

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 827

(Ano IX)

(11/11/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil In

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



07/11/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette
» [O "Lobby" militar, a Lei 13.491/17 e um tirinho de menor potencial no pé](#)

ARTIGOS

- 10/11/2017 Kamille Neves Filgueiras Cabral de Souza
» [O relativismo jurídico e a visão de Miguel Reale: Uma Crítica à Ciência Pura do Direito](#)
- 10/11/2017 Gerlayne Medeiros Barros Borges
» [Municípios no Brasil: uma análise do processo de fragmentação territorial e os efeitos do projeto de lei nº 199/2015 no Estado da Bahia](#)
- 10/11/2017 John Lennon Alves de Lima
» [Adoção à brasileira: o direito aos alimentos, os efeitos sucessórios e a anulação do registro civil com base na jurisprudência brasileira](#)
- 10/11/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto
» [Poder constituinte, aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais](#)
- 10/11/2017 Ana Caroline Viana Garcia Rocha
» [A diferenciação entre assédio moral e assédio sexual e suas repercussões no Direito do Trabalho](#)
- 10/11/2017 Camila Parente Almeida
» [O esverdeamento dos Tribunais de Contas: a garantia de uma atuação sustentável](#)
- 09/11/2017 Luiz Fernando Cabeda
» [Cem anos que vivem em nós: o direito à memória coletiva](#)
- 09/11/2017 Pedro Henrique Pereira Correa
» [Definição de controle para fins de verificar a ocorrência de atos de concentração realizados por fundos de investimentos](#)

09/11/2017 Lorena Rodrigues Lisboa

» [Princípios fundamentais e ética no direito](#)

09/11/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [O Poder Constituinte](#)

08/11/2017 Luiza Teodoro de Mendonça

» [A proteção judicial efetiva do direito à saúde na perspectiva da saúde baseada em evidências](#)

08/11/2017 Nayara Lopes Gonçalves

» [A judicialização da saúde: A responsabilidade solidária entre os entes da federação sob a ótica do município de Palmas.](#)

08/11/2017 Pedro Henrique Pereira Correa

» [Função dos princípios no constitucionalismo contemporâneo e sua aplicação no direito processual do trabalho](#)

08/11/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais](#)

08/11/2017 Renan Sales de Meira

» [O Estado de direito nas tradições anglo-americana, alemã e francesa](#)

08/11/2017 André Eduardo Peres Stafusa

» [O inquérito policial no direito comparado: a necessária reforma da investigação criminal no Brasil](#)

07/11/2017 Kamille Neves Filgueiras Cabral de Souza

» [Violência Doméstica: Os Dez Anos da Lei Maria da Penha](#)

07/11/2017 Daniel Brandão Barreto

» [O Princípio da Capacidade Contributiva na Constituição Federal de 1988](#)

07/11/2017 Alana Samara Dias Araujo

» [O direito originário dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e os impactos da PEC 215/00](#)

07/11/2017 Pedro Henrique Pereira Correa

» [Inconveniência da aplicação do instituto da pena de morte no ordenamento jurídico brasileiro](#)

07/11/2017 Ramatis Vozniak de Almeida

» [Análise da criminalidade no contexto da atuação da Polícia Federal no Aeroporto Internacional de Guarulhos - SP](#)

06/11/2017 João Afrânio Montenegro Júnior

» [O planejamento tributário em face da norma geral antielisão](#)

06/11/2017 Luiza Teodoro de Mendonça

» [Mandado de Segurança e efeitos pecuniários pretéritos: da necessidade de superação das Súmulas 269 e 271 do STF à luz do entendimento firmado no EREsp 1.164.514/AM](#)

06/11/2017 Daniel Brandão Barreto

» [O Crescimento da Educação à Distância e o Seu Uso Como Instrumento de Formação e Capacitação dos Profissionais do Ensino de Língua Portuguesa no Brasil](#)

06/11/2017 Quintiliana Janis Cardoso Marques

» [Ineficácia das normas que objetivam promover a inclusão de crianças com necessidades especiais nas escolas](#)

06/11/2017 Marissol Galvão Godoy

» [Parentesco socioafetivo nas famílias reconstituídas e os reflexos jurídicos com o reconhecimento da multiparentalidade](#)

06/11/2017 Amanda Fanini Gomes Alcantara

» [Trabalho análogo ao de escravo: evolução histórica e normativa, formas de combate e "lista suja"](#)

MONOGRAFIA

09/11/2017 Igor Leite Brasileiro

» [Direito penal do trabalho: a competência criminal da justiça laboral](#)

O "LOBBY" MILITAR, A LEI 13.491/17 E UM TIRINHO DE MENOR POTENCIAL NO PÉ

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

Presenciamos no momento a euforia nos meios militares com relação à promulgação da Lei 13.491/17 que, em termos gerais, encaminha à competência da Justiça Militar todos os crimes perpetrados, em tese, por militares em serviço ou em razão da função. A única exceção é aquela do Tribunal do Júri, valendo, grosso modo, praticamente somente para as Polícias Militares, mas não para as Forças Armadas, pois que estas, em certas circunstâncias, que seriam mesmo aquelas em que poderia ter competência a Justiça Comum, têm assegurado o foro da Justiça Militar (vide artigo 9º, II e §§1º. e 2º., da Lei 13.491/17). [\[1\]](#)

