BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 510

(ano VII)

(29/12/2015)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2015

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

Conselho Editorial

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

*Coordenador do Direito Internacional (AM/Montreal/Canadá): **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/Argentina)**:** 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

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

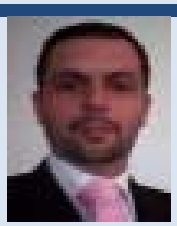
Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação diária
Circulação: Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



29/12/2015 Denis Caramigo
» Quando o Diabo vira Santo: o Advogado criminalista sob a ótica da sociedade

ARTIGOS

29/12/2015 Milton Córdova Júnior
» A cassação dos direitos políticos dos cidadãos policiais militares pelo Tribunal Superior Eleitoral, o "Tribunal da Democracia"

29/12/2015 Natália Petersen Nascimento Santos

» Responsabilidade civil por dano moral coletivo em decorrência de greve: de quem é a obrigação de indenizar?

29/12/2015 Luciano Roberto Gulart Cabral Júnior

» A lacuna legislativa causada pela distinção entre descendentes de origem comum e exclusiva na concorrência na herança com o cônjuge ou companheiro no direito sucessório

29/12/2015 Diego Renoldi Quaresma de Oliveira

» Natureza Jurídica do Interrogatório judicial no Processo Penal : Aspectos normativos e doutrinários

29/12/2015 Roberto Monteiro Pinho

» Número de ações judiciais superam 100 milhões

29/12/2015 André de Farias Albuquerque

» A aplicação da arbitragem ao dissídio trabalhista

QUANDO O DIABO VIRA SANTO: O ADVOGADO CRIMINALISTA SOB A ÓTICA DA SOCIEDADE

DENIS CARAMIGO: Advogado criminalista; Graduado em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes - UMC; Consultor jurídico; Membro da Comissão do Acadêmico de Direito da OAB/SP; Autor de diversos artigos jurídicos publicados em sites, revistas e jornais especializados; Membro voluntário responsável pelas matérias e orientações jurídicas do projeto Prodigs - Ação Pró-dignidade sexual; Palestrante.

Quem nunca se deparou com um comentário maldoso, ainda que em pensamento, sobre a atuação e comportamento de algum advogado criminalista?

Criminalista, para a grande maioria, é o advogado que defende bandido e ponto! É o famoso advogado "porta de cadeia"; aquele que é tão delinquente quanto o seu cliente; é por causa dele, advogado criminalista, que "o mundo está assim".

Esse é o típico pensamento da população brasileira quando trata de classificá-lo.

Muitas vezes, influenciadas pela nefasta mídia sensacionalista exploradora, as pessoas deixam-se levar pelo impulso primitivo de seus sentimentos de justiça, vingança e anseios pessoais, porém, o que poucos percebem é que, um dia, podem estar do lado oposto da situação.

Todos nós estamos sujeitos a cometer algum tipo de delito, seja na forma dolosa (quando há consciência e vontade na produção do resultado) ou culposa (quando praticado por imprudência, imperícia ou negligência), pois não sabemos o minuto seguinte de nossas vidas como será.

Assim acontecendo, o que fazer?

Ligar para "aquele advogado que trabalha com isso". É assim que acontece, você deixa de ser o Diabo para tornar-se o Santo salvador.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

O advogado que defendia bandido, agora, defende uma pessoa “do bem” que, por algum motivo, está envolvida em alguma situação criminal. Injusta, é claro.

Em breve síntese é isso o que mais ocorre no dia a dia do advogado criminalista.

Ainda que muitos recriminem a atuação deste “tipo de advogado”, não se pode negar que é de suma importância sua presença no cenário social, não como defensor de bandido, mas como garantidor dos direitos que o Estado, a todos, estabeleceu.

Nossa Carta Magna, em seu artigo 133, estabelece que:

> *O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

Dessa forma não há de se confundir os atos do advogado criminalista com aqueles praticados pelo seu cliente, pois, a própria Constituição Federal ampara sua conduta indispensável à administração da justiça (seja ela qual for).

Ainda na seara positivada, o novo código de Ética e Disciplina da OAB, em seu artigo 23, dispõe:

> *É direito e dever do advogadoassumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.*
>
> *Parágrafo único. Não há causa criminal indigna de defesa, cumprindo ao advogado agir, como defensor, no sentido de que a todos seja concedido tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana, sob a égide das garantias constitucionais.*

Advogar na área criminal não é ser indigno, muito pelo contrário. Advogar na área criminal é exteriorizar a verdadeira função do princípio da

isonomia, ou seja, tratar a todos como se únicos fossem, independentemente de suas desigualdades sociais, financeiras, morais, culturais, ideológicas entre outras.

Assim sendo, não há de se estabelecer algum conceito negativo para um advogado que cumpre o seu papel da forma que bem entende, ainda que este papel não seja, aos olhos de muitos, o mais “normal” a exercer.

Somente quem está no centro de uma situação criminal sabe o quanto é dolorido estar ali.

Certo é que nem todos que estão envolvidos com o crime são anjos querubins, porém, existem as pessoas que cometem crimes que não são criminosas.

Para o advogado criminalista pouco importa se o criminoso é contumaz ou não. O que importa pra ele é exercer seu ofício de forma garantidora dos direitos do seu cliente.

O advogado não pode ser exorcizado apenas pelo fato de estar atuando em uma zona, que poucos atuam com destemor, apenas por atuar.

É ele quem enfrenta as maiores barbáries processuais do cotidiano, chegando ao ponto de se questionar pra que serve a CF/88, CP, CPP, Leis especiais, Súmulas, Acórdãos...se na prática a teoria é outra.

Além de todos os dissabores profissionais (que não são poucos) que este profissional enfrenta, ainda tem que lidar com o preconceito da sociedade de forma gratuita.

Preconceito desta mesma sociedade formada por cidadãos que, um dia, poderão socorrer-se de seus serviços “salvadores” antes tidos como blasfêmia.

Taxar tal profissional como advogado do Diabo é no mínimo contraditório, pois, em uma situação criminal em que todos nós estamos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

sujeitos a figurar, é para ele, o advogado do Diabo (agora tido como Santo), que as velas serão acesas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

A CASSAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DOS CIDADÃOS POLICIAIS MILITARES PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, O "TRIBUNAL DA DEMOCRACIA"

MILTON CÓRDOVA JÚNIOR: Advogado, pós-graduado em Direito Público, com extensões em Direito Constitucional e Direito Constitucional Tributário. Empregado de empresa pública federal. Recebeu Voto de Aplauso do Senado Federal por relevantes contribuições à efetivação da cidadania e dos direitos políticos.

Por mais contraditório que possa parecer, um eventual retorno do voto em cédula eleitoral representará o resgate à Democracia para os policiais militares em serviço, no dia das eleições, bem como para oito milhões de brasileiros. Esses cidadãos tiveram seus direitos políticos suspensos pelo TSE (o Tribunal que se auto-intitula "o Tribunal da Democracia").

Explico.

O TSE, inconstitucional e ilegalmente, considera a urna eletrônica como um fim em si mesmo, sendo o caso do remédio cuja dose matou o paciente. Por conta (e em favor) do poderoso marketing propiciado pela urna eletrônica (cujo advento não excluiu a cédula eleitoral), um total de 8,2 milhões de brasileiros foi expurgado das eleições, em 2014 (1º Turno), sendo que nas eleições de 2012 foram 7,6 milhões de eleitores que tiveram o voto cerceado pelo autoproclamado “Tribunal da Democracia”.

Esse fato é convenientemente omitido pela “Justiça” eleitoral, por ocasião da divulgação do resultado das eleições brasileiras. Afinal de contas, nada pode macular a agilidade da apuração das eleições brasileiras, geralmente concluída em menos de 03 ou 04 horas – para espanto da comunidade internacional (e para deleite de nossos tecnocratas de plantão). Com a cédula eleitoral, que seria usada apenas para os eleitores em trânsito, isso não seria possível

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

eis que a apuração e resultado das eleições demorariam um pouco mais. Mas não tanto, a ponto de prejudicar o processo eleitoral.

Esse impressionante contingente de eleitores – que desequilibra qualquer eleição no Mundo - cujos direitos são violados pela “Justiça” eleitoral (numero equivalente ao eleitorado do Rio Grande do Sul) refere-se aos eleitores que apresentaram justificativa eleitoral por encontrarem-se fora de seu domicilio eleitoral, no dia das eleições. Seus direitos políticos para o TSE de nada valem nesse dia, pois esse Tribunal não admite o voto em trânsito para esses eleitores, o qual poderia ser viabilizado por meio da cédula eleitoral, sem o menor problema, ante a impossibilidade (ou incompetência?) do acolhimento desse tipo de voto pela urna eletrônica.

Para se ter uma ideia da gravidade das consequências dessa exclusão eleitoral, nas eleições presidenciais de 2014 uma diferença de apenas 3,4 milhões de votos foi determinante para o resultado final. Por outro lado um contingente de 8,2 milhões de eleitores justificaram o voto, quando poderiam ter votado.

Mais bizarro e teratológico é a situação dos policiais militares e forças militares requisitadas para trabalhar nas eleições, pela própria "Justiça" Eleitoral. Esses cidadãos não votam, com raras exceções. Entretanto, o Código Eleitoral é muito claro em seu artigo 145, parágrafo único, IX, a respeito do voto do policial militar:

"com as cautelas constantes do art. 147, § 2º, poderão ainda votar fora da respectiva seção: os policiais militares em serviço".

Vale lembrar que esse dispositivo foi inserido pelo art. 102 da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições). O citado artigo 147, § 2º trata exatamente do voto em separado por meio de cédula eleitoral. O tema foi provocado em diversas ocasiões, pelas mesmas partes;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

entretanto o “Tribunal da Democracia”, em eficiente "*mise en scène*" continuou dando azo à omissão.

Em petição especifica, a Associação dos Praças da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte (ASPRA - PM/RN) pediu a aplicação da disposição do art. 145, do Código Eleitoral. O então Ministro Arnaldo Versiani assim se manifestou, falaciosamente:

"*Sobre a matéria, esta Assessoria, quando da análise da Petição n° 1220-78, ressaltou que a ampliação do voto às diversas categorias não contempladas para a eleição que se avizinha faz parte do projeto de modernização do sistema de votação eletrônico, com o registro dos dados biométricos do eleitor num cartão inteligente, que possibilitará a sua identificação em qualquer urna eletrônica de qualquer seção eleitoral. E essa situação ideal não está longe de ser implantada pela Justiça Eleitoral. Espera-se que já nas eleições gerais de 2014 parte dele esteja em produção.*

Assim, considerando o já adiantado estágio do processo eleitoral, o que impossibilita a sua implementação para as eleições de 2010, sugere-se que a proposta seja objeto de estudo no momento da elaboração das instruções das eleições de 2014.

Por fim, propõe-se o apensamento da presente peça aos autos da Petição n° 1220-78 e posterior encaminhamento ao relator do feito.

Em que pesem os pedidos formulados, anoto que, conforme apontou a unidade técnica, recomenda-se o exame da questão por ocasião da elaboração das instruções alusivas às próximas eleições, considerado o avançado estágio do período eleitoral do pleito de 2010.

Por tal razão, indefiro os pedidos, ressalvando a possibilidade de os requerentes, por ocasião da colheita de sugestões das

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

próximas instruções, novamente apresentarem sugestões quanto à matéria."

Afirma-se "falaciosamente" porque em momento algum a ASPRA/RN pediu o voto em transito para os policiais militares por meio de urna eletrônica, mas, sim, por meio da velha, simples e boa cédula eleitoral, nos precisos termos do artigo 145, parágrafo único, inc. IX, do Código Eleitoral. Assim, a referida decisão (bem como outras solicitadas pelo mesmo autor) consistiu-se em mero jogo de cena, em "faz de conta" protelatório, em ofensa direta aos direitos políticos dos policiais militares, desrespeitados como cidadãos no dia das eleições, pela própria "Justiça" eleitoral.

Confira-se a falaciosa decisão na citada Petição 1220-78:

"Embora reconhecendo as louváveis considerações expostas pelo requerente, no que tange aos anseios quanto à viabilização do exercício do voto dos policiais, consideradas as dificuldades decorrentes do trabalho em dia da votação, é de se assinalar que, em virtude da iminência do início do processo eleitoral e da complexidade da matéria, não há como atender tal providência, já não abarcada por ocasião da análise das instruções.

(...)

De qualquer forma, assinalo ser possível que quaisquer interessados postulem, no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais, a instalação de seções especiais em quartéis ou outras unidades policiais, cuja viabilidade será examinada por aqueles tribunais." (sublinhamos)

Ou seja, tudo continuou e continua como antes. O jogo do empurra-empurra protrai-se ao longo do tempo, em clara violação dos direitos políticos dos policiais militares. Vale lembrar que o desrespeito atinge outras categorias de servidores que, no dia das

eleições, estão a serviço da própria “Justiça” eleitoral, como, por exemplo, os integrantes da Força Nacional, das Forças Armadas, policiais federais e policiais civis.

Entretanto, em cumprimento à ultima parte da decisão, a ASPRA/RN pediu a instalação das tais seções especiais ao Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. Desde então o referido Tribunal potiguar vem tergiversando (melhor dizendo: “enrolando”) sobre a matéria, procrastinando o assunto *ad eternun*, para, evidentemente, mais uma vez violar o direto do voto dos policiais militares que estão a serviço da própria justiça eleitoral, no dia das eleições.

