de asfalto, equipamentos de serviço, pequenas barracas de operários. É o que ocorre, também, na época das eleições ou campanhas de vacinação pública, em que o Poder Público usa de escolas, clubes e outros estabelecimentos privados para a prestação dos serviços.

3.3.1. Instituição, extinção e indenização

A instituição da ocupação temporária dá-se por meio da expedição de ato pela autoridade administrativa competente, que deverá fixar, desde logo, e se for o caso, a justa indenização devida ao proprietário do imóvel ocupado. É ato autoexecutório, que não depende de apreciação prévia do Judiciário.

A extinção da ocupação temporária dá-se com a conclusão da obra ou serviço pelo Poder Público. Se a ocupação temporária é instituída em razão da realização de uma obra ou serviços públicos, segue-se que a propriedade privada deve ser desocupada tão logo

esteja concluída a atividade pública. Extinta a causa que lhe deu origem, extingue-se o efeito da ocupação.

Por fim, resta destacar que na ocupação temporária, a indenização é também condicionada à ocorrência de prejuízo ao proprietário: em princípio não haverá indenização alguma, mas esta deverá ocorrer se o uso do bem particular acarretar prejuízo ao seu proprietário.

3.4. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Limitações administrativas são determinações de caráter geral, por meio das quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações de fazer (obrigações positivas), ou obrigações de deixar de fazer alguma coisa (obrigações negativas), ou de não fazer ou de permitir, com a finalidade de assegurar que a propriedade atenda sua função social.

Na lição de Hely Lopes, citado por Alexandrino e Paulo (2012, p.957), limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.

Por sua vez, Maria Sylvia Di Pietro, também mencionada pelos citados autores, define as limitações administrativas como *“medidas de caráter geral, previstas em lei com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social”*.

As limitações administrativas derivam do poder de polícia da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (permitir fazer). No primeiro caso, o particular fica adstrito a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade.

As limitações administrativas devem ser gerais, dirigidas a propriedades indeterminadas. Para situações particulares que conflitem com o interesse público, deve ser empregada pelo Poder Público a servidão administrativa ou a desapropriação, mediante justa indenização – nunca a limitação administrativa, cuja característica é a gratuidade e a generalidade da medida protetora dos interesses da coletividade.

Tais limitações podem atingir não só a propriedade imóvel e seu uso como quaisquer outros bens e atividades particulares que tenham implicações com o bem-estar social, com os bons costumes, com a segurança e a saúde da coletividade, com o sossego e a higiene da cidade e até mesmo com a estética urbana.

Pode-se dar como exemplos de limitações administrativas a obrigação de observar o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos; a proibição de desmatamento de parte da área de floresta em cada propriedade rural; obrigação imposta aos proprietários de efetuarem limpeza de terrenos ou que impõe o parcelamento ou edificação compulsória do solo, entre outras.

Frise-se que a limitação não pode ser confundida com a servidão administrativa. Enquanto a primeira é uma restrição geral e gratuita imposta indeterminadamente às propriedades particulares em benefício da coletividade, a segunda, servidão administrativa, é um ônus real sobre determinada e específica propriedade privada, mediante indenização pelo Poder Público para propiciar a execução de algum serviço público.

3.4.1. Instituição e indenização

As limitações administrativas ao uso da propriedade particular podem ser expressas em lei ou regulamento de qualquer das três entidades estatais, por se tratar de matéria de Direito Público, da competência federal, estadual e municipal.

Segundo Alexandrino e Paulo (2012, p. 958), as limitações administrativas, por constituírem imposições gerais, impostas a propriedades indeterminadas, não ensejam nenhuma indenização por parte do Poder Público em favor dos proprietários.

Acrescentam que tais limitações alcançam uma quantidade indeterminada de propriedades e, por isso, podem contrair interesses dos proprietários, mas nunca gerar direitos subjetivos. Ao contrário da servidão e da desapropriação, não visam as limitações administrativas a impor restrições nesta ou naquela propriedade. Os prejuízos eventualmente ocorridos não são individualizados, mas sim gerais, devendo ser suportados por um número indefinido de membros da coletividade em favor desta.

3.5. TOMBAMENTO

Tombamento é a modalidade de intervenção na propriedade por meio da qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro.