A aprovação de tal legislação foi produto de um fortíssimo “lobby” do setor militar perante o Poder Legislativo e Executivo. Observe-se que com a menção a tal “lobby”, não se pretende, de forma alguma, desmerecer as instituições militares, nem mesmo o conteúdo da legislação (não por esse motivo). Isso porque o “lobby” é um procedimento político legítimo na democracia, podendo ser exercido por qualquer pessoa ou grupo na defesa de seus interesses. Afinal:

“*Lobby* é uma palavra de origem inglesa e que significa ‘**antessala**’ ou ‘**salão**’, na tradução literal para a língua portuguesa. No entanto, este termo é comumente utilizado para **designar um grupo de pessoas**, físicas ou jurídicas, **que se organizam em**

torno de um objetivo em comum e tentam interferir nas decisões do poder executivo e legislativo para que estas coincidam com os seus interesses. Os *lobbys*, também conhecidos por grupos de pressão, são muito comuns no âmbito político. Teoricamente, são tidos como uma forma de debater e comunicar os interesses de determinados grupos sociais ou de interesse aos parlamentares ou executivos do governo. Quando utilizado de maneira transparente e saudável, o *lobby* pode ser uma importante ferramenta que garante os direitos civis e políticos dos grupos sociais. Aliás, está entre os deveres do cidadão influenciar e participar de maneira ativa nas decisões do legislativo, assegurando um equilíbrio e melhor qualidade de vida para todas as classes sociais e econômicas do país” (grifos no original). [2]

A questão é que na efusivas e festeiras manifestações dos setores militares, parece que há uma crença de que a Justiça Comum poderia ser prejudicial aos militares e que a justiça castrense lhes é alguma espécie de benefício ou ganho político ou de poder.

Realmente, considerando o aspecto geral da novel legislação, a modificação de competência concede aos militares a vantagem de serem julgados por seus pares, num apartado dos demais cidadãos em situações que não justificam tal privilégio, pois que se referem a atividades tipicamente civis, onde a horizontalidade das relações intersubjetivas deve imperar.

Contudo, observando um detalhe, ocorre um prejuízo de menor monta aos militares. Acontece que em todos os casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, para as quais seria aplicada a Lei 9099/95, com todos os seus benefícios, tais como “composição civil de danos”, “transação penal” etc., na Justiça Militar, haverá o impedimento de aplicação de qualquer dispositivo dessa legislação menos rigorosa. Isso por força do artigo 90 – A da Lei 9099/95. [3] Aliás, tal artigo foi incluído na Lei 9099/95 por pressão da própria Justiça Militar e setores militares, os quais eram contra os institutos

consensuais da Lei 9099/95, tendo em vista o “Princípio de Hierarquia” que rege o militarismo, daí surgindo a Lei 9.839/99 que incluiu na Lei 9099/95 o artigo 90 – A. [4]

Assim sendo, casos como os de Abuso de Autoridade, cuja pena máxima não ultrapassa 6 meses (Vide artigos 3º. e 4º. da Lei 4898/65) e lesão corporal culposa simples no trânsito (artigo 303, “caput” da Lei 9.503/07), dentre outras situações, não permitirão a aplicação aos militares dos benefícios da Lei 9099/95, o que não ocorreria na Justiça Comum, pois todo o trâmite se daria nos chamados “Juizados Especiais Criminais”.

Como se aponta no texto, foi apenas um “tirinho de menor potencial no pé”, eis que migraram para a Justiça Militar o homicídio (no caso das forças armadas) e vários crimes bem mais gravosos, sendo o maior exemplo a tortura. Mas, de qualquer modo, geralmente não é possível ganhar tudo em todos os aspectos.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes Militares Praticados Contra Civil – Competência de acordo com a Lei 13.491/17. Disponível em www.jus.com.br , acesso em 19.10.2017.

Notas:

[1] Sobre o tema já foram feitos comentários mais aprofundados por este autor: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes Militares Praticados Contra Civil – Competência de acordo com a Lei 13.491/17. Disponível em www.jus.com.br , acesso em 19.10.2017.

[2] SIGNIFICADO de Lobby. Disponível em <https://www.significados.com.br/lobby/> , acesso em 19.10.2017.

[3] Teor: “Artigo 90 – A – As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar”.

[4] Sobre a discussão antecedente e posição do STF pela possibilidade de aplicação da Lei 9099/95 aos militares antes da reforma da Lei 9099/95 pela Lei 9839/99, vide: GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 345.

No mesmo sentido, chamando a atenção para as decisões contrárias à posição do STF, antes da reforma, pelos Tribunais Militares, sempre rechaçando a Lei 9099/95 no âmbito castrense, vide também: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 418.

O RELATIVISMO JURÍDICO E A VISÃO DE MIGUEL REALE: UMA CRÍTICA À CIÊNCIA PURA DO DIREITO

KAMILLE NEVES FILGUEIRAS CABRAL DE SOUZA: Graduada em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), advogada especialista em Direito Administrativo.

Resumo: O presente artigo tem como escopo analisar as diferenciações entre as Teorias de Kelsen e as Teorias de Miguel Reale, através de uma luz crítica deste em relação aquele. Assim, observam-se as contribuições de cada um dos filósofos para a definição da ciência jurídica, de modo que num primeiro momento apresenta-se a Teoria Pura do Direito de Kelsen e, num segundo momento, trata-se da posição de Reale a respeito da norma jurídica e sua Teoria Tridimensional.