É por essa razão que nos idos de 2010 o então deputado estadual de São Paulo, Deputado Major Olímpio, expressou sua indignação na Assembleia Legislativa de São Paulo, em contundente e sincero discurso no sentido de que "*bandido pode votar, policial não pode*". Isso porque, na ocasião, o Tribunal Superior Eleitoral fez uma eficiente campanha de marketing para mostrar (ao Mundo) e ao "direitos humanos" (que só vale para criminosos) que no Brasil até preso pode votar. Recentemente, já como parlamentar federal, o Deputado Major Olímpio pronunciou vigoroso discurso, semelhante àquele de 2010, desta vez na Câmara dos Deputados (em JUN 2015).

Anos atrás um Ministro do Supremo Tribunal Federal construiu magistral decisão a respeito da interpretação de normas constitucionais que envolvem direitos políticos:

"É de sabença geral que não cabe imprimir a texto constitucional assegurador de direitos, especialmente políticos, interpretação estrita, o que se dirá quanto à restrita. A aplicação respectiva há que se fazer tal como previsto no preceito...”

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Mais adiante, o magistrado da Suprema Corte, em lapidar lição, complementou:

"tanto vulnera a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese não contemplada, como o que incluiu exigência não prevista" (RE 128.518-4-DF).

Pois bem, aqui parece que se aplica o relevante "principio jurídico" que afirma "*em casa de ferreiro, espeto de pau*", eis que o mesmo Ministro – destaco que aprecio imensamente Sua Excelência - está com um mandado de injunção concluso desde NOV/12 (mais de três anos). Nesse Mandado de Injunção (MI 1767) foi alegado a omissão do TSE na questão da efetivação dos direitos políticos dos eleitores que se encontram fora de seu domicilio eleitoral, no dia das eleições, tendo sido pedido a aplicação do art. 145, par. único, inc. IX, Código Eleitoral (uso das cédulas eleitorais) para acolher o voto em transito (na hipótese da inviabilidade da urna eletrônica). Essa circunstancia demonstra o quanto a matéria é desconfortável e revela a força do lobby dos tecnocratas do TSE, pois seus efeitos tem o poder de revogar direitos políticos de oito milhões de cidadãos, mormente os dos policiais militares, convocados pela própria Justiça Eleitoral.

Até as pedras dos rios sabem que a Constituição é inequívoca ao assegurar o voto para todos os cidadãos, sem quaisquer restrições, seja por urna eletrônica, seja por cédula eleitoral. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais - em especial o TRE/RN, pois este foi formalmente provocado - estão violando a Constituição e a Lei face à omissão.

Registre-se que o Brasil esta em vias de ser denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do art. 44 da Convenção:

"Artigo 44º. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte."

A violação é decorrente do artigo 23º, que trata dos direitos políticos, nestes termos:

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou ***por meio de representantes livremente eleitos****;*

b) ***de votar*** *e ser eleitos em eleições periódicas autênticas,* ***realizadas por sufrágio universal*** *e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores;*

É por essa e por outras razões que o retorno da cédula eleitoral poderá representar o retorno à democracia, para milhões de brasileiros, incluindo os cidadãos policiais militares. Haverá certa demora na apuração das eleições, mas é de sabença geral que a Democracia tem um custo elevado.

Se o custo da urna eletrônica é a exclusão do direito de votar pelos policiais militares que estão em serviço no dia das eleições, e de oito milhões de eleitores em trânsito, que a urna eletrônica seja afastada.

O site do TSE informa, na primeira pagina: *Tribunal Superior Eleitoral - o Tribunal da Democracia.*

Democracia, para quem?

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL COLETIVO EM DECORRÊNCIA DE GREVE: DE QUEM É A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR?

NATÁLIA PETERSEN NASCIMENTO SANTOS: Advogada. Mestranda em Direito Público - Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: Trata-se de uma abordagem que visa discutir a responsabilidade civil pelos danos causados à coletividade, em razão do exercício do direito de greve, na prestação de serviços comuns e essenciais, pautada na análise concatenada dos dispositivos trabalhistas, civis e consumeristas vigentes em nosso ordenamento jurídico.

Palavras Chave: Exercício do Direito de Greve. Dano moral coletivo. Responsabilidade Civil.

---

1 INTRODUÇÃO

O primeiro semestre de 2012 foi extremamente conturbado na capital baiana. Greves locais, estaduais e nacionais estouraram por diversas razões, a exemplo da pequena paralisação dos estudantes da Faculdade de Direito da UFBa, os quais elegeram como pauta de reivindicações a reestruturação das instalações do campus, bem a morosa prestação de contas por parte da diretoria em relação às verbas institucionais. Na sequência, pode ser citada a greve dos policiais militares que se alastrou pelas cidades de Ilhéus, Itabuna e Porto Seguro, a qual, apesar de inconstitucional, durou doze dias[1] e deixou a população do estado da Bahia em pânico. Grande parte da população fora impedida de manter o curso normal das atividades, e a ausência dos agentes nas ruas desencadeou "arrastões", roubos, furtos e assassinatos. Para completar a

situação de balburdia em que a cidade já se encontrava, alguns manifestantes, insatisfeitos com o caos, complementaram atravessando ônibus em pistas de alta movimentação, atrapalhando o trânsito de ruas e avenidas da cidade.

Passando para o mês de maio, os cidadãos da Bahia foram mais uma vez surpreendidos com uma paralisação: desta vez eram os rodoviários. Interromperam os serviços completamente 18 (dezoito) empresas urbanas, das quais, 15 (quinze) eram intermunicipais[2]. A pausa nas atividades desencadeou a suspensão de 540 horários oficiais de saídas de ônibus do terminal de Salvador[3], ou seja, nenhuma linha com saída da capital estava circulando.

Em face da situação extrema, a AGERBA e a Transalvador liberaram a circulação de transportes clandestinos[4], com vistas a garantir a locomoção da população, ainda que de maneira precária. Jornais noticiaram durante os três dias de greve os constrangimentos sofridos pelas pessoas que necessitavam se dirigir à municípios distantes, muitas sem condições de arcar com a própria alimentação ou com qualquer de suas necessidades básicas[5]. Crianças, pessoas doentes, idosos: quantos cidadãos não puderam chegar ao seu destino? Quantos submetidos ao transtorno de não ter como passar mais um dia na cidade em que se encontravam? Quantos perderam consultas médicas na capital que haviam marcado com meses de antecedência? A greve, desta vez, não ilegal, mas abusiva, atingiu uma infinitude de indivíduos com ampla diversidade.

Não há dúvidas que determinadas paralisações atingem a sociedade de formas variadas, as vezes irreversíveis, ensejando, pois, o dano moral coletivo. Mas quem são os responsáveis pela reparação destas lesões decorrentes da deflagração de uma greve trabalhista? Com fim de responder a presente indagação é que se propõe neste artigo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

De quem será a obrigação de indenizar a coletividade pelo dano moral ocasionado pela deflagração de uma greve?

2 DO DIREITO DE GREVE

Amauri Mascaro Nascimento traz, em seu manual de Direito do Trabalho, a origem da palavra greve. Segundo ele, este é o nome de uma praça francesa onde os operários se reuniam quando paravam os serviços por estarem descontentes com as condições de trabalho.[6] O autor assevera, contudo, que as paralisações motivadas por melhorias das condições de trabalho são verdadeiramente antigas, expondo um rol amplo de fatos históricos para embasar sua assertiva, dentre eles a greve de "pernas cruzadas", ocorrida no Egito antigo, no séc. XII a.C.; a greve dos músicos em Roma; a manifestação dos tecelões em Douai, ocorrida em 1279.[7]

Mesmo sendo prática muito antiga, a ocorrência de manifestações dessa natureza só ficaram mais frequentes no séc. XIX, estando datada de 1831 a primeira greve de cunho trabalhista na França, além das primeiras greves de cunho político, alimentadas pelas ideias socialistas.[8]

Frente às inúmeras deflagrações de greves e seus prejuízos econômicos, alguns sistemas jurídicos passaram a considera-las crime, como o francês com a publicação da Lei Le Chapelier, em 1791, e o inglês com o Combination Act, publicado em 1799 e a do Sedition Meeting Act de 1817[9]. Determinados países não tipificaram o instrumento e optaram por apenas regulamenta-la. Somente em 1824 a Inglaterra editou a Lei de Francis Place que descriminalizava os atos de associacionismo operário e de greve. A nação francesa apenas promoveu a legalização dos mesmos em 1884, ou seja, quase um século depois da tipificação.

Ao nos debruçarmos diante da história da greve no Brasil, identificamos que este, na contramão da história, mesmo após já terem sido revogadas as leis francesas e inglesas criminalizadoras das mobilizações grevistas, tipificou a conduta no Código Penal de 1890, sob a cominação de prisão por período máximo de três meses.[10]Na década de 30, foram publicadas normas que asseguravam direitos mínimos aos trabalhadores, com fim de acalmar a classe proletária e evitar manifestações fervorosas. Posteriormente, a Constituição de 1937, em seu art. 139 declarou que os atos de greve eram incompatíveis com os interesses nacionais e, somente a Constituição de 1946 reconheceu a greve como direito laboral, seguida da Carta Magna de 1967 que, por sua vez, restringia o direito à iniciativa privada, desde que não se tratasse de atividades essenciais. Finalmente, o texto constitucional de 1988 consagrou a espécie de manifestação como direito dos trabalhadores do setor privado e servidores públicos civis, estando vedada, pois, aos militares e integrantes das forças armadas.[11]

Nas definições de Giovanni Tarello[12], a greve consiste em "uma abstenção do trabalho que vem proclamada com o fim de obter a composição de uma controvérsia de interesses". Amauri Nascimento[13]elenca um rol de oito autores e suas definições do ato grevista, constatando que "em todas essas definições há, como traço comum, o caráter instrumental da greve, meio de pressão que ela é."

Luciano Martinez, por sua vez, define o instituto como:

> [D]ireito fundamental que legitima a paralisação coletiva de trabalhadores realizada de modo concertado, pacífico e provisório, como instrumento anunciado de pressão para alcançar melhorias sociais ou para fazer com que aquelas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

conquistas normatizadas sejam mantidas e cumpridas. [14]

Da leitura de todos os conceitos levantados, não restam dúvidas que a greve é um instrumento que tem por fim forçar as negociações trabalhistas e sociais promovidas por uma classe proletária e que, antes de ser um instrumento, é um direito. Direito este de hierarquia constitucional, elencado no art. 9° da norma hipotética, que preceitua ser "assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender"[15].

Como todo direito, este possui limites, os quais estão consolidados na Lei n° 7.783 de junho de 1989. Aos trabalhadores manifestantes são assegurados os direitos de utilizar meios que aliciem os demais trabalhadores a participar da mobilização, o direito de arrecadar fundos para o ato e o direito de divulga-lo, sem que essas ações constituam coação para que o indivíduo participe do movimento. Entretanto, não são somente de bônus que se fazem as greves, os manifestantes também possuem deveres que precisam ser cumpridos para que o ato produza seus efeitos plenamente.

São deveres mínimos que precisam ser cumpridos pelos trabalhadores reivindicantes:

1. A comunicação da deflagração da greve para a entidade patronal com o mínimo de 48 horas;
2. Que sejam cumpridas as formalidades previstas pelo estatuto da entidade sindical para convocação e deflagração da greve;
3. Os meios empregados não podem violar direito fundamental de terceiro;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

4. Manutenção de equipes em atividades cuja paralisação resulte em prejuízo irreparável;

No caso da paralisação de serviços ou atividades essenciais, os quais estão enumerados no art. 10 do dispositivo, são aplicadas normas específicas como a antecedência mínima de 72 horas para a comunicação da greve à entidade patronal, além da obrigação de garantir, sob responsabilidade solidária das entidades sindicais, dos empregadores e dos trabalhadores, a prestação dos serviços indispensáveis à população. Vale ressaltar que, de acordo com o art. 14 do mesmo diploma normativo, a inobservância destas regras constituem abuso de direito e, autorizam - conforme art. 7°, parágrafo único - a recisão do termo trabalhista durante a greve.[16]

A determinação supramencionada goza de plena legitimidade, visto que, não pode a população ser apenada em razão de desentendimentos existentes entre patrões e empregados. Por mais justas que sejam as reivindicações, estas não podem sacrificar a real a fruição dos direitos constitucionais de terceiros. A paralisação tem por intuito atingir o empregador e, como já explicitado, forçar a operacionalização dos pleitos laborais. Os grevistas não podem, a pretexto de otimizar suas atividades, forçar um prejuízo social exorbitante e imoderado, correndo o risco de configurar a privação ora discutida o instituto do dano moral à coletividade.

3 **DO DANO MORAL COLETIVO**

No estudo do dano, diante do instituto da responsabilidade civil, aprendemos que são duas as possíveis formas de lesionar o indivíduo, quais sejam a material e a moral. O dano material, também conhecido como patrimonial, consistem nos prejuízos econômicos, certos e mensuráveis que foram causados à pessoa. São decréscimos patrimoniais resultantes de uma conduta ilícita do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

ofensor. Em contrapartida, podemos definir os danos morais como sendo uma afetação extrapatrimonal, que frustra o indivíduo, de maneira única, em suas reais, legítimas e devidas expectativas.

Segundo Bruno Miragem, os danos morais são aqueles que:

> atingem a integridade psicofísica da pessoa, desde lesões corporais até a provação da vida, assim como situações em que as pessoas tornam-se incapazes de experimentar sensações (...), são aqueles que decorrem de ofensas a pessoa no que diz respeito ao seu sentimento, sua vida afetiva, social e cultural. [17]

O campo de aplicação do dano moral pode ser dividido em dois, sendo o individual de fácil compreensão devido à larga aceitação doutrinária e jurisprudencial acerca de sua aplicação, e coletivo.

O dano moral coletivo, nas palavras de Xisto Tiago de Neto Medeiros[18]:

> corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.