No tombamento, o Estado intervém na propriedade privadas para proteger a memória nacional, protegendo bens de ordem histórica, artística, arqueológica, cultural, científica, turísticas e paisagística. A maioria dos bens tombados é de imóveis de valor arquitetônico de épocas passadas em nossa história. É comum, também, o tombamento de bairros ou até mesmo de cidades, quando retratam aspectos culturais do passado. O tombamento pode, ainda, recair sobre bens imóveis.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece, expressamente, a autorização para essa modalidade de intervenção na propriedade, nos seguintes termos, artigo 216, § 1º:

§ 1º. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registro, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

3.5.1. Espécies

O tombamento pode ser voluntário ou compulsório, provisório ou definitivo.

Ocorre o tombamento voluntário quando o proprietário consente no tombamento, seja por meio de pedido que ele mesmo formula ao Poder Público, seja concordando voluntariamente com a proposta de tombamento que lhe é dirigida pelo Poder Público.

O tombamento compulsório ocorre quando o Poder Público realiza a inscrição do bem como tombado, mesmo diante da resistência e do inconformismo do proprietário.

O tombamento é provisório enquanto está em curso o processo administrativo instaurado pela notificação do Poder Público, e definitivo quando, depois de concluído o processo, o Poder Público procede à inscrição do bem como tombado, no respectivo registro de tombamento.

3.4.2. Instituição

O tombamento é sempre resultante de vontade expressa do Poder Público, manifestada por ato administrativo do Executivo.

A competência para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. A legislação federal e estadual poderá, no que couber, ser suplementada pela legislação municipal, por força do artigo 30, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

3.4.3. Processo de tombamento

O ato de tombamento, segundo Alexandrino e Paulo (2012, p.961), deve ser precedido de processo administrativo, no qual serão apurados os aspectos que materializam a necessidade de intervenção na propriedade provada para a proteção do bem tombado.

Nesse processo, são obrigatórios:

- a) O parecer do órgão técnico cultural;

- b) A notificação ao proprietário, que poderá manifestar-se anuindo com o tombamento ou impugnando a intenção do Poder Público de decretá-lo;
- c) Decisão do Conselho Consultivo da pessoa incumbida do tombamento, após as manifestações dos técnicos e do proprietário. A decisão concluirá:
 - c.1) pela anulação do processo, se houver ilegalidade;
 - c.2) pela rejeição da proposta de tombamento, ou;
 - c.3) pela homologação da proposta, se necessário o tombamento.
- d) Possibilidade de interposição de recurso pelo proprietário, contra o tombamento, a ser dirigido ao Presidente da República.

Como se nota, é imprescindível para o ato de tombamento a existência do processo administrativo, com observância do princípio constitucional do devido processo legal (*due process of Law* – Constituição Federal, artigo 5º. LIV), no qual se assegure ao proprietário o direito ao contraditório e à ampla defesa, no intuito de que este possa comprovar, se for o caso, a inexistência de relação entre o bem a ser tombado e a proteção ao patrimônio cultural.

Finalmente, cumpre-se asseverar que o tombamento não é a única maneira de proteção do patrimônio cultural brasileiro, pois este instituto pode ser alcançado, também, por meio de ação popular (Constituição Federal, artigo 5º, LXXIII), do direito de petição aos Poderes Públicos (CF, artigo 5º, XXXIV, da ação civil pública (Lei 7.347/1985).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como acima esposado, dada a complexidade dos fins almejados pelo Estado em prol do interesse público, são diversos os meios de intervenção do Estado na propriedade.

Não se pode olvidar, no entanto, que tais intervenções devem nortear-se pelo interesse maior da coletividade, bem assim pela estrita observância dos meios e procedimentos autorizados na Constituição e nas leis reguladoras, sob pena de incorrer o Estado em conduta flagrantemente ilegítima aos direitos individuais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto-Lei no 227, de 28 de fevereiro de 1967. Código de Minas. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 agosto 2015.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 agosto 2015.

BRASIL, Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 agosto 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição. São Paulo, SP. Método. 2012.

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, Joao de. **Direito Administrativo esquematizado**. 1ª Edição. São Paulo, SP. Método, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo, SP. Atlas. 2013.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª. Edição. São Paulo – SP. Atlas. 2013.