Palavras- chave: Teoria do Direito; Norma Jurídica; Definição; Hans Kelsen; Positivismo; Teoria Pura do Direito; Miguel Reale; Visão Culturalista; Dialeticidade; Teoria Tridimensional do Direito;

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. O DIREITO COMO CIÊNCIA; 3. O POSITIVISMO; 4. A TEORIA PURA DO DIREITO; 5. NORMA JURÍDICA; 6. CRÍTICAS; 7. CONCLUSÃO; 8. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto de análise a comparação entre a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, através de um viés crítico do jurista brasileiro em relação ao jurista austríaco. Nesta toada, tem-se uma visão histórica e epistemológica da Teoria do Direito de Hans Kelsen, buscando explicar o seu conteúdo, e, posteriormente, uma análise crítica deste estudo à luz da teoria de Reale.

Assim, percebe-se que o pensamento de Kelsen serviu de expoente para o reconhecimento da Direito como ciência autônoma e de influência para que novos autores formulassem novas teorias à respeito do que seria a Ciência do Direito. Logo, pode-se afirmar que Hans Kelsen proporcionou

ao Direito e ao pensamento jurista a cientificidade do âmbito positivista, o que veio a gerar a Teoria Pura do Direito.

Investido de receio em razão do momento histórico que vivenciava, foi de encontro aos preceitos jurídicos existentes naquela época, negando o sincretismo metodológico e mantendo seu estudo fincado na autonomia e independência do Direito, com o objetivo de purificá-lo. Ou seja, para ele, a Ciência do Direito tem como objeto a norma em si, de sorte que considerações políticas, sociais ou ideológicas são inúteis para sua classificação, atendo-se unicamente, por sua vez, ao âmago do “dever ser”.

Já o filósofo Reale, responsável pela criação da Teoria Tridimensional do Direito, foi em contraposição à toda ciência jus positivista, uma vez que para este, é impossível falar-se em norma sem que haja a análise de fato e de valor. Nesse diapasão, seu trabalho foi feito considerando o Direito sob um viés integral, de modo a relacionar a norma com o fato e o valor à luz do seio da vida.

Rechaça, por sua vez, a estaticidade da Teoria Pura do Direito ao reconhecer a necessidade de dialeticidade entre o mundo do ser e do dever ser. Sem embargo, afirma a importância das obras do filósofo austríaco, principalmente, no que tange a sua primordial contribuição para desenvoltura da Ciência do Direito no campo normativo.

2. O DIREITO COMO CIÊNCIA

Já no século XVI, surgiu uma necessidade de afirmação do direito como ciência. Através dessa necessidade, foram feitas tentativas de sistematização do “direito universal” e também um esclarecimento do termo *direito*.

Seguindo essa corrente de cientificação do direito, Jean Bondin, em 1576, definiu que o direito ainda não ensejara nenhuma exposição científica. Seu objetivo era suprir essa carência através da inserção de metodologia e doutrina. Trilhando o caminho deixado por Aristóteles, em torno de quatro causas principais, Bondin define quatro perguntas para gerar

um quadro de categorias gerais do direito: a causa formal, a causa material, a causa eficiente e a causa final do direito. Para conduzir tal investigação, não é necessário agregar o direito a conceitos da metafísica ou da teologia, mas deve ser científica e sistematizada (Goyard-Fabre 2002).

Junto com Bondin, outros eruditos compartilhavam essa idéia de cientificidade no século XVI, mas foi no século XVII que o projeto epistemológico de Grotius deu um passo gigante em direção do conceito de direito. Por saber que a assimilação tradicional entre o *jus* e o *justum*, e o conceito de direito, eram de certa forma ambíguos, Grotius examina o direito sob a ótica do “espírito da geometria” e busca, por meios demonstrativos, a evidência racional que deve terminar na inteligibilidade do universo jurídico^[1]. Grotius pretende depreender a noção de direito da vassalagem teológica: “O Direito seria o que é, mesmo que se concordasse [...] que não existe Deus, ou caso exista um, que ele não se interesse pelas coisas humanas”, logo, (Goyard-Fabre, 2002) o direito é ligado à razão humana e apenas uma análise realizada segundo os procedimentos dessa razão é capaz de trazer a compreensão do termo *direito*. Assim, quando Galileu proclama a autonomia das ciências da natureza, Grotius considera a independência do conceito de direito desde que atrelado a razão humana como sua fonte verdadeira. Ainda, segundo Goyard-Fabre (2002), Grotius introduz no seu famoso tratado sobre o *Direito da guerra e da paz*, argumentos favoráveis a autonomia racional do direito: a “ciência do direito” exige, para atingir plenamente seu conceito, definições exatas e uma ordem de exposição segura.

Nessa primeira tentativa de cientificar o direito, é possível estabelecer uma diferença entre direito e teologia, mas o direito ainda não se vê totalmente livre do “excedente semântico que lhe embaralha a noção”^[2]. Como o homem agora é o centro do palco e das suas ações, e não mais Deus, o conceito de direito é inserido numa cultura humanista e cientificista, mas não consegue separar-se do seu horizonte metafísico, o que apenas vai acontecer quando o direito consegue se desvencilhar da moral com Kant e Fichte. Os dois buscam através de estudos filosóficos, diferenciar direito e moral julgando um ser de foro externo ao indivíduo e por isso obrigatório e coercitivo; e o outro de foro interno e por isso sua

obrigatoriedade e coercibilidade estariam presentes apenas no ambiente da consciência do indivíduo.