Sandra Ligian Nerling[19], afirma que as pessoas jurídicas, consideradas “agrupamentos humanos” podem sofrer dano moral, estando aptas, pois, a propor ações indenizatórias. A autora sustenta sua posição no art. 5°, inciso X da Constituição Federal que iguala todos perante a lei e assegura-lhes o direito à vida

privada, intimidade, honra, imagem, além de assegurar a reparação por danos materiais e morais pela violação dos mesmos.

Diante do pensamento supra, podemos sustentar que se um agrupamento de indivíduos formal pode ter seus valores lesados, com muito mais razão, os agrupamentos humanos formados naturalmente pelo convívio aleatório e pelo compartilhamento de interesses possui um conteúdo moral a ser violado, em virtude da naturalidade da construção dos valores imperantes nas comunidades não formais, fato que os tornam mais enraizados.

Em contrapartida, os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho[20], defendem que o instituto do dano moral coletivo somente foi viabilizado com a vigência do Código de Defesa do Consumidor e com a Lei da Ação Civil Pública, pois os mesmos consideram que o dano moral advém da lesão aos direitos da personalidade e tomam como impossível, salvo sob a imposição *supra*, a existência de uma personalidade jurídica coletiva.

Carlos Alberto Bittar Filho[21], em sentido oposto, defende a existência de uma carga de valores pertencente à comunidade. E não poderia ser diferente, em uma comunidade convivem indivíduos que compartilham de interesses comuns, ainda que não sejam todos. Gozam de direitos e expectativas inerentes à comunidade que integram, seja um grupo de uma rede virtual, seja uma cidade ou um condomínio, ou ainda, uma classe trabalhista. Formada a comunidade, o grupo, a categoria ou a classe, estes possuem expectativas relacionadas a essa composição que, pelo simples fato de existir, forma um círculo de valores e expectativas, os quais, violados injustamente, configuram o dano moral coletivo.

No julgamento do Recurso Especial (REsp) 636.021, em 2008 a Ministra Nancy Andrighi[22], ao preferir seu voto afirmou que:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

> A aceitação do dano moral coletivo ou difuso é certamente uma das questões mais controversas do direito contemporâneo (...). Ao falar de interesses individuais homogênios, indica-se a existência de uma pluralidade de direitos subjetivos individuais que, violados por uma origem comum, aceitam uma tutela jurisdicional coletiva.

E, após o desenvolvimento de um brilhante raciocínio conclui:

> Por tudo isso, deve-se reconhecer que nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extra-patrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos.

Após tantos pensamentos trazidos à discussão não restam dúvidas de que a Doutrina e Jurisprudência nacionais já admitem a existência de dano moral coletivo, tendência que por força do CDC e da Lei de Ações Civis Públicas, além das normas ambientais e de tutela dos interesses infantis e juvenis, torna-se cada vez mais forte.

4 ÔNUS DE INDENIZAR

Segundo as regras concernentes à obrigação de indenizar, a responsabilização civil é cabível, em princípio, diante de qualquer atividade que acarrete prejuízos a terceiros, seja o seu autor pessoa física ou jurídica.

De acordo com Silvio Rodrigues[23], são pressupostos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa deste, a relação de causalidade entre ação/omissão e o prejuízo, bem como a existência de dano. Em suas palavras “a responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de atos causados por coisas que estejam sob a guarda deste”, mediante infração legal ou quando o ato foge da sua finalidade social. O autor ainda elenca como segundo requisito para a responsabilização a culpa do agente, a qual decorre de ação negligente, imprudente ou imperita, podendo também a conduta decorrer de ato praticado com dolo.

Pablo Stolze[24], todavia, retira a necessidade de culpa como elemento básico para a configuração da responsabilidade, asseverando ser este o item diferenciador entre a responsabilidade subjetiva e objetiva.

Como último requesito, mas não menos imprescindível, existe a necessidade da ocorrência de dano à vítima, seja ele moral ou patrimonial, necessitando, pois, que o dano tenha sido causado pela conduta do agente, de terceiro sob sua responsabilidade ou de coisas sob sua guarda.

Na seara do Direito do Consumidor, a responsabilidade por dano a terceiro pode ser subjetiva, em relação aos atos praticados pelos profissionais liberais, na qual a indenização está condicionada à existência de dolo ou culpa, ou pode ser objetiva, aplicável aos fornecedores de produtos e/ou serviços pessoas jurídicas. Nesta última, é desnecessária a comprovação da existência de culpa ou dolo do empreendedor, sendo requesito para a configuração da obrigação de indenizar exclusivamente o dano, a conduta do agente (fornecimento de produto ou serviço) e o nexo causal entre este e o prejuízo desencadeado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Vamos nos ater às pessoas jurídicas. Como já explicado, a responsabilidade consumerista das empresas frente a prejuízos causados aos fornecedores é objetiva, tudo isso por força dos arts. 12, 14 e 23 do CDC[25]. Esses afastam expressamente a necessidade da culpa, atribuindo aos integrantes da cadeia produtiva a obrigação de indenizar. Assim sendo, a interrupção repentina da prestação de serviços ou o atraso no fornecimento de produtos ocasionados pela paralisação de trabalhadores de uma empresa, integrantes da linha de produção, promoveria indiscriminadamente a obrigação de seus empregadores de arcar com os prejuízos aos consumidores.

Não obstante o código determine a obrigação de indenizar independente da existência da culpa, sendo bastante a existência de nexo de causalidade para a instauração desta situação jurídica, este também elenca hipóteses em que a responsabilidade é afastada, estando entre elas a comprovação de que o fato decorreu de ato exclusivo de terceiro. Bruno Miragem[26] ao abordar a excludente de responsabilidade em sua obra, afirma:

> Trata-se, como se deduz, de outra hipótese de rompimento do nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano sofrido pelo consumidor, pelo advento de outra conduta que, tendo sido realizada, demonstra-se que tenha dado causa ao evento danoso. (...) Note-se que a exclusão da responsabilidade do fornecedor, neste caso, opera-se apenas se o dano tiver sido causado por evento cuja causa deva-se apenas à própria conduta do consumidor ou de terceiro.

Desta maneira, o código optou por não onerar a empresa frente à prejuízos causados exclusivamente por terceiros, podendo o grupo grevista ser considerado com toda a propriedade terceiro e a conduta grevista obstar a configuração da obrigação de indenizar

do patrão, visto que a conduta grevista rompe o nexo de causalidade entre ato do empregador enquanto fornecedor e o dano causado ao consumidor.

Não podemos nos esquecer, entretanto, que o Código Civil de 2002[27], em seu art. 932, III determina ser o empregador responsável pela reparação civil por danos causados por seus empregados no exercício do trabalho ou em razão dele. A esse respeito, Stolze e Pamplona Filho[28] afirmam que a responsabilização dos patrões se justifica em razão do poder diretivo que esses exercem sob os empregadores sob os empregados. Com toda razão, os atos danosos praticados pelos empregados no exercício das atividades direcionadas pelo empregador devem por este ser assumidas.

Ademias, por tudo o exporto, não podemos considerar que o ato de greve consiste numa atividade exercida a partir de um comando dado pelo empregador. Ao contrário, configura-se numa paralisação das atividades submetidas à coordenação do patrão. Durante a mobilização os empregados exorbitam a condição de subordinados, por um período indeterminado, apesar de temporário, e agem em direção oposta aos interesses patronais. Durante a greve, como já exposto, o contrato empregatício é suspenso, situação em que "apesar de mantido o vínculo contratual, há a cessação da prestação dos serviços e do correspondente pagamento"[29]. Inexistindo prestação de serviços, inexiste a aplicação da norma civil supracitada, pois, para tanto, é imprescindível que haja atividade submetida ao poder diretivo do contratante.

Do raciocínio desenvolvido, não restam dúvidas que os trabalhadores grevistas podem ser considerados terceiros causadores do dano ao consumidor, quebrando o nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e os prejuízos causados, sendo impossível a aplicação da norma civil, visto a expressa

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

disposição na Lei de Greve, determinando a suspensão do termo laboral.

Apesar de se encaixar perfeitamente a condição de terceiro aos trabalhadores mobilizados, o impasse referente à obrigação de indenizar não está concluso. Isso porque a lei que disciplina o movimento criou, em seu art. 11[30], um vínculo de solidariedade entre empregados, patrões e sindicatos, em relação à manutenção da prestação de serviços essenciais. Ou seja, ainda que o movimento seja operário, os sindicatos patronais e os próprios empregadores devem fazer o possível, para a preservação da dignidade coletiva, impedindo a privação dos serviços inadiáveis à coletividade.

Logo, podemos concluir que quando não se tratar de greve dos serviços essenciais os eventuais prejuízos causados à terceiros devido à interrupção no fornecimento de produtos e serviços deverá ser arcado pelos trabalhadores mobilizados e não pela instituição patronal já que a ação paredista interrompe o nexo de causalidade e constitui uma das exceções previstas para a responsabilização objetiva.

V – CONCLUSÃO

Por tudo o exposto, podemos concluir que a greve é um direito assegurado pelos dispositivos constitucionais, e disciplinado pela Lei n° 7.783/89, a qual define os direitos da categoria mobilizada, mas também elenca limites e define obrigações que devem ser cumpridas para assegurar que esta não seja considerada abusiva. Essas obrigações e limites, em geral, possuem o intuito de assegurar à comunidade a preservação sua dignidade e a não frustração de suas legítimas expectativas em relação ao uso de serviços inadiáveis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

A interrupção da prestação de serviços imprescindíveis ao normal e digno funcionamento do cotidiano de uma comunidade, de forma injustificada ou desproporcional, pode acarretar danos irreversíveis aos integrantes de um agrupamento social, dando ensejo à indenizações por dano moral coletivo, instituto já aceito pela comunidade jurídica nacional.

Configurado o prejuízo e a obrigação de indenizar, surge a dúvida de quem figuraria no polo passivo da ação indenizatória visto que a luz do Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços em relação à prejuízos causados por fatos e vícios decorrentes de produtos ou da má prestação de serviços é objetiva e, conforme disposição do Código Civil, os empregadores são responsáveis pelos danos resultantes das atividades exercidas pelos seus empregados em razão da função. Entretanto, uma das consequências da paralisação trabalhista é a suspensão do contrato laboral, não havendo espaço para arguir que as ações dos empregados deram-se sob o poder diretivo do empregador, afastando, pois a aplicação da norma civil.

Desta avaliação, restou concluso o pensamento de que durante a mobilização os trabalhadores que aderiram a esta podem ser considerados terceiros, e suas práticas, interrompem o nexo de causalidade da conduta do empregador/fornecedor com os danos sofridos pelos consumidores. Serão, nesta hipótese, os trabalhadores em greve, responsáveis pelas indenizações devidas.

Não obstante esta conclusão, em relação à continuidade de serviços essenciais a norma regulamentadora da atividade grevista criou uma solidariedade entre os patrões, os empregados e as entidades sindicais, com fim de preservar a prestação dos serviços cuja interrupção mostra-se demasiadamente danosa. Desta forma, se os empregados paralisarem suas atividades completamente e a população ficar desassistida, caberá às entidades sindicais, bem como aos próprios patrões, providenciar o suprimento do mínimo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

necessário à preservação da dignidade da coletividade, conforme determina a lei. Assim sendo, nesta segunda hipótese de dano aos consumidores figurará no polo passivo, solidariamente, empregados, patrões e sindicatos.

VI – REFERÊNCIAS

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista do Consumidor.** Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL. Disponível em > ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=344728&num_registro=200400194947&data=20090306&tipo=51&formato=PDF < Acesso em 27 de junho de 2012.

BRASIL, Constituição Federal.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm<Acesso em 03 de julho de 2012.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm < Acesso em 03 de julho de 2012.

BRASIL. Lei n° 7.783 de 28 de junho de 1989.

BRASIL. Disponível em <http://www.correio24horas.com.br/noticias/detalhes/detalhes-1/artigo/apos-julgamento-de-dissidio-rodoviarios-se-reunem-para-decidir-sobre-fim-da-greve-1/> Acesso em 23 de junho de 2012.

BRASIL. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/05/greve-de-rodoviarios-de-salvador-ja-

prejudica-quem-mora-fora-da-capita.html> Acesso em 23 de junho de 2012.

BRASIL. Disponível em <http://noticias.r7.com/cidades/noticias/em-nova-assembleia-rodoviarios-encerram-greve-em-salvador-20120526.html> Acesso em 23 de junho de 2012.

BRASIL. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012 /02/120211_greve_bahia_rio_cc.shtml> Acesso em 23 de junho de 2012.

BRASIL. Disponível em <http://www.correio24horas.com.br/noticias/detalhes/detalhes-1/artigo/fim-da-greve-rodoviarios-aceitam-decisao-do-trt-e-voltam-ao-trabalho/> Acesso em 23 de junho de 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Pamplona Filho, Rodolfo**. Novo curso de Direito Civil, volume III: Responsabilidade civil.** 10ªEd. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARTINEZ. Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2.Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. Ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 22ªed. ver.atual . São Paulo: Saraiva, 2007.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

NERLING, Sandra Ligian**. Dano moral à pessoa jurídica**. Revista Jurídica Unirondon/Faculdades Integradas Câdido Rondon. n.05. Cuiabá: Entrelinhas/Unirondon, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **V.4. Responsabilidade Civil**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 200

NOTAS:

[1] BRASIL. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/02/120211_greve_bahia_rio_cc.shtml > acesso em 23 de junho de 2012.

[2] BRASIL. Disponível em <http://noticias.r7.com/cidades/noticias/em-nova-assembleia-rodoviarios-encerram-greve-em-salvador-20120526.html> Acesso em 23 de junho de 2012.

[3] BRASIL. Disponível em <http://www.correio24horas.com.br/noticias/detalhes/detalhes-1/artigo/fim-da-greve-rodoviarios-aceitam-decisao-do-trt-e-voltam-ao-trabalho/> Acesso em 23 de junho de 2012.

[4] BRASIL. Disponível em <http://www.correio24horas.com.br/noticias/detalhes/detalhes-1/artigo/apos-julgamento-de-dissidio-rodoviarios-se-reunem-para-decidir-sobre-fim-da-greve-1/> Acesso em 23 de junho de 2012.

[5] BRASIL. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/05/greve-de-rodoviarios-de-salvador-ja-prejudica-quem-mora-fora-da-capita.html> Acesso em 23 de junho de 2012.

[6] NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 22ªed. ver.atual . São Paulo: Saraiva, 2007. pag, 1167.

[7] Op. Cit. pag, 1168.

[8] Ibiden.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

[9] MARTINEZ. Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2012. pag, 754.

[10] Ibiden.

[11] Op. Cit. pag, 755.

[12] APUD. Nascimento. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 22ªed. ver.atual . São Paulo: Saraiva, 2007. pag, 1172.

[13] Ibiden.

[14] MARTINEZ. Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2012., p. 756.

[15] BRASIL. Constituição Federal de 1988

[16] BRASIL. Lei n° 7.783 de 28 de junho de 1989.

[17] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 3. Ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.,p. 447.

[18] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2.Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003., p. 137.

[19] NERLING, Sandra Ligian. **Dano moral à pessoa jurídica.** Revista Jurídica Unirondon/Faculdades Integradas Câdido Rondon. n.05. Cuiabá: Entrelinhas/Unirondon, 2003., p. 155.

[20] GAGLIANO, Pablo Stolze. Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume III: Responsabilidade civil.** 10ªEd. São Paulo: Editora Saraiva, 2012., p. 128

[21] BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Revista do Consumidor. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994., p. 50

[22]BRASIL. Disponível em >ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&seque

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

ncial=3447728&num_registro=200400194947&data=20090306&tipo=51&formato=PDF < Acesso em 27 de junho de 2012.

[23] RODRIGUES, Silvio. **V.4. Responsabilidade Civil**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003., p. 15.

[24] GAGLIANO, Pablo Stolze. Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume III: Responsabilidade civil.** 10ªEd. São Paulo: Editora Saraiva, 2010., p. 51 e 55.

[25] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lei_s/L8078.htm < acesso em 03 de julho de 2012.

[26] [26] MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. Ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012., p. 454 - 455.

[27] BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406 .htm< Acesso em 03 de julho de 2012.

[28] GAGLIANO, Pablo Stolze. Pamplona Filho, Rodolfo. Novo **curso de Direito Civil, volume III: Responsabilidade civil.** 10ªEd. São Paulo: Editora Saraiva, 2010., p. 199.

[29] MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho. 3ª Ed** – São Paulo: Saraiva, 2012., p.479.

[30]BRASIL. Lei n° 7783 de 28 de julho de 1989 >http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/tralei7783.htm> Acesso em 03 de julho de 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

A LACUNA LEGISLATIVA CAUSADA PELA DISTINÇÃO ENTRE DESCENDENTES DE ORIGEM COMUM E EXCLUSIVA NA CONCORRÊNCIA NA HERANÇA COM O CÔNJUGE OU COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Luciano Roberto Gulart Cabral Júnior[1]

RESUMO: Com a abertura da sucessão, o ordenamento jurídico prevê a forma pela qual serão partilhados os bens que compõem a herança. Quando concorrem cônjuge e companheiro sobrevivo com descendentes comuns, a lei estipula que será reservada uma quarta parte, no mínimo, ao cônjuge, bem como que o companheiro herda uma quota correspondente à dos descendentes comuns. Quando cônjuge e companheiro supérstite concorrem, por outro lado, com descendentes exclusivos do *de cujus*, respectivamente, não se confere o benefício do resguardo de um quarto ao cônjuge e o companheiro herda metade do que couber a cada um dos descendentes unilaterais. Todavia, inexiste regulamentação legislativa quando concorre cônjuge ou companheiro com descendentes comuns e exclusivos concomitantemente (descendentes híbridos). Com o escopo de solucionar a lacuna jurídico-normativa, originaram-se três correntes doutrinárias, cada uma expondo seus argumentos fundamentadores buscando a integração e a extirpação deste vão do Direito Sucessório.

PALAVRAS-CHAVE: sucessão; descendentes comuns; descendentes exclusivos; descendentes híbridos; cônjuge; companheiro.

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera do Rio Grande. Advogado (OAB/RS 97.325).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A REGULAMENTAÇÃO PELO CÓDIGO CIVIL. 3. as controvérsias. 4. primeira corrente. 5. segunda corrente. 6. terceira corrente (teoria da sub-herança). 7. FÓRMULA *TUSA* – UMA QUARTA CORRENTE. conclusão. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 dispõe sobre os destinos dos bens da pessoa falecida, visto que seria uma aberração jurídica que se tornassem *res nullius*. Desta forma, falecendo alguém, abre-se a sua sucessão, devendo a herança ser partilhada de acordo com o procedimento legal pertinente. A distribuição dos bens aos sucessores deve ser regulada por lei, a fim de evitar arbítrios e contendas judiciais. As regras da partilha da herança necessitam, portanto, estar insculpidas de modo claro e ordenado.

No entanto, nem sempre assim acontece. E é o que se verifica na hermenêutica dos artigos 1.832 e 1.790, incisos I e II, ambos do Código Civil. Concorrendo o cônjuge ou o companheiro na herança com *descendentes híbridos* (ou seja, coexistência de *descendentes comuns* e *exclusivos*), há uma lacuna legislativa quanto aos bens que tocarão à cônjuge ou ao companheiro, visto ser regulamentada apenas a hipótese de concorrência entre uma ou outra origem, não instituindo preceito na ocasião de mútua concorrência, o que obriga doutrina e jurisprudência a elaborarem as regras aplicáveis ao caso concreto.

2. A REGULAMENTAÇÃO PELO CÓDIGO CIVIL

Uma das disciplinas empregáveis quando concorre cônjuge com descendentes do *de cujus* está contida no artigo 1.832 do Código Civil (pertencente ao Capítulo I do Título II do Livro V), *in verbis*:

> Art. 1.832 do CC. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Por sua vez, quando é o companheiro que concorre com os descendentes, o artigo 1.790 do Código Civil (integrante do Capítulo I do Título I do Livro V) é o incidente à espécie:

> Art. 1.790 do CC. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
> I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
> II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; [...]

Percebe-se, pela leitura dos artigos *supra*, alguns caracteres.

Sílvio de Salvo Venosa alude que

> a lei faz distinção se essa concorrência é com filhos comuns ou com filhos somente do cônjuge falecido. Se for ascendente dos herdeiros descendentes, fica-lhe assegurada sempre uma quarta parte da herança.2

Por outro lado, concorrendo o cônjuge com descendentes exclusivos do *de cujus*, caber-lhe-á o quinhão correlato ao que caberá a cada um dos descendentes do falecido, sem a observância da reserva da quarta parte, pois inaplicável.

Em relação ao companheiro, quando este concorrer com descendentes comuns, herdará a quantia equivalente à de cada um dos descendentes. Por sua vez, ao concorrer com descendentes exclusivos do autor da herança, terá direito à metade do que for atinente a um dos descendentes. Ressalte-se que o companheiro somente sucederá no tocante aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável.

Operação singela, portanto, a cabível quando concorre cônjuge ou companheiro com descendentes sejam exclusivos do *de cujus*, sejam comuns.

---

2 VENOSA, SÍLVIO DE SALVO, *Direito Civil*, v. 7, *Direito das Sucessões*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 131.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

3. AS CONTROVÉRSIAS

Surgem, então, as controvérsias:

A primeira referente à concorrência do cônjuge com descendentes híbridos, pois

> o artigo 1.832 [do Código Civil] não prevê a hipótese de haver filhos do *de cujus* com o cônjuge sobrevivente e também filhos tidos por ele com outra pessoa. Há, nesse caso, concorrência do cônjuge sobrevivo com *descendentes comuns* (ao cônjuge falecido e ao cônjuge sobrevivente) e com *descendentes exclusivos* do autor da herança.3

E a segunda, no que tange à concorrência do companheiro face à coexistência de descendentes exclusivos e comuns, também sem previsão legal.

Visando a extirpar essas celeumas jurídicas, emergiu doutrinariamente três correntes.

4. PRIMEIRA CORRENTE

O cônjuge, quando concorre com descendentes comuns e descendentes exclusivos, não possui a benesse de lhe ser resguardada a quarta parte da herança. Isso porque

> uma *parcela preponderante da doutrina* sustenta que não assiste ao cônjuge o direito ao benefício se existirem, concomitantemente, descendentes *comuns* e *unilaterais*, tendo em vista que o Código Civil assegura ao cônjuge o direito à quota mínima somente quando for ascendente de *todos* os herdeiros do falecido. 4

MARIA HELENA DINIZ5 conjectura o questionamento em tela, dando a solução que entende conveniente:

---

3 GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, *Direito Civil brasileiro 7*, *Direito das sucessões*. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 176.

4 GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, *Direito Civil brasileiro 7*, *Direito das sucessões*, 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 176.

5 DINIZ, MARIA HELENA, *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 6, *Direito das Sucessões*, 22ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125-128.

> E se houver filhos comuns e filhos só do falecido? O cônjuge sobrevivente teria ainda direito à quota de 1/4 do monte-mor? Surge aqui uma lacuna normativa, a ser preenchida pelo critério apontado no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil6, que é o do *princípio da igualdade jurídica de todos os filhos* (CF, art. 227, § 6º; CC, arts. 1.596 a 1.629), consagrado pelo nosso direito positivo. Se assim é, só importa, para fins sucessórios, a relação de filiação com o *de cujus* (autor da herança) e não a existência com o cônjuge supérstite. Por isso, para que não haja quotas diferentes entre os filhos do falecido, diante da omissão legal, parece-nos, que este deveria receber quinhão igual ao dos filhos exclusivos, que herdam por cabeça, não se aplicando a quota hereditária mínima de 1/4. Acatar-se-ia, assim, além do princípio da isonomia, o da operabilidade (LICC, art. 5º)."

Desta forma, no caso de filiação híbrida, o cônjuge supérstite não faria *jus* à reserva de um quarto do monte-mor, herdando a quota em igualdade quantitativa com os descendentes híbridos.

Sobre o prisma do companheiro, a primeira corrente sustenta que seria mais adequado que ele recebesse a mesma quota que será destinada aos descendentes híbridos.

> Embora a questão seja polêmica, e malgrado respeitáveis opiniões em contrário, a melhor solução, se houver descendentes *comuns* e descendentes *unilaterais* do *de cujus*, é efetuar a divisão igualitária dos quinhões hereditários, incluindo o companheiro ou a companheira, afastando destarte o direito dos descendentes unilaterais de receberem o dobro do que couber ao companheiro sobrevivo. [...] O privilégio assegurado aos descendentes do companheiro falecido, de receberem o dobro do quinhão que couber ao companheiro sobrevivente, só é assegurado, como acertadamente preconiza Márcio Luiz Delgado Régis, 'quando inexistirem descendentes comuns, sob pena de se infringir o princípio constitucional da igualdade'. Por conseguinte, o inciso II do art. 1.790 do Código Civil só garante aos descendentes quinhão correspondente ao dobro do que for atribuído à companheira quando forem todos descendentes *exclusivos* do *de cujus*. Havendo descendentes *comuns* e *exclusivos*, aplica-se a regra do inciso I, assegurando-se à companheira quinhão igual ao daqueles."7

---

6 Atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme alteração provocada pela Lei nº 12.376/ 2010.

7 GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, *Direito Civil brasileiro 7*, *Direito das sucessões*, 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Esse foi o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul durante o julgamento do agravo de instrumento nº 70037502127, cuja ementa se transcreve:

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRA. PARTICIPAÇÃO COMO HERDEIRA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. É permitido à companheira receber quinhão hereditário igual ao do filho comum e dos exclusivos quanto aos bens adquiridos na constância da união estável. Inteligência do art. 1.790, I, do CPC. Agravo de instrumento provido, de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70037502127, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 16/12/2010).

5. SEGUNDA CORRENTE

SÍLVIO DE SALVO VENOSA diz que, na concorrência do cônjuge com a descendência híbrida,

> a primeira opinião e que se nos afigura mais sensata e de acordo com a interpretação finalística e ética do Código é assegurar-se sempre a quarta parte da herança ao sobrevivente, quando há filhos dos dois leitos, como expusemos, pois o legislador não fez restrição a esse respeito e procurou proteger o cônjuge sobrevivente com essa quota mínima, em qualquer situação.8

Assim,

> essa posição privilegia o cônjuge com relação aos descendentes e atente ao objetivo do sistema de concorrência criado pelo Código Civil de 2002. Toda a mudança legislativa teve por escopo a proteção do cônjuge, ainda que em detrimento da participação dos descendentes da sucessão. A reserva da quarta parte vem de encontro com o objetivo do legislador: o amparo ao cônjuge sobrevivente. Vale dizer que, para fins de prática sucessória, esta posição se verifica como *minoritária* na doutrina pátria.9

---

8 VENOSA, SÍLVIO DE SALVO, *Direito Civil*, v. 7, *Direito das Sucessões*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 131.

9 TARTUCE, FLÁVIO; SIMÃO, JOSÉ FERNANDO, *Direito Civil*, v. 6, *Direito das Sucessões*, 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Método, 2010, p. 198.

O companheiro, por outro lado, receberia meia quota.