Perante suas descobertas sobre a diferença entre direito e moral, Kant funda o positivismo jurídico e estabelece o direito como uma ciência de fato. É no positivismo que o direito encontra sua forma mais pura. É estudado apenas como dado estabelecido e não vinculado a nenhum tipo de valoração, seja ela de cunho moral ou teológico.

3. O POSITIVISMO

O positivismo jurídico pode ser definido como o ideologismo do positivismo filosófico aplicado ao ramo do direito (NADER, 1993). O positivismo filosófico floresceu durante o século XIX, quando o método experimental era amplamente empregado nas ciências da natureza. O positivismo pretendeu a aplicação do método experimental nas ciências sociais.

O positivismo jurídico, iniciado por Kant e desenvolvido por outros juristas, nada mais é do que a teoria do direito positivo. Ele se estabelece sobre duas bases fundamentais: o legiscentrismo estatal e a neutralidade axiológica dos do direito.

A teoria positivista do direito descreve o direito como independente de toda a problemática da sua constituição, apenas interessando para o estudo o que já foi “estabelecido” e o que implica na criação, pelo Estado, das leis são, justamente, os fatos sociais, que norteiam o legislador na criação das leis.

3.1 A BASE POSTIVISTA DE KELSEN

Hans Kelsen, um pensador do direito do século XIX, estava qualificado no diverso movimento denominado positivismo. A contribuição de Kelsen para a ciência do Direito foi fundamental para sua construção e consolidação. Kelsen, na busca do seu objeto de conhecimento jurídico, baseia-se em conceitos decorrentes da corrente positivista.

A sua doutrina é apresentada na A Teoria Pura do Direito, que reserva ao Direito um papel meramente descritivo, que sustenta assim um pressuposto do positivismo. Kelsen tinha pretensão de somente descrever as normas jurídicas existentes, retirando a tarefa de questionar a validade das mesmas. Mesmo com uma apresentação tão independente A Teoria Pura do Direito de Kelsen não deve ser vista como uma teoria sem pressupostos tem que se levar em consideração “a questão de se conceber o que pode ser objeto do conhecimento científico, a questão de se admitir ou de se negar que a razão alcança a realidade ou que esta se revela somente mediante os procedimentos de observação e de experimentação, a própria concepção do que constitui o dado da experiência assentam-se em postulados filosóficos”.

Dessa forma, uma determinada concepção científica do direito depende, previamente, de uma filosofia que se professe. Por isso afirmamos que a Teoria Pura do Direito depende de um sistema de filosofia que a sustenta. “Os seus alicerces estão assentados em pressupostos filosóficos que condicionam não somente a sua visão do direito, mas determinam, previamente, a própria concepção de ciência a que pode ser submetido o conhecimento jurídico”.^[3] A partir do positivismo, a doutrina elaborada por Hans Kelsen, cria sua identidade e sua base ideológica, proporcionando assim o desenvolvimento dos seus pensamentos a respeito da definição da ciência do Direito. Nas palavras do próprio Kelsen, o positivismo permeia suas ideias, não lhe interessando “os problemas de como deve ser ou de como se deve elaborar o direito. A sua, não é uma teoria de mera interpretação de normas jurídicas nacionais ou internacionais. Nem se preocupa em criar normas. Quer apenas conhecê-las”.

4. TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen fundou a Teoria Pura do Direito (1934), doutrina que se espalhou formando o que se chama a Escola Normativista, ou Escola de Viena e dividiu as águas dentro do campo jurídico. De um lado os kelsianos e de outro os que são contrários a teoria.

A teoria pura do direito reduz o entendimento do termo direito a um só elemento: a norma jurídica. Kelsen explica que o estudo do direito deve ser separado do campo do ser, pertinente às ciências sociais, e faz parte apenas do campo do dever-ser. Segundo essa teoria, a ordem jurídica formaria uma pirâmide hierarquizada, onde cada norma dependeria de outra até chegar na Norma Fundamental, que legitimaria todas as outras normas. O objeto da ciência do Direito seria o estudo da norma jurídica, despida de fatos e valores (NADER, 1993).

Ao contrário do que muitos pensam, Kelsen não renegava a importância dos fatos e nem dos valores, apenas pretendeu separá-los da norma dentro da linha de estudo do Direito. Para ele, as normas e valores eram objetos de estudo da sociologia e filosofia do direito respectivamente^[4]. Essa preocupação de diferenciar os campos, fundamenta-se na situação vivida pelo Direito quando Kelsen publicou sua teoria, nas palavras de Miguel Reale: “Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século, desfraldou a bandeira da teoria pura do direito, a Ciência jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios.”^[5]

4.1 A NORMA COMO OBJETO DO DIREITO

No prefácio de Kelsen da primeira edição do seu livro “A Teoria Pura do Direito”, ele pronunciou: “Desde o início, foi intenção minha alçar à altura de uma autêntica ciência, de uma ciência do espírito, a Jurisprudência ou a Ciência do Direito, que, aberta ou veladamente, se exauria quase por completo em raciocínio jurídico-político. Tratava-se de explicar não suas tendências, dirigidas à criação do direito, mas as investigações dirigidas, tão só, ao conhecimento do direito, abstração feitas a seus diversos aspectos, aproximando, tanto quanto possível, os resultados obtidos, do ideal de toda ciência, ou seja, a objetividade e a exatidão.

Essa doutrina pretendia apreender um objeto que, na tradição jurídica, é denominado como do Direito Positivo. Kelsen adotou essa ideologia positivista, rejeitando o Direito Natural, combatendo assim a metafísica, a razão e à religião. A Teoria Pura restringe o conhecimento aos

fatos e as leis que regem, ela reduz a expressão do Direito a norma jurídica, sendo assim, o objeto da Ciência do Direito, o estudo apenas da norma jurídica.

A teoria Pura do Direito procura identificar como relevante para a pesquisa jurídica a existência de uma norma jurídica, os efeitos de uma norma jurídica (a vigência) e a eficácia. “A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de factos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que acontece, mas sim um complexo de normas” ^[6]. Com isso se quer dizer que para Kelsen, a ciência do direito, não possui caráter vinculativo, sendo assim a decisão judicial ou administrativa é que determina o sentindo possível e admissível de uma norma jurídica a ser aplicado num caso concreto.

Kelsen é um pensador que transpõe o método das ciências naturais para a análise do Direito, acreditando que a metodologia era indispensável para se alcançar a objetividade que o conhecimento científico do fenômeno jurídico requer. Ele considerava a sua assumida pretensão de somente descrever as normas jurídicas existentes, como padrões de comportamento a serem aprendidos pelos cientistas do Direito, retirando destes a tarefa de questionar a própria validade dessas normas. O Direito descreve assim, o valorado como justo, pois não há a emissão de juízos de valor com relação ao conteúdo.

4.2 SER E DEVER SER

O método utilizado por Kelsen para estudar seu objeto esvazia os fenômenos jurídicos de qualquer elemento externo, como aspectos sociológicos, políticos, psicológicos ou éticos. Ele faz referência ao próprio caráter objetivo e autônomo da ciência do direito, que deve se conformar em descrever o seu objeto de uma forma neutra, sem se pronunciar acerca de seu conteúdo. Para isso, ele define a norma (objeto da ciência jurídica), distinguindo o mundo do dever- ser, do mundo do ser.

A estrutura da norma seria: Se A, deve ser B. As leis naturais, por sua vez, apresentariam a estrutura: Se é A, é ou será B. Pois segundo a

Teoria Pura do Direito, a norma jurídica é a “significação de um ato de vontade” através do qual uma determinada conduta é ordenada, autorizada, habilitada ou derogada. Portanto, a norma jurídica não se confunde com o ato de vontade que a instaura. Ela é um dever- ser, enquanto que o tal ato de vontade é apenas um ser. Neste sentido as normas jurídicas são “esquemas de interpretação” e a ciência do direito tem como papel lhe descrever, para isso Kelsen exemplifica em sua tese: alguns homens estão reunidos numa sala, pronunciando certas palavras e realizando gestos. Apenas do ponto de vista do direito, a interpretação desse esquema pela norma jurídica, podemos compreender que o que se passa é em uma assembleia.

O ser é, portanto, as coisas como são na prática da realidade humana, antes da Norma. E o dever ser, as coisas como devem didaticamente na realidade humana depois da norma. O direito tem por objetivo analisar os objetos enquanto fatos jurídicos, isto é, enquanto possuem uma significação normativa, logo as normas são dever ser.

4.3 A NORMA FUNDAMENTAL

No sentido mais geral, segundo Kelsen, norma significa que algo deve ser. Ela é caracterizada pelo sentido de um ato de vontade, onde o ato se encontra na esfera do ser e seu sentido ou significado na esfera do dever ser. A teoria Pura do Direito é uma espécie de teoria "realista" uma vez que a validade das normas é um fenômeno específico na esfera do dever ser.

As normas denominadas jurídicas diferenciam-se das normas morais e dos costumes por serem parte de um sistema, em que se houver violação da norma, prevê no final, uma sanção, ou seja, uma força organizada, especialmente uma pena ou uma execução. Existem diversas espécies de normas jurídicas, são elas as normas coercitivas, ou de conduta, as quais tem uma parte ordenadora, onde prescreve uma conduta, e uma parte sancionadora, já que, no caso de uma conduta inadequada, provem uma pena ou uma execução, as normas de autorização, ou normas produtoras do direito, nas quais o Direito regula a sua própria criação e execução, as normas derogativas, normas essas que possuem de maneira precisa o conteúdo para anular outra norma e se apoiam nas de autorização,

e por fim, as normas jurídicas de permissão, ou seja, normas que limitam ou derogam uma normas coativas.

A estrutura normativa, objeto da Ciência do Direito, apresenta-se hierarquizada, formando uma pirâmide a qual é apoiada em seu vértice. A norma mais importante é a constituição, seguida pela lei, pela sentença e por fim pelos atos de execução. Desta maneira, uma sentença, por exemplo, está baseada na lei, a qual, por sua vez, está apoiada na constituição. Acima da constituição encontra-se a Norma Fundamental, que pode ser uma revolução triunfante ou outra constituição anterior.

5. NORMA JURÍDICA

As normas jurídicas têm a função de sistematizar e descrever as normas jurídicas vigentes. Conhecer o Direito é conhecer as normas jurídicas em seu encadeamento lógico e sistemático. As normas jurídicas estão para o Direito de um povo, assim como as células para um organismo vivo. (NADER, 1993)

Normas são como padrões de conduta social os quais, para que a convivência em sociedade seja possível, são impostos pelo estado. As normas são determinações do comportamento individual que indicam como e quando agir. A norma se apresenta em uma estrutura una, na qual a sanção está integrada, está baseada no enunciado: “Se A é, B deve ser, sob pena de S”, em que “A” corresponde a uma situação, “B” a uma conduta que é exigida nessa determinada situação “A” e “S” a uma sanção a ser aplicada caso não ocorra o cumprimento de “B”.