> Isto porque a interpretação visa à proteção dos descendentes, e, portanto, em caso de filiação híbrida, o companheiro só teria direito à metade do quinhão que for atribuído a cada filho. Em síntese, aplica-se à filiação híbrida o art. 1.790, II, do CC. Nesse sentido, afirma Euclides de Oliveira que 'em face da diversidade de posicionamentos por omissão e dubiedade da norma legal, penso que a interpretação mais consentânea e que poderá vingar no tumulto interpretativo da disposição em comento será a de atribuir ao companheiro quota igual à dos descendentes apenas quando seja ascendente de todos os habilitados na herança'. [...] Maria Helena Diniz justifica sua opinião afirmando que 'aplicando-se o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que privilegia o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (Constituição Federal, art. 227, § 6º), só importará, na sucessão, o vínculo de filiação com o *auctor successionis* e não o existente entre o companheiro sobrevivente, que, por isso, terá, nessa hipótese, direito à metade do que couber a cada um dos descendentes'. [...] Essa posição privilegia os filhos em detrimento da companheira. Argumentos a favor dessa corrente é que se a companheira receber quota igual, quando falecer, devolverá os bens recebidos apenas aos filhos comuns, por ser mãe destes, em evidente prejuízo aos filhos exclusivos."10

Veja-se o que foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Ementa: INVENTÁRIO UNIÃO ESTÁVEL - COMPANHEIRA É MEEIRA E SUCESSORA - CONCORRÊNCIA COM DOIS FILHOS COMUNS E TRÊS SÓ DO FALECIDO NOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - AUSÊNCIA DE REGRA LEGAL APLICA-SE, POR ANALOGIA, O ART. 1790, II, DO CC, QUE NÃO CAUSA PREJUÍZO À COMPANHEIRA, NÃO DESFAVORECE OS FILHOS NEM OS TRATA DE FORMA DIFERENTE. (Agravo de Instrumento nº 0584138-91.2010.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Antonio Vilenilson, Julgado em 26/02/2013).

Neste acórdão, pronunciou-se o relator de modo que, pelo seu cunho doutrinário, torna útil a exposição de parte da fundamentação:

> Para a solução da questão é preciso investigar a razão pela qual foi reconhecido o direito de sucessão ao companheiro. Trata-se de

10 TARTUCE, FLÁVIO; SIMÃO, JOSÉ FERNANDO, *Direito Civil*, v. 6, *Direito das Sucessões*, 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Método, 2010, p. 233.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

> inovação do CC, que também reconheceu o mesmo direito ao cônjuge. Apesar de haver diferença nas regras de sucessão da companheira e do cônjuge, a razão do reconhecimento do direito é a mesma: proteção patrimonial. [...] Assim, como o regime da comunhão parcial garante a meação à mulher, ela só concorre na sucessão dos bens particulares. Como se aplicam as regras do regime da comunhão parcial à união estável do caso concreto, esse norte interpretativo há de ser observado, apesar de a companheira ser herdeira dos bens adquiridos com esforço comum. Deste modo, razoável que seu quinhão seja equivalente à metade daquele de cada filho. Essa solução não é a mais vantajosa para ela, mas não lhe causa prejuízo (ela já é meeira e, portanto, garantida sua proteção patrimonial), não desfavorece os filhos nem os trata de forma diferente. Além disso, está em consonância com o espírito do legislador (quanto mais garantido patrimonialmente estiver o cônjuge/companheiro em razão do regime de bens do casamento, menor será a sua participação na herança). Caso se adotasse a solução prevista no inciso I do art. 1790 (todos os quinhões iguais), a vantagem da companheira custaria sensível diminuição da proteção patrimonial que a herança proporciona aos filhos herdeiros. Entre evitar lucro da companheira e prejuízo dos filhos e proporcionar lucro de uma com o prejuízo de outros, preferível a primeira solução.

6. TERCEIRA CORRENTE (TEORIA DA SUB-HERANÇA)

No que atine à concorrência do cônjuge com descendentes comuns e exclusivos, leciona CARLOS ROBERTO GONÇALVES que

> uma *terceira corrente* propõe a divisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo: resguardar-se-ia a quarta parte da herança ao cônjuge somente com relação aos filhos *comuns*, e fazendo-se a partilha igualitária, sem aquele mínimo de um quarto, com relação aos herdeiros.11

Em relação ao companheiro que concorre com descendentes híbridos, FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO12 explicam que a *teoria da sub-herança* deve seguir os seguintes passos:

---

11 GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, *Direito Civil brasileiro 7*, *Direito das sucessões*, 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 176.

12 TARTUCE, FLÁVIO; SIMÃO, JOSÉ FERNANDO, *Direito Civil*, v. 6, *Direito das Sucessões*, 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Método, 2010, p. 234.

a) Divide-se a herança em dois blocos, um dos filhos comuns e outro dos não comuns;
b) O companheiro teria uma quota igual à dos filhos comuns na sub-herança destes;
c) O companheiro teria metade da quota dos não comuns e na sub-herança destes;
d) Somam as quotas do companheiro obtidas nos passos anteriores e se conclui qual será a sua participação na herança.

Concluem os autores aludidos que "o grande problema da teoria é que a mesma gera uma desigualdade entre os filhos, ferindo ditames constitucionais. Em suma, essa teoria é inaplicável diante da igualdade entre os filhos" (prevista no art. 227, § 6º, da CF/1988).

7. FÓRMULA *TUSA* – UMA QUARTA CORRENTE

FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO13, apoiados na lição de GABRIELE TUSA, afirmam que, para a incidência da fórmula *Tusa*, "o legislador não deixou lacuna no Código Civil, mas sim uma situação em que os incisos I e II do art. 1.790 podem ser conciliados desde que lidos conjuntamente". Desta forma, conforme mais se aproxime do caso dos incisos aludidos, "se concorrer com filhos comuns e com filhos exclusivos, a companheira não receberá nem 1 nem metade, mas um coeficiente maior que metade (nunca menor) e menor que 1 (nunca maior), que variará de acordo com o número de filhos do falecido".

A fórmula *Tusa* é a seguinte:

13 TARTUCE, FLÁVIO; SIMÃO, JOSÉ FERNANDO, *Direito Civil*, v. 6, *Direito das Sucessões*, 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Método, 2010, p. 235-237.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

$$X = \frac{2\,(F+S)}{2\,(F+S)^2 + \ 2F+S}\ x\,H$$

$$C = \frac{2F+S}{2\,(F+S)}\ x\,X$$

Onde:
X: quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos;
C: quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente;
H: valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente;
F: número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente;
S: número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

Sintetiza GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA14 que

> os resultados que serão alcançados com a aplicação dessa fórmula variam proporcionalmente conforme o número de filhos exclusivos do falecido e o número de filhos comuns a ele e ao convivente sobrevivo. A variação é *diretamente proporcional*, ou seja, quanto maior o número de filhos comuns relativamente ao número de filhos exclusivos, maior será a quota cabível ao companheiro sobrevivente, pois que, se apenas descendentes comuns houvesse, estes receberiam quota idêntica à que caberia àquele (inc. II), ao passo que se maior for o número de descendentes exclusivos, menor será a quota do companheiro e mais próxima ela se encontrará da metade do quinhão que aqueles recebem (inc. II).

CONCLUSÃO

Inexiste previsão legal para regulamentar a situação de concorrência sucessória do cônjuge e do companheiro com descendentes híbridos (presença simultânea de descendentes unilaterais do *de cujus* e descendentes comuns deste com o cônjuge ou companheiro sobrevivo). Isso obriga que o hermeneuta efetue

14 TARTUCE, FLÁVIO; SIMÃO, JOSÉ FERNANDO, *Direito Civil*, v. 6, *Direito das Sucessões*, 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Método, 2010, p. 238.

malabarismos jurídicos objetivando a subsunção mais adequada do direito à realidade fática.

Diante disso, não há solução perfeita. Cada uma das correntes supra-aludidas possui argumentos plausíveis, não podendo ser caracterizadas como fúteis ou mirabolantes.

No entanto, vislumbra-se a primeira corrente como mais adequada, porquanto concede a benesse da reserva mínima da quarta parte ao cônjuge e do recebimento de metade do quinhão ao companheiro somente quando a totalidade dos descendentes forem comuns, no primeiro caso, ou exclusivos, no segundo. Portanto, concorrendo com descendentes híbridos, o cônjuge não teria direito ao benefício da reserva mínima de um quarto do monte-mor (não se aplicando a última parte do artigo 1.832 do Código Civil), e o companheiro herdaria a uma quota correspondentes aos descendentes mencionados (incidindo o artigo 1.790, inciso I, do Código Civil).

Com essa obediência, preconizar-se-ia o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, *in verbis*, exaltando o princípio da não distinção dos direitos da filiação:

> Art. 227 da CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65/2010). [...]
> § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Dividir os descendentes em blocos de comuns e exclusivos quando concorrem à herança de ascendente é inconstitucional. Igualmente o é a distribuição de quinhões distintos dependendo da origem dos filhos sucessores de ascendente *de cujus* idêntico. Destarte, atribuir a todos os descendentes quota hereditária idêntica é a solução que mais se coaduna com o Direito brasileiro vigente, o que implica, por

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

consequência, a não conferir ao cônjuge e ao companheiro, quando concorrente com aqueles, a reserva de um quarto do quinhão e o recebimento de metade de uma quota dos descendentes, respectivamente.

Inobstante, como percucientemente aduz GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA,

> de qualquer das formas, ao que parece, na ocorrência de uma hipótese real de sucessão de descendentes que pertencessem aos dois distintos grupos (comuns e exclusivos) em concorrência com o cônjuge [ou companheiro] sobrevivo, não haveria solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código Civil novo, o que parece reforçar a idéia de que, para evitar uma profusão de inadequadas soluções jurisprudenciais futuras, o ideal mesmo seria que o legislador ordinário revisse a construção legal do novo Diploma Civil brasileiro, para estruturar um arcabouço de preceitos que cobrissem todas as hipóteses, inclusive as hipóteses híbridas (como as tenho chamado), evitando o dissabor de soluções e/ou interpretações que corressem exclusivamente ao alvedrio do julgador ou do hermeneuta, mas desconsiderando tudo aquilo que, a princípio, norteou o ideal do legislador, formatando o espírito da norma.15

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 6. **Direito das Sucessões**. 22ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. **Direito Civil brasileiro 7**. **Direito das sucessões**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, FLÁVIO; SIMÃO, JOSÉ FERNANDO. **Direito Civil**. v. 6. **Direito das Sucessões**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. **Direito Civil**. v. 7. **Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

15 *Apud* VENOSA, SÍLVIO DE SALVO, *Direito Civil*, v. 7, *Direito das Sucessões*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 132.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL: ASPECTOS NORMATIVOS E DOUTRINÁRIOS

DIEGO RENOLDI QUARESMA DE OLIVEIRA: Concluiu graduação na Universidade Católica de Santos- Unisantos (2012), tendo obtido nota 10,00 na monografia de conclusão. Pós graduado em Sociologia pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul - USCS (2015), tendo obtido notas 10,00 na avaliação final e monografia de conclusão.Ex- oficial do Exército Brasileiro. Advogado.

Resumo: O presente artigo científico, traz um estudo da natureza jurídica do interrogatório judicial com suas características singulares ao tratar-se de matéria de direito penal. Procuramos trazer renomados doutrinadores para embasar nossos argumentos para que o leitor, garantista ou não, perceba que o olhar que se dá ao interrogatório judicial, traz riquíssimos desdobramentos, principalmente ao olhar democrático da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Interrogatório judicial; processo penal; natureza jurídica; meio de defesa.

Resumen: *El corriente artículo científico, es un estudio en profundidad del interrogatorio del acusado y sus particularidades cuando tratar de materia del derecho penal. Traemos académicos de gran prestigiopara apoyar nuestros argumentos al lector (seguidor del modelo garantista o no), darse cuenta de la aplicación del intererrogatorio en juicio, trae ricos desarollos, en principalmente con un mirar democrático de la Constitucíon brasilenã de 1988.*

Palavras- claves: *interrogatorio judicio; proceso penal; naturaleza jurídica; medios de defensa.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Natureza Jurídica; 3. Da audiência de custódia; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Previsto nos artigos 185 a 196 do CPP, o interrogatório do réu é o momento da persecução penal cujo imputado poderá, se desejar, dar sua versão dos fatos. Com expressão concreta de seu exercício de autodefesa (que junto com a defesa técnica são corolárias do princípio da ampla defesa -CRFB, artigo 5º, LV), já que é o próprio acusado que se defende da imputação do fato penal narrado na inicial acusatória ("direito de audiência").

O interrogatório é chamado também de defesa material (Rangel, 2012, p. 571), pois o acusado refuta o direito material imputado contra ele na denúncia ou queixa.

É ato personalíssimo, porque somente o réu pode ser interrogado (influindo diretamente e pessoalmente no convencimento do Juiz). Sendo direito do acusado que lhe seja oportunizado (ainda que não obrigatória sua realização), pois é uma exigência do Pacto de San José da Costa Rica, cujo Brasil é signatário (conforme o bloco de constitucionalidade, o tratado no ordenamento pátrio possui natureza supralegal, segundo o STF).

O interrogatório na processualística penal, em especial, possui, em seu procedimento, inúmeros requisitos formais e posições das melhores doutrinas quanto a sua estrutura. No entanto, atentaremos à sua natureza jurídica, assunto que possui por si só, bastantes divergências no âmbito da literatura.

NATUREZA JURÍDICA

O cerne da questão se concentra na natureza jurídica do interrogatório do acusado. O que gera inúmeros desdobramentos que transbordam a mera discussão acadêmica, pois dependendo do olhar voltado para ato, mister será uma

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

(re)leitura da Audiência de Instrução e Julgamento e de toda a principiologia que a cerca. Antes de mergulharmos em águas profundas, cumpre salientar o que segue:

> *"Que continue a ser uma espécie de prova, não há maiores problemas, até porque, as demais espécies defensivas são também consideradas provas. Mas o fundamental, em uma concepção de processo via da qual o acusado seja um sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa".* (PACELLI, 2014. p. 380).

Ao todo existem quatro posições.

Primeira: É meio de prova. Em análise topográfica do Código de Processo Penal (de 1941), verifica-se que o interrogatório foi alocado pela referida lei, no Título VII – Da Prova, em capítulo específico – III – "Do interrogatório do acusado".

Demonstra claramente a intenção do CPP em considerá-lo como meio de prova, um elemento para formação da convicção do juiz, já que antes da reforma pontual feita ao Código em 2008, era o primeiro ato da instrução (no rito comum e no especial do júri). Reforça ainda mais o posicionamento ideológico do CPP, o fato de no texto original do artigo 186 do CPP dizia: " O seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa".

O mais aviltante é que embora o referido texto se chocasse diretamente com o direito ao silêncio previsto no artigo 5º, LXIII, da CFRB de 1988 - *"o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado..."* - e a doutrina majoritariamente pregasse a não recepção desse trecho em face à CRFB, o artigo 186 só viria a ser modificado pela lei 10.792/2003, que vedou a utilização do direito ao silêncio do réu (e isso inclui, por exemplo, o direito de não comparecimento à instrução) em seu desfavor, pela absoluta insistência de alguns magistrados que ousavam em fundamentar uma decisão judicial (dever constitucional de fundamento das decisões judiciais sob pena de nulidade absoluta) em nada!, vazio!, silêncio! Alertamos que não vivemos no processo penal o senso comum "quem cala consente".

Ad argumentandum, em seu sistema inicialmente adotado, portanto antes das edições das leis 11.689 e 11.719/2008, o interrogatório se realizava em primeiro ato da instrução penal, o que na prática, se verificava verdadeira desvantagem ao acusado e prejuízo ao seu direito de defesa. (fato que ainda persiste, por exemplo, na Lei de Drogas- 11343/2006, podendo, no entanto, ser aplicadas pelo juiz as regras do CPP e da Lei de tóxicos, por analogia – Pacelli, 2014, p.379).

Consideramos, dessa forma, o posicionamento segundo o qual o acusado é um mero objeto de prova, ultrapassado, pelo advento da Constituição Federal de 1988 e as referidas modificações ao CPP, sem mencionar a superação do Estado Policial (vigente à época da edição do código processual penal) para o Estado Social de Direito (hodiernamente).

Nas palavras do professor Guilherme Nucci:

> *"É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

> *suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação."* (NUCCI, 2009, p. 419)

Segunda: O interrogatório do acusado é meio de prova e de defesa, de forma indistinta. Entendemos que tal posicionamento deve ser considerado superado, justamente em razão do direito ao silêncio garantido pela CRFB, artigo 5º, LXIII, pois caso o réu invoque o direito de permanecer calado, em perfeita harmonia com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, (não produzir prova contra si próprio) não haverá qualquer prova a ser produzida em favor da acusação, em tal grau que não se pode falar, portanto, em meio de defesa ou prova – indistintamente.

Terceira: O interrogatório judicial do acusado é precipuamente meio de defesa e subsidiariamente, meio de prova (Nucci; Paulo Henrique A . Fuller; Gustavo D. Junquera), em outras palavras, o interrogatório apresenta natureza híbrida ou mista. Nos dizeres de Nucci:

> *"Note-se que o interrogatório é, fundamentadamente meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas*

declarações para condená-lo ou absolvê-lo." (NUCCI, 2009, p. 404).

A referida corrente busca sustentação no crivo do contraditório, presente no interrogatório, pois as partes podem intervir no ato fazendo perguntas – dirigidas ao juiz, no procedimento comum, e diretamente ao réu, no tribunal do júri. No entanto, o fato de se permitir tanto ao MP quanto à defesa técnica de fazerem perguntas, demonstra que o contraditório foi trazido para dentro do interrogatório, sem que haja alteração da natureza jurídica, como meio de defesa.

Quarta: O interrogatório é meio de defesa(Eugênio Pacelli; Paulo Rangel). Com a nova sistemática vigente desde a lei 11.719/2008, o interrogatório passou a ser o último ato da instrução, (com notórias vantagens para o direito de defesa, mas com imenso sacrifício da liberdade pessoal, assunto que abordaremos mais adiante.) após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, esclarecimento dos peritos, acareações e demais diligências. Sendo as partes indagadas pelo juiz, se restou algum fato a ser esclarecido no interrogatório, passando-se, com isso, a ser um verdadeiro meio de defesa (a defesa se manifesta de duas formas: por meio da autodefesa, no caso do interrogatório e, pela defesa técnica promovida por advogado legalmente habilitado).

Como mencionamos anteriormente, Paulo Rangel reforça com mestria tal posicionamento:

"Tem natureza jurídica de um meio de defesa, pois é dado ao acusado o direito constitucional de permanecer calado, sem que o silêncio acarrete-lhe prejuízos, pois o parágrafo único do art. 186 do CPP veda expressamente aquilo que a CRFB já fazia, mas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

> *precisava de uma lei para dar efetividade à Constituição, o que, por si só, carateriza um absurdo incomensurável. Ademais, o interrogatório é realizado depois da oitiva das testemunhas, isto é, como instrumento de defesa."*(RANGEL, 2012, p. 570).

Crítico jurista que é, Rangel afirma:

> *"A possibilidade de as partes intervirem no interrogatório (contraditório) não elimina sua natureza jurídica de meio de defesa, como já dissemos, ou seja, continua o réu podendo se reservar ao direito de não responder, não só a todas as perguntas que forem formuladas, mas a apenas algumas, em especial aquelas formuladas pela acusação. As consequências de sua negativa, perante o conselho de sentença, por exemplo, é um ônus seu, já que, lamentavelmente, o júri brasileiro ainda trabalha com a íntima convicção."* (RANGEL, 2009. p. 570).

O interrogatório judicial do acusado, por não se tratar de defesa técnica, é ato, ainda que necessário, prescindível (disponível), diferentemente da defesa técnica (indisponível), pois ao ser citado regularmente (ato, este, imprescindível, porém, cfe. 564, III, *e*, do CPP), é dada a possibilidade de não comparecer (o que pode configurar, de alguma forma, estratégia da defesa). Neste caso, para Paulo Rangel (2009, p. 571), e orientação quase

uníssona dos Tribunais Superiores, o acusado responde o processo à sua revelia. Portanto, nesse ponto, não há o que se falar em nulidade por cerceamento de defesa. Assim também é o entendimento de Julio Fabrini Mirabete, ao afirmar que inexiste nulidade processual, por ausência de interrogatório do réu: "quando se recusa a prestar declarações" ou "quando se torna revel (...)". (MIRABETE, 2000. p. 445).

Oportuniza-se ao acusado de apresentar sua defesa, sem qualquer obrigação de fazê-lo - Nucci entende que é possível a condução coercitiva para interrogatório, no entanto, apenas ao que diz respeito à qualificação do acusado, se este não tiver sido qualificado anteriormente nos autos. (NUCCI, 2009, p. 564). De tal modo que o artigo 260 do CPP, merece uma nova interpretação à luz do Estado democrático, não se admitindo tentativas, ainda que legais de obrigar, de algum modo, que acusado produza prova contra si mesmo.

Ora, se fosse meio de prova como quer o CPP, ou parte da doutrina quando o trada como via de mão dupla (prova e defesa), indistintamente, haveria obrigatoriedade do depoimento do réu, para se efetivamente produzir alguma e qualquer prova que auxiliasse o juiz em seu convencimento, em homenagem ao princípio da busca da verdade processual, e não como uma estratégia da defesa amparada, ou não, em juízo de conveniência ou oportunidade, de silenciar por completo ou parcialmente, como de fato é, o que o transforma essencialmente em meio de defesa.

Assim explica didaticamente Eugênio Pacelli de Oliveira acerca do direito ao silêncio e da eventual ausência do réu em audiência:

> *"Com a Lei nº 11.689/08, e mais, desde a Lei nº 10.792/03, o que já se continha de modo implícito no*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

> *ordenamento jurídico brasileiro, por força do texto constitucional, ocupa definitivamente seu espaço no Direito Processual Penal:*
>
> *a) em primeiro lugar, a exigência de se esclarecer o acusado de seu direito a permanecer calado e a não responder perguntas, nos exatos termos do disposto no art. 186, caput, do CPP, cuja redação anterior encontrava-se já revogada;*
>
> *b) em segundo lugar, a vedação de valoração do silêncio em prejuízo da defesa, conforme se acha também expresso no parágrafo único do mesmo artigo 186 do CPP. Nada mais evidente: se é de direito que estamos falando, como poderia ser sancionado seu exercício ?".* (PACELLI, 2014. p. 385).

Entretanto, ao oportunizar o direito ao interrogatório e o réu, uma vez intimado regularmente para tanto, resolve não exercer seu direito, não comparecendo à audiência, não há que se falar em direito à repetição do ato, por tal razão alertamos para a diferença da oportunidade ao interrogatório e a sua realização obrigatória (pode não ser realizado).

Diferentemente do entendimento de Paulo Rangel, no entanto, para Pacelli, a concepção do interrogatório como essencialmente um meio de defesa, com o reconhecimento do direito ao silêncio, tem por consequência a conclusão no sentido de que o não comparecimento do réu ao referido ato não poderá

implicar a aplicação de quaisquer sanções processuais, daí por que inaplicável o agravamento de eventual medida cautelar imposta, a menos que se possa justificar a ausência no interrogatório como indício claro de risco à aplicação da lei penal.

Por tal razão, o autor defende que, ao se tratar de um direito, a ele não se poderá impor nem a revelia, nem restauração de prisão ao preso provisório, já que o direito à defesa não pode ser sancionado. (PACELLI, 2014. p. 383).

DA AUDIÊCIA DE CUSTÓDIA

Tendo sido o interrogatório trazido para o final da instrução, trazendo incontáveis vantagens para a defesa do acusado, é entretanto, bastante comum que se fique preso preventivamente durante quase todo o processo de conhecimento, para finalmente ser ouvido pelo juiz ao final da Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ), o que pode durar meses ou até anos, com forçosa violação à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê: "*Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais* (...)" (art. 7.5), bem como ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil (e portanto, integrantes do bloco de constitucionalidade).

Como anuncia Aury Lopes Jr., audiência de custódia corrige de forma simples e eficiente a dicotomia gerada: o preso em flagrante será imediatamente conduzido à presença do juiz (o mesmo plantonista que hoje atua de forma burocrática na homologação do Auto de Prisão em Flagrante) para ser ouvido, momento em que o juiz decidirá sobre as medidas previstas no art. 310 do CPP.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Lembrando que a audiência de custódia, idealizada de forma louvável pelo CNJ, sob a presidência do Ilmo. Ministro Ricardo Lewandowski (que em fevereiro de 2015 iniciou parceria com o TJSP, para implementação das referidas audiências), não se trata de antecipação ou algum tipo de interrogatório, ela consiste, na verdade, na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante, tendo como principal propósito análise, pelo juiz, da prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades praticadas pela polícia (ostensiva ou judiciária).

CONCLUSÃO

Como estudado, interrogatório é o último ato da AIJ, sendo imediatamente anterior à apresentação das alegações finais ou memoriais (a depender), sendo efetivamente mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, para expor sua versão dos fatos e tudo que lhe entender pertinente. Obviamente, ainda que o interrogatório detenha *valor probandi*, a sua conceituação como meio de defesa, ainda que precipuamente, é, nas palavras de Eugênio Pacelli (2014, p. 380), de “riquíssimas consequências”, pois: cabe ao réu e seu defensor, em juízo de valor (conveniência e oportunidade) a efetiva prestação do depoimento ou não, como estratégia exclusiva da defesa.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. CNJ. Audiência de Custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em 22 de novembro de 2015.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Processo Penal/ Paulo Henrique Aranda Fuller, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira et al.

11ed. Rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. - (Coleção elementos do direito; v. 8).

LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.1. Processo penal – Brasil I. Título. II. Série.

MIRABETE, JÚLIO FABRINI. Código de Processo Penal Interpretado. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci. 9. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo :Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal – 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli de Oliveira.- 18. ed. rev. E ampl. Atual. De acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo. Atlas, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

NÚMERO DE AÇÕES JUDICIAIS SUPERAM 100 MILHÕES

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

O levantamento anual do programa “Justiça em Números”, feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgado no dia 15 de setembro de 2015, registram que em 2014 passaram pela jurisdição dos 90 tribunais brasileiros, 99,7 milhões de processos. Isso significa que hoje, este número já supera 100 milhões de processos, estimando-se que 103,1 milhões de processos judiciais vão abarrotar o judiciário. Com isso a média é de que a cada cinco segundo uma nova ação ingressa no judiciário. Existia um acúmulo de 70,8 milhões de processos, que somando aos 28,9 milhões de casos novos em 2014, se repetiu a taxa média de 3,4% de crescimento nos últimos cinco anos. A média é de um processo para cada dois brasileiros. Como em cada processo, atuam pelo menos duas partes, e muito caso mais de três, somados aos processos em que são impetrados recursos, (Mandado de Segurança Ação Cautelar, Rescisória e Embargos de Terceiros), estima-se eu existem 130 milhões de processos tramitando no judiciário brasileiro.

A justiça do Trabalho que deveria figurar como a mais célere entre todas, é a grande decepção do trabalhador. Há quem sustente que as próprias empresas (empregadores) preferem a solução de pronto das ações, apara não deixar judicializar, devido à tendência dos juízes laboristas em favorecer sempre o empregado. Neste segmento as ações que discutem direito do trabalho representam 5.281.354 (22.3%, Trabalho/Processual 2.081.758 (8,8%) e Dano Moral Trabalhista 700.595 (3,0%). Um acúmulo de 8.387.090 processos, dos quais 4.396.583 pendentes de decisão. O maior complicador do desempenho da primeira instância são os processos de execução (63%). Embora tenha capacidade para julgar praticamente o número de casos novos que chegam às varas e juizados (cerca de 6 milhões), os juízes têm de enfrentar um acervo cerca de seis vezes maior. Alegam, entre vozes que desdenham a reclamação dos magistrados, de que muitas vezes é impossível resolver, diante da dificuldade de localizar os devedores ou seus bens.