5.1 CARACTERÍSTICAS

De acordo com Miguel Reale, o que caracteriza efetivamente uma norma jurídica é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.

Há, no entanto, algumas características que convergem a opinião de diversos autores, são elas:

- **Bilateralidade:** característica da norma de vincular duas ou mais pessoas, um sujeito está sempre vinculado a outro, atribuindo direitos a uma parte e deveres a outra.
- **Generalidade:** pois elas são as mesmas para todos, não há diferenças, todos são iguais perante a lei.
- **Abstratividade:** uma vez que visam atingir o maior número possível de situações, as normas jurídicas se referem a situações hipotéticas, abstratas.
- **Imperatividade:** Se refere ao caráter imperativo, impositivo das normas, não são um mero aconselhamento.
- **Coercibilidade:** é a possibilidade de uso da coação, a qual possui dois elementos, o psicológico, que exerce intimidação e temor por meio das penalidades previstas para a hipótese de violação das normas, e o material, ou seja, a força propriamente dita a qual é acionada quando a regra não é cumprida.
- **Exterioridade:** as normas vêm do Estado para o indivíduo, de fora para dentro.

5.2 CLASSIFICAÇÃO

As normas jurídicas são classificadas de inúmeras maneiras por diversos autores, algumas delas são quanto a fonte, ao âmbito de validade, a hierarquia e a sanção.

A classificação quanto à fonte, divide-se em normas legislativas, escritas, corporificadas nas leis, medidas provisórias ou decretos, normas consuetudinárias, normas não escritas, elaboradas espontaneamente pela sociedade e normas jurisprudenciais, criadas pelos tribunais.

A classificação quanto a âmbito de validade pode ser baseada no espaço, em gerais, as que se aplicam em todo o território nacional e locais, apenas à uma parte do território do Estado, no tempo, as de prazo indeterminado e de prazo determinado, no material, Direito público e Direito privado e no âmbito pessoa, genéricas, nas quais os preceitos se dirigem a todos que se achem na mesma situação, e individualizada, são normas de exceção.

A classificação quanto a hierarquia, se funda na ordem de subordinação existente entre as categorias, é dividida em: constitucionais, ordinárias, regulamentares e individualizadas.

A classificação quanto à sanção, por sua vez, divide-se em, perfeitas, as que preveem a nulidade do ato na hipótese de sua violação; mais que perfeitas, como aquelas que vão além da nulidade, implicando uma pena, no caso de violação; menos que perfeitas, estabelecendo apenas uma pena; e imperfeitas, quais sejam aquelas que não anulam o ato nem culminam em um castigo ao infrator.

6. CRÍTICAS

O positivismo jurídico é hoje uma teoria em decadência. Surgiu em oposição ao Direito Natural, com a visão de limitar o campo de observação e análise dos fatos concretos, reduzindo o significado humano. Os positivistas referem-se apenas ao materializado. Na teoria Pura do Direito, o jurista positivista Kelsen faz restrições na sua doutrina, isolando o fenômeno jurídico dos demais fenômenos sociais. Miguel Villoro Toranzo, afirma que não se deve restringir o relacionamento do Direito com outras ciências, “pelo contrário, nisso reside a grandeza da ciência jurídica em oferecer uma síntese humanista, sob o signo da justiça, sobre os diversos aspectos da conduta social humana”.

6.1 REALE

O embasamento lançado por Kelsen se opõe a um dos fundamentos inerentes à essência do próprio Direito: a regulação da matéria social. A ciência jurídica deve se ocupar na elaboração de uma racionalidade prática e mecanismos razoáveis de decisão com uma visão mais ampla e social, para não cair em um relativismo que o positivismo propõe. Miguel Reale (2009) explana essa questão:

Ora, é impossível focalizar-se o problema da funcionalidade de dever ser e ser, como assunto de Teoria do Direito, sem necessariamente se ultrapassar

a esfera da Lógica Jurídica, ou seja, sem se correlacionar o que está prescrito na norma jurídica in abstracto com o que ela efetivamente representa no plano concreto dos comportamentos humanos.

À margem desta questão, não é demais repetir duas observações fundamentais, que se completam: — é verdade que do mundo do ser não se pode passar para o dever ser, porque aquilo que é não se transforma naquilo que deve ser; a recíproca, porém, não é verdadeira, porque o dever ser, que jamais possa ou venha a ser, é sonho, é ilusão, é quimera, não é dever ser propriamente dito. Quando reconhecemos que algo deve ser, não é admissível que jamais venha a ser de algum modo. Um dever ser que nunca se realize parcialmente é uma abstração sem sentido. O que acontece, porém, é que, por outro lado, jamais o dever ser poderá converter-se totalmente em ser. Para que haja dever ser, é necessário que o ser jamais o esgote totalmente [...].

Para Reale o estudo jurídico possui uma forma tridimensional: a norma jurídica é a síntese integradora de fatos ordenados segundo valores distintos. Eles não só se inter-relacionam, mas dependem um do outro de forma dialética e dinâmica.

Sendo assim, enquanto alguns doutrinadores analisam o direito através de um viés jus positivista, Miguel Reale transcende tais limites, baseado no culturalismo jurídico, defendendo que direito não é apenas norma, indo, na verdade, muito além, pois esta ciência se compreende lastreada no mundo da cultura, falando-se, então, em resultado processual da idade histórica.