Os números do CNJ indicam que o poder público é responsável por 15% dentre 23,7 milhões de ações que ingressaram na Justiça e que se referem a matéria tributária, previdenciária ou de Direito Público, em todas as áreas que envolvem a administração pública em seus diferentes níveis - federal, estadual e municipal.

A máquina judiciária brasileira é voraz, em 2014, consumiu o orçamento total de R$ 68,4 bilhões. (89,5% consumido com sua folha e salários). Um crescimento de 4,3% em relação ao ano anterior, o que corresponde, a 1,2% do PIB e a 2,3% do total dos gastos públicos do país. Na avaliação do CNJ. Dividindo pelo número de brasileiros, o Judiciário custou R$ 337 para cada um em 2014. Em média, cada processo em tramitação teve um custo de R$ 686. A Justiça do Trabalho gastou 20,8% (R$ 14,3 bilhões). Mas o Judiciário não é tão pobre, embora extrapole, ele arrecadou

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

em 2014, R$ 26,9 bilhões. As receitas se referem aos recolhimentos com custas, emolumentos e taxas, do imposto *causa mortis* nos inventários, receitas da execução fiscal e outras. Quando se ataca a morosidade na prestação jurisdicional, figura no polo da passividade o juiz, o serventuário e o Estado que retardam a justiça e a remetem como atividade jurisdicional que traz prejuízos para os litigantes. Dentro deste quadro beligerante, pode o particular que sofreu as angústias e os prejuízos patrimoniais, em razão da excessiva duração de um processo, ser ressarcido pelos danos que lhe foram causados?

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, com o seguinte teor: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". A esculpida nota parece não ter encontrado respaldo quanto à prestação jurisdicional no país. Pelo que se avalia, "as ações sobem pelo elevador e a solução pela escada". Lembro aqui que Itália, Portugal, Espanha e França já sofreram condenações no âmbito da União Europeia por não cumprirem o princípio da razoável duração do processo. O novo CPC já está sendo ultrajado, a ponto de se propor (via magistrados os únicos interessados), data venia, num claro e acintoso procedimento de exclusão da comunidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM AO DISSÍDIO TRABALHISTA

ANDRÉ DE FARIAS ALBUQUERQUE: Graduado pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Atualmente é Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - TJPE.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A ARBITRAGEM NO ÂMBITO TRABALHISTA. 2.1. Questões introdutórias. 2.2.Conflitos individuais. 2.3. Conflitos Coletivos. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1-INTRODUÇÃO

A sociedade vive numa era de crises sociais e financeiras, fruto das transformações socioeconômicas mundiais – fenômeno advindo da globalização – que atingiram intrinsecamente as relações laborais. Este panorama intensificou a conflituosidade existente, provocando uma demandaimensa por decisões judiciais em contraste com um aparato judicial que se mostra incapaz de atender plenamente à necessária solução adequada de todos os litígios que surgem no seio da sociedade.

Diante desse contexto histórico e social, resolver as novas controvérsias advindas dessas mudanças pelas quais atravessa o mundo do trabalho é incumbência do juslaboralismo, ramo do direito que se responsabiliza pelas relações trabalhistas e proporciona a estrutura fundamental para a pacificação de interesses entre trabalhador e empregador.

É nesse quadro de busca pela harmonia da relação capital/trabalho (empregado/empregador), dificuldade de acesso à Justiça e de ineficácia da prestação jurisdicional decorrente da morosidade do Poder Judiciário que a aplicação da arbitragem ao dissídio trabalhista surge como alternativa de solução extrajudicial de conflitos, contribuindo para minimizar a crise

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

estrutural e institucional do sistema judiciário trabalhista brasileiro.

A crise do acesso à justiça constata-se quando o Estado, através do Poder Judiciário, consolida a Jurisdição como principal método deresolução de controvérsias, entretanto – devido a um sistema de leis que impede uma solução rápida e eficaz dos conflitos e a uma imensa demanda por decisões judiciais – não consegue concretizar adequadamente sua função pacificadora. Dessa forma, ante a sobrecarga da Justiça do Trabalho, atualmente,torna-se necessário a adoção de meios alternativos de solução de litígios, dentre os quais se destacam a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Nessa toada, este estudo apresentado almeja esclarecer a possível aplicação da arbitragem ao dissídio trabalhista, uma vez que instituto de salutar importância às resoluções dos dissídios, objetivando criar alternativas para a solução e regulação, de forma mais célere e eficaz, dos conflitos laborais no Brasil.

Essa aplicação, entretanto, não é assunto pacífico entre os operadores do Direito, sendo objeto de diversos debates por parte dos estudiosos do Direito do Trabalho uma vez que existem argumentos e contra-argumentos no que tange à aplicação da arbitragem aos conflitos coletivos e individuais trabalhistas.

2- A ARBITRAGEM NO ÂMBITO TRABALHISTA

2.1- Questões introdutórias

A utilização da arbitragem no âmbito trabalhista como forma de solucionar os conflitos coletivos do trabalho é expressamente admitida pela Carta Magna de 1988, de acordo com o artigo 114, §1 e 2º, CF/88, *in verbis:*

> Art.114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
>
> §1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
>
> § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho foi silente em relação à aplicabilidade da arbitragem, apesar do procedimento arbitral não se opor aos princípios processuais trabalhistas. Assim, a arbitragem é plenamente aplicável no âmbito trabalhista. Inclusive, diversas legislações ordinárias trabalhistas preveem a aplicabilidade da via arbitral no Direito do Trabalho a exemplo do artigo 3º e o 7º da Lei de Greve (Lei nº 7.783/1989); do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.419/1992; do artigo 23, da Lei nº 8.630/1993; do artigo 4º Lei nº 10.101/2000; artigo 83, inciso XI, Lei Complementar nº 75/1993; e outros dispositivos normativos.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins ressalta que a própria Organização Internacional do Trabalho – OIT possibilita e recomenda a utilização de arbitragem em relação aos conflitos coletivos do trabalho.

> A OIT preconiza o sistema de negociação coletiva, por meio da Convenção nº 154, de 19/06/1981, que foi ratificada pelo Brasil. O artigo 6º da referida norma prescreve que não violam as disposições do referido convênio os

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

> sistemas de relações de trabalho em que a negociação coletiva tenha lugar de acordo com os mecanismos ou de instituições de conciliação ou de arbitragem, ou de ambas de uma vez, em que as partes participem voluntariamente das negociações coletivas.[1]

Nesse interim, percebe-se que as referidas disposições legislativas recomendam a utilização da arbitragem em diversas situações, entretanto, todas referentes ao conjunto das relações laborais com características no Direito Coletivo do Trabalho. Logo, no que tange ao Direito Individual do Trabalho, o legislador quedou-se inerte, instalando-se uma celeuma quando se propõe a utilizar a arbitragem em dissídios individuais trabalhistas, sob diversos argumentos adiante analisados.

Assim é que o presente artigo, baseado na lei, doutrina e jurisprudência, objetivará asseverar a aplicabilidade – ou não – da arbitragem como alternativa de solução extrajudicial de conflitos no que tange aos dissídios individuais e coletivos do trabalho.

2.2- Conflitos individuais

A discussão acerca da possibilidade de aplicação do instituto da arbitragem no que tange aos conflitos individuais e sua regulação pelo Direito Individual do Trabalho é baseada sob três argumentos: a indisponibilidade ou não das normas de Direito do Trabalho; a questão do artigo 114 da CF/88 fazer referência unicamente à utilização da arbitragem nos conflitos coletivos e o desequilíbrio de poder existente entre patrão e trabalhador em virtude da subordinação decorrente da relação de emprego.

Em relação à indisponibilidade das normas trabalhistas, o debate surge uma vez que a arbitragem, nos termos do no artigo 1º da Lei 9.307/1996, apenas pode ser utilizada para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

resolver controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles em que é possível contratar ou conciliar sem transgredir normas de ordem pública. Com isso, *a priori*, não se aplicaria às normas trabalhistas, visto estas serem consideradas indisponíveis.

Todavia, com o avanço da flexibilização das condições de trabalho, abriu-se margem para considerar certos direitos trabalhistas disponíveis, podendo o empregado – através de acordo ou convenção coletiva de trabalho – renunciá-los. Nesse sentido, a própria Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, incisos VI e XIII, autoriza alterações como a diminuição de salários e o aumento de jornadas de turno ininterruptos, direitos estes antes considerados irredutíveis.

Nesse interim, inclusive, a Justiça do Trabalho vem reconhecendo as transações realizadas entre os atores da relação trabalhista. A exemplo, pode-se dizer a Súmula 330 do Tribunal Superior do Trabalho, que reconhece a quitação dos valores constantes no recibo passado pelo empregado com a assistência do sindicato. Da mesma maneira a Súmula 243 do TST, que permite a renúncia dos direitos inerentes ao regime estatutário pelo funcionário público que opta pelo regime celetista[2].

Assim, o doutrinador Carlos Alberto Carmona leciona que:

> "quanto aos conflitos individuais, embora não se deixe de reconhecer o caráter protetivo do direito laboral, é fato incontestável que nem todos os direitos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho assumiriam a feição irrenunciável pregada pela doutrina especializada mais conservadora: se assim não fosse, não se entenderia o estímulo sempre crescente à conciliação (e à consequente transação), de tal sorte que parece perfeitamente viável

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

> solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através da instituição do juízo arbitral”.[3]

Portanto, não obstante a tênue divisão existente entre os direitos trabalhistas disponíveis e indisponíveis, é possível, como visto, classificar alguns dos direitos trabalhistas como patrimoniais disponíveis, tornando viável a aplicabilidade do instituto da arbitragem no âmbito trabalhista.

Com relação ao fato do artigo 114 da Constituição Federal de 1988 ter feito referência apenas à utilização do juízo arbitral nos conflitos coletivos, não é possível deduzir que existiria uma vedação implícita da adoção do instituto no que concerne aos conflitos individuais de trabalho. Isso se dá, pois tal interpretação não estaria de acordo com a compreensão mediana dos princípios constitucionais do Estado.

Tanto é assim, que o princípio da autonomia da vontade e da legalidade autorizam, nos termos do artigo 5, II, CF/88 – nesse tipo de relação jurídica – a possibilidade de praticar tudo que não for proibido por lei, assegurando a licitude do procedimento arbitral. Nessa toada, se o legislador na elaboração da Lei nº 9.307/96 e a Carta Magna de 1988 não vedaram a aplicação da arbitragem no âmbito dos conflitos individuais trabalhistas, aplica-se o pressuposto de que o que não é proibido por lei, é permitido.

Nesse sentido, o ensinamento de Sérgio Pinto Martins:

> “A Lei 9.307 não proibiu a arbitragem como forma de solucionar litígios individuais do trabalho. A Constituição não veda a arbitragem nos dissídios individuais. O que não é proibido é permitido. (...)Direitos patrimoniais disponíveis são diferentes de

direitos irrenunciáveis. Direitos disponíveis são normas direcionadas às partes e não exatamente normas de ordem pública absoluta. Os direitos dos trabalhadores não são patrimoniais indisponíveis. O trabalhador não está renunciando, alienando ou transacionando direitos quando submete o conflito à arbitragem, mas apenas escolhe um terceiro para solucionar o litígio. O árbitro irá dizer o direito do trabalhador(...). Se não há mais contrato de trabalho entre empregado e empregador, não se pode falar que o trabalhador está sofrendo pressão do empregador para renunciar a verbas trabalhistas, principalmente diante do fato de que a controvérsia está sendo submetida ao árbitro".[4]

Por sua vez, em virtude do desequilíbrio de forças existente entre empregador e trabalhador decorrente da subordinação na relação empregatícia, a doutrina e a jurisprudência majoritária defende a inaplicabilidade da arbitragem face a hipossuficiência do empregado que se encontra em posição desvantajosa, o que o impede de manifestar livremente a sua vontade. Com isso, o trabalhador tende a se submeter ao empregador em relação aos direitos inerentes ao seu contrato de trabalho, aceitando condições de trabalho e realizando concessões de direitos que normalmente não o faria se não fosse sua posição de vulnerabilidade.

Esse caráter protecionista da Justiça do Trabalho foi recentemente explicitado por entendimento da Egrégia SbDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho:

> "EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE. Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador - hipossuficiente - e empregador. Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada. Imperativa, também, é a observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados aqui os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador. Incompatível, portanto, o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Embargos conhecidos e providos."

> (ERR-27700-25-2005-5-05-0611, SbDI-1, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, julgado em 26/3/2015, DEJT 10/4/2015)

Nesse mesmo sentido, a 8ª Turma entendeu que a arbitragem não é compatível com o Direito Individual do Trabalho, ao considerar a irrenunciabilidade e indisponibilidade do direito trabalhista. Segue julgado, *in verbis:*

> RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ARBITRAGEM. TRANSAÇÃO. ALCANCE NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. Esta Corte vem firmando posicionamento no sentido de que a solução de conflitos oriundos da relação de trabalho efetivada perante o juízo arbitral não é compatível com o Direito Individual do Trabalho, considerando-se a significativa gama de direitos indisponíveis e irrenunciáveis e o desequilíbrio entre as partes decorrente da hipossuficiência típica da relação de emprego. Recurso de revista conhecido e provido.
>
> (TST - RR: 1714006720085030075 171400-67.2008.5.03.0075, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 07/12/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/12/2010)

Entretanto, sob outro ponto de vista, parte da doutrina defende que tal indisponibilidade dos direitos individuais do trabalho é relativa, defendendo a utilização desse meio alternativo não estatal a partir da divisão do momento da celebração da convenção de arbitragem. Nessa seara, há a separação do momento do ato de contratação e vigência do pacto laboral, quando se entende pela indisponibilidade do direito trabalhista e pela inviabilidade do juízo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

arbitral em virtude da hipossuficiência do trabalhador, e o momento posterior a extinção do contrato do trabalho, fase pós-contratual que se mostra apropriada para o uso desse meio alternativo na solução dos conflitos individuais do trabalho face o término da dependência do empregado.

Corroborando com essa tese, a 4ª Turma do TST já decidiu favorável à utilização do instituto da arbitragem no Direito do Trabalho, de acordo com entendimento abaixo:

> Cumpre salientar por primeiro, que o juízo arbitral – órgão contratual de jurisdição restrita consagrado em nossa legislação que tem por finalidade submeter as controvérsias a uma pronta solução, sem as solenidades e dispêndios do processo ordinário, guardada apenas a ordem lógica indispensável de fórmulas que conduzem a um julgamento escorreito de direito e de equidade – a meu ver, tem plena aplicabilidade na esfera trabalhista porque há direitos patrimoniais disponíveis no âmbito do direito do trabalho, data vênia de doutas opiniões em sentido contrário. É que, ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador. Um primeiro exemplo desta circunstância está na existência de normas específicas que prevêem expressamente sua disponibilidade, como v.g. os direitos consagrados pelos incisos VI e XIV do artigo 7° da Carta Republicana. Outro, quando se identifica o momento em que os direitos são devidos. Isso porque, apenas no ato da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

> contratação ou na vigência de um contrato de trabalho considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente a vontade. Após a dissolução do pacto, no entanto, não há se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que empregado não mais está dependente do empregador. (TST – RR 01650-1999-003-15-00.3; 4ª Turma; Relatora: Juíza convocada Maria Doralice Novaes; publicado no Diário da Justiça em 30/09/2005.)

Portanto, infere-se desse debate doutrinário e jurisprudencial uma grande controvérsia no que tange a aplicabilidade do instituto nos dissídios individuais trabalhistas, o que só foi superado com a pacificação da corrente majoritária pelo Tribunal Superior do Trabalho, entendendo pela não aplicação da arbitragem no Direito Individual do Trabalho.

Nesse sentido, portanto, foi estabelecido o conflito de teses no processo nº E-ED-RR 259006720085030075, fazendo com que os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecessem dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, entendessem pela incompatibilidade do instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, nos termos de entendimento infraconsignado:

> A meu ver, *data venia* da Eg. Quarta Turma, seja sob a ótica do artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, seja à luz do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, no direito positivo brasileiro o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

instituto da arbitragem não se aplica à solução de conflitos individuais trabalhistas.

Em primeiro lugar, porque, ao tratar da competência material da Justiça do Trabalho, o legislador constituinte delimitou a utilização da arbitragem à seara do direito coletivo do trabalho, uma vez frustrada a negociação coletiva (art. 114, §§ 1º e 2º, Constituição Federal).

Ora, é sabido que a Constituição Federal não contém palavras inúteis, tampouco permite interpretação ampliativa ou restritiva de seu Texto, mas unicamente uma exegese sistemática de seus dispositivos.

Partindo dessa premissa, o exame conjunto das normas dos artigos 114, §§ 1º e 2º, e5º, XXXV ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), da Constituição Federal autoriza concluir que o legislador constituinte de fato limitou o manejo da arbitragem aos conflitoscoletivos de trabalho.

Em segundo lugar, porque, como cediço, o artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº9.307/1996), autoriza a adoção da arbitragem para "dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Não desconheço a corrente que sustenta, tal qual a Eg. Quarta Turma, a disponibilidade relativa dos direitos individuais trabalhistas. A ela não me filio, contudo, data venia.

Mesmo no tocante às prestações decorrentes do contrato de trabalho passíveis de transação ou

renúncia, a manifestação de vontade do empregado, além de apreciada com naturais reservas, deve necessariamente submeter-se ao crivo da Justiça do Trabalho ou à tutela sindical, mediante a celebração de válida negociação coletiva.

Em regra, a hipossuficiência econômica ínsita à condição de empregado interfere no livre arbítrio individual. Daí a necessidade de intervenção estatal ou, por expressa autorização constitucional, da entidade de classe representativa da categoria profissional, como meio de evitar o desvirtuamento dos preceitos legais que regem o Direito Individual do Trabalho.

Em semelhante circunstância, entendo que o princípio tuitivo do empregado, um dos pilares do Direito do Trabalho, inviabiliza qualquer tentativa de promover-se a arbitragem, nos moldes em que estatuído pela Lei nº 9.307/1996, no tocante a direitos individuais trabalhistas.

Sem embargo do respeitável entendimento esposado no v. acórdão turmário, penso que tal proteção estende-se, inclusive, ao período pós-contratual, abrangidas a homologação da rescisão, a percepção de verbas daí decorrentes e até eventual celebração de acordo com vistas à quitação do extinto contrato de trabalho.

A premência da percepção das verbas rescisórias, de natureza alimentar, em momento de particular fragilidade do ex-empregado, frequentemente sujeito à insegurança do desemprego, com maior razão inviabiliza a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

adoção da via arbitral como meio de solução de conflitos individuais trabalhistas, ante o maior comprometimento do arbítrio do trabalhador diante de tal panorama.

Robustece tal convicção a disciplina do artigo 477, §§ 1º e 3º, da CLT, no que atrela a validade do "pedido de demissão" ou do recibo de quitação do contrato de trabalho à assistência do respectivo sindicato ou à presença da autoridade do Ministério do Trabalho e, na falta destes, do Representante do Ministério Público, ou do Defensor Público ou, ainda, do Juiz de Paz.

De sorte que, sob minha ótica, a intermediação de pessoa jurídica de direito privado - "câmara de arbitragem" - quer na solução de conflitos, quer na homologação de acordos envolvendo direitos individuais trabalhistas, não se compatibiliza com o modelo de intervencionismo estatal norteador das relações de emprego no Brasil.

(TST - E-ED-RR: 259006720085030075, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 16/04/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015)

2.3- Conflitos coletivos

Como visto, a aplicação da arbitragem para solucionar os conflitos coletivos de trabalho é expressamente admitida pela Carta Magna de 1988, de acordo com o artigo 114, §1 e 2º, da CF/88. Nesse sentido, a doutrina majoritária defende e recomenda a utilização do instituto uma vez que a presença dos sindicatos

supre a dependência do empregado e promove o equilíbrio de forças entre empregador e trabalhador, respeitando o princípio da equivalência dos contratantes coletivos.

Um dos motivos para se aceitar a aplicabilidade do juízo arbitral no dissídio coletivo, é a inexistência de parte hipossuficiente, visto que de um lado encontra-se o empregador (isoladamente já é um ser coletivo, por seu próprio caráter, independentemente de se agrupar em alguma associação sindical)[5] e do outro o sindicato que protege os interesses da classe de trabalhadores que representa. Ademais, por o Direito Coletivo do Trabalho ter como objeto interesses de toda uma coletividade, a celeridade do procedimento arbitral se mostra aconselhável já que a morosidade do poder judiciário pode lesar toda uma categoria trabalhadora.

Por derradeiro, é possível concluir que não há qualquer óbice para a aplicação do instituto da arbitragem nos contratos coletivos de trabalho porque a representação dos trabalhadores pelo sindicato ou outro órgão competente afasta qualquer vulnerabilidade suficiente a limitar a autonomia da vontade. Assim, existindo respaldo de órgão representativo dos empregados, cuja função máxima é proteger os interesses da classe que representa, recomenda-se a inserção da convenção de arbitragem nos acordos ou convenções coletivas de trabalho já que a interveniência do sindicato compensa a desvantagem e restabelece o equilíbrio de forças na relação empregatícia.

3- CONCLUSÃO

A partir disso, entende-se o instituto da arbitragem no dissídio trabalhista como alternativa de solução extrajudicial de conflitos muito mais atrativa às partes envolvidas, em virtude do procedimento arbitral ser mais eficiente e célere se comparado à morosidade das decisões do Poder Judiciário.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Pelo estudo realizado, percebeu-se que a arbitragem realizada no dissídio individual se mostrou desaconselhável em virtude da vulnerabilidade, dependência e hipossuficiência do trabalhador diante do empregador, sendo este o entendimento pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Entretanto, não obstante seja clara a possibilidade – diante dessa vulnerabilidade – do empregado aceitar condições de trabalho e fazer concessões de direitos que normalmente não o faria, entende-se que não se pode subtrair de modo absoluto a utilização do juízo arbitral no âmbito do Direito Individual do Trabalho.

Isso acontece, pois não se deve meramente desconsiderar a manifestação do trabalhador que opte livremente pela arbitragem como método de composição de seu litígio, uma vez que se poderia estabelecer mecanismos capazes de garantir a segurança do procedimento e que a vontade do empregado não seja viciada diante sua posição desvantajosa face ao desequilíbrio de forças. Nesse sentido, Carolina Mayer Spina Zimmer entende que:

> O que parece ser viável é a criação de certos mecanismos ou, até mesmo, de exigências que visem a dotar de segurança esse meio de solução de conflito. Poderia haver a participação dos órgãos administrativos, cuja finalidade é proteger o trabalhador e assegurar o correto cumprimento das normas trabalhistas, como as Superintedências Regionais ou o próprio Ministério Público do Trabalho. Não se está defendendo a intervenção direta e imediata desses órgãos, mas o exercício de atividades de fiscalização, para que se verifique se estão sendo respeitados alguns princípios básicos, como a boa-fé, a autonomia da vontade, além da própria

proteção, tão relevante para o estudo do Direito do Trabalho [6].

Nessa seara, como esses mecanismos eficazes de fiscalização e garantidores do respeito aos princípios – principalmente o do devido processo legal – ainda não foram estabelecidos, mostra-se necessário defender a inaplicabilidade da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas em virtude dos riscos gerados na utilização do instrumento quando se está diante de partes desiguais. Assim, para aplicação do juízo arbitral de forma mais ampla, faz-se mister implementar normas específicas para regular e garantir a segurança e a lisura do procedimento.

Por outro lado, em que pese os argumentos serem contrários à realização da arbitragem nos conflitos individuais, não há que se hesitar sobre a sua aplicabilidade e vantagens no que tange aos dissídios coletivos. Isso se dá, pois a interferência do sindicato ou outro órgão competente protege os interesses da classe de trabalhadores na disputa por melhores condições de trabalho aos seus representados, compensando a desvantagem ao afastar o desequilíbrio de forças.

Com isso, por expressa previsão constitucional, não somente é possível, como deve ser incentivada a instituição da arbitragem nos conflitos coletivos em detrimento da morosidade do Poder Judiciário e sua imensa demanda por decisões judiciais que, muitas vezes, acarreta a ineficácia da prestação jurisdicional.

Tal incentivo deve ocorrer a partir de uma profunda e necessária mudança de mentalidade no meio judiciário já que a maior utilização da arbitragem nos conflitos coletivos pode colaborar no intuito de verdadeiramente diminuir a demanda na Justiça do Trabalho e garantir o reconhecimento do direito da parte de forma mais efetiva e célere, com a pacificação de interesses entre trabalhador e empregador.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

Assim, Georgenor de Souza Franco Filho exalta que:

> Através da solução arbitral dos conflitos trabalhistas poderá se ter condições de encontrar a almejada convivência realmente pacífica entre os fatores da produção, a partir de que capital e trabalho, em comum acordo, atribuam a um terceiro, privado, independente e isento, a busca de remédios para sarar seus desentendimentos. É forma válida para se obter a composição de divergências entre as categorias econômica e profissional e aperfeiçoar a distribuição da riqueza. Não é mecanismo utópico. Ao contrário, com sua boa implementação e o conhecimento acurado de suas técnicas, poderá ser a fórmula que se busca para o perfeito entendimento entre os parceiros sociais".[7]

Portanto, a arbitragem, em razão da informalidade, flexibilidade, confidencialidade e celeridade do seu procedimento, caracteriza-se como um enriquecimento na composição de litígios e verdadeira alternativa de solução extrajudicial de conflitos que contribui decisivamente para minimizar a crise estrutural e institucional do sistema judiciário trabalhista brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 10ª Ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 1997.

MARTINELLI, Dariane Marques. **Arbitragem no Direito Coletivo do Trabalho.** Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_

geral.do?secao=31&pagina=Revista_59_n_2_2007>. Acesso em: 15 dezembro 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Jornal do Advogado**, Nº 86, Julho/2006.

ZIMMER, Carolina Mayer Spina. **A Arbitragem e o Direito Individual do Trabalho**. Disponível em <http://www.estadodedireito.com.br/2012/

01/15/a-arbitragem-e-o-direito-individual-do-trabalho/>.

NOTAS:

[1] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.**22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

[2] MARTINELLI, Dariane Marques. **Arbitragem no Direito Coletivo do Trabalho.** Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Revista_59_n_2_2007>. Acesso em: 15 dezembro 2015.

[3] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei 9.307/96.** 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. Pg 59.

[4] Martins, Sérgio Pinto. **Jornal do Advogado**, Nº 86, Julho/2006, pág. 78.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454

[5] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 10ª Ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011. Pg.1250

[6] ZIMMER, Carolina Mayer Spina. **A Arbitragem e o Direito Individual do Trabalho**. Disponível em <http://www.estadodedireito.com.br/2012/01/15/a-arbitragem-e-o-direito-individual-do-trabalho/>. .

[7] FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho.**São Paulo: LTr, 1997, p. 74.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 510 de 29/12/2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454