Nesta toada, para o referido jurista, há em sua filosofia o mundo do ser, que é a realidade social, tal e como se representa, e o do dever ser, o qual é a realidade social almejada. Assim, a sociedade caminha e o direito está constantemente tentando contemplar situações que ainda não foram

confeccionadas pelo legislador. Logo, a partir dessa informação, fala-se da interação entre fato, valor e norma, de modo que uma não existe sem a outra, não se podendo tratar de uma esfera sem falar das demais.

Ademais, cria a teoria da gênese da norma jurídica, através da qual preceitua que as normas não são produto apenas da vontade do legislador. Há um processo fenomênico, histórico e social que redundará na formação das normas através da junção do complexo axiológico, valorativo e fático. Ou seja, fala-se de normas no mundo jurídico, axiologia no mundo filosófico e valor no mundo social.

Assim, como dito alhures, surge o Tridimensionalismo, através do qual, o direito é analisado por meio de três dimensões. A primeira é a normativa, retratada pelo ordenamento; a segunda é a fática, considerando o direito uma realidade social, histórica e cultural; e a terceira é a axiológica, de sorte que o direito é compreendido através de valores. Por sua vez, todo fato social tem que ser entendido pelo ponto de vista desses três ordenamentos. Todo fato remete a um valor, e dessa interação surgem as normas que, por corolário, geram a lei.

Sendo assim, pode-se dizer que o Direito é integração de norma, fato e valor, pois nem todos os problemas da moralidade também são da legalidade. A visão Culturalista do direito acaba se distanciando do tecnicismo e do jus positivismo de Kelsen. Sem embargo, é importante destacar que Reale não se reduz a uma sociologia jurídica ou a uma filosofia moral. Direito não é filosofia ou sociologia, mas se faz a partir dessas duas esferas, da sua interação processual.

Nesse diapasão, Kelsen separa o ser e o dever ser, dividindo direito e ciência, lembrando a filosofia Kantiana. Já Reale unifica a razão e a realidade, criando uma visão fenomenológica e teórica do direito, e, neste sentido, lembra a filosofia de Friedrich Hegel, o qual se caracteriza por ser um dos grandes expoentes da dialética moderna.

Ante o exposto, diz-se que a visão tridimensional do direito é também uma visão dialética. Assim o é, pois parte-se do pressuposto que a dialética é composta de três etapas, quais sejam: a tese, a antítese e a

síntese. Da contradição da tese e da antítese, cria-se a síntese. Por consequência, usa-se a dialética no tridimensionalismo de Real, visto que a partir da integração entre fato e valor é que se origina a norma. Ou seja, o direito se dá através da relação entre essas três dimensões.

Na dialética nada permanece estático, imóvel, tudo está em movimento. Logo, com os choques aparecem os movimentos sucessivos. Da mesma forma entende Reale ao tratar da Processualidade Histórica, a qual tem o direito como ciência em constante movimento.

Curial ressaltar que, apesar das semelhanças entre a dialética de Hegel e a de Reale, há contrapontos entre estas, uma vez que, para o primeiro, o resultado da contradição de teses opostas, originando a síntese, sempre implicará na superação de um posicionamento. Já para Reale, os opostos não se excluem, mas acabam se integrando a partir de uma complementariedade e essa junção feita por ele, entre conhecimento e realidade gera uma ontognoseologia, e assim, o ser “onto” e o conhecer “gnoseologia”, devem se integrar constantemente nessa dialética.

Neste sentido, leciona o respectivo jurista:

A integração de três elementos na experiência jurídica, o axiológico, o fático e o técnico formal revelam-nos a precariedade de qualquer compreensão do direito isoladamente como fato, valor ou norma, e, de maneira especial, o equívoco de uma compreensão do direito como pura forma suscetível de albergar com total indiferença as infinitas e conflitantes possibilidades dos interesses humanos. Sendo o direito um bem cultural, nele há sempre uma exigência axiológica atualizando-se na condicionalidade histórica, de maneira que a objetividade do vínculo jurídico está sempre ligada às circunstâncias de cada sociedade, aos processos de opção ou de preferência entre os múltiplos caminhos que se entrecruzam no momento de qualquer realização de valores, pois se assim no âmago da experiência jurídica problemática

do poder, que procura segurar por todos os modos, inclusive, pela força física a realização do direito. (REALE, 2013, p.128)

7. CONCLUSÃO

Na tentativa de afirmar o direito como ciência, e baseado no positivismo filosófico que perdurava na época, Hans Kelsen formula sua Teoria Pura do Direito: a autonomia da Ciência do Direito só se alcança isolando o jurídico do não jurídico.

Sendo assim, o Direito estaria afastado das demais ciências e sua caracterização se limitaria a apenas o estudo da norma jurídica. Com isso, Kelsen reduz o racionalismo a um relativismo do positivismo, apresentando assim uma postura unilateral. Porém, tal positivismo não se manteve íntegro, pois o ordenamento jurídico foi usado como escusa para que muitas atrocidades fossem cometidas no período da Segunda Guerra Mundial. Sem embargo, passou-se a indagar que, de fato, se não houve violação ao direito, algo externo a este o foi, fazendo surgir novas teorias a respeito desta ciência.

Neste sentido, entende Reale que a ciência jurídica vai além de uma teoria meramente racional e lógica, estando intimamente vinculada à realidade cultural e aos valores de determinada sociedade. Desta forma, as normas surgem através de um processo em que o Estado é condicionado por um conjunto de fatos e valores. Isto é, enquanto para Kelsen o Direito deve ser analisado com base nele mesmo, para Reale, a referida ciência decorre de um processo existencial estabelecido entre o indivíduo e a coletividade em que está inserido.

Por fim, cumpre observar que apesar da Teoria Pura do Direito não mais ser aplicada na sua integralidade, foi de essencial relevância para definição da ciência do Direito. Logo, deve-se reconhecer e atribuir a Kelsen a magnitude de suas contribuições, todavia, é inegável que a proposta realeana se mostra mais adequada à vida do direito. Sendo assim, o ambiente jurídico deve versar a respeito de sua realidade para que possa

ter respostas aos problemas que venham a surgir, razão pela qual, resta claro que a normatividade jurídica não pode ser analisada como única fonte a ser compreendida pelos estudiosos do Direito.

8. REFERÊNCIAS

Billier, Jean-Cassien; Maryoli, Aglaé. História da Filosofia do Direito. Trad. Maurício de Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. Os Fundamentos da Ordem Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução por BERLINER, Cláudia.

Gusmão, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 33ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

L. KUNZ, Josef. La Teoría Pura del Derecho, Editora Nacional, México, 1974.

MARÍAS, Julián. História da Filosofia. Porto: Ed. Sousa & Almeida, 1959.

Nader, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Reale, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

Reale, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

NOTAS:

^[1] Grotius, Droit de la guerre et de la paix, tradução por Goyard-Fabre, Simone. 2002

^[2] GOYARD-FABRE, Simone. 2002. Os fundamentos da ordem jurídica. Martins fontes, pág. XXIV.

^[3] MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Op. cit., p. 46

^[4] Josef L. Kunz, La Teoría Pura del Derecho, Editora Nacional, México, 1974.

^[5] Miguel Reale, Filosofia do Direito, ed. cit, vol.2, p. 401.

^[6] Larenz, Metodologia da ciência do direito, 1997, pg.82

MUNICÍPIOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO PROCESSO DE FRAGMENTAÇÃO TERRITORIAL E OS EFEITOS DO PROJETO DE LEI Nº 199/2015 NO ESTADO DA BAHIA

GERLAYNE MEDEIROS BARROS BORGES:

Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE).

RESUMO: A história brasileira registra diversos momentos de crescimento desenfreado do seu número de municípios. Para conter esse fenômeno, o legislador editou norma infraconstitucional que tornou mais rígido o processo de criação de municípios, mediante exigência de estudos de viabilidade e edição prévia de Lei Complementar Federal que estabeleça o lapso temporal para a fragmentação desses territórios, sob pena de nulidade. Com o fim de tornar possível a retomada do processo emancipatório, o Congresso Nacional editou inúmeros projetos de lei complementar regulamentando a matéria, todavia sem êxito até o momento. O presente trabalho, portanto, tem a finalidade de abordar o processo emancipatório brasileiro, sob os aspectos histórico e procedimental, analisando os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e seus reflexos sobre o Estado da Bahia.

Palavras-Chave: Municípios. Emancipação. Criação. Fusão. Incorporação. Desmembramento. Bahia.

ABSTRACT: *Brazilian history records several moments of unbridled growth in its number of municipalities. In order to contain this phenomenon, the legislator issued an infraconstitutional norm that made the creation of municipalities more rigid, requiring feasibility studies and previous edition of the Federal Complementary Law that establishes the time span for the fragmentation of these territories, under penalty of nullity. With the purpose of making it possible to resume the emancipatory process, the National Congress has issued numerous bills of complementary legislation regulating the matter, however unsuccessfully so far. The present work, therefore, has the purpose of approaching the Brazilian emancipatory process, under the historical and procedural aspects, analyzing the bills in process in the National Congress and its reflections on the State of Bahia.*

Keywords: *Counties. Emancipation. Creation. Incorporation. Dismemberment. Bahia.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breve histórico dos municípios nas constituições brasileiras; 3 O processo de criação de municípios antes e depois da CF/88; 4 A Emenda Constitucional nº 15 de 1996; 5 Do atual processo de criação de municípios; 5.1 Da necessidade de Lei Complementar Federal; 5.2 Da ausência de Lei Complementar Federal e conseqüente criação de municípios putativos; 5.3 Dos procedimentos necessários à criação de novo ente federativo; 5.4 Os “bastidores” do Processo Legislativo para fragmentação de municípios; 6 Projetos de Lei para elaboração de LC Federal e promoção à criação de novos entes federativos municipais; 6.1 Razões para a fragmentação dos territórios; 6.2 Finalidades “mascaradas” para criação de novos municípios; 6.2.1 Mas o que é o Fundo de Participação dos municípios (FPM)?; 6.3 Os vetos presidenciais; 6.4 Impacto do PLS nº 199/2015 na Bahia; 6.4.1 Na hipótese de aprovação do Projeto de Lei Complementar, quantas novas unidades federativas seriam criadas, no âmbito do Estado da Bahia?; 6.4.2 Despesas administrativas provenientes dos novos entes federativos; 7 Considerações Finais; 8 Referências.

1. Introdução

Os municípios brasileiros foram marcados, ao longo da história, por diversos ganhos e retrocessos no tocante ao seu reconhecimento como ente federativo integrante da organização político-administrativa do Brasil, bem como quanto a sua autonomia administrativa, política e econômica.

Paralelo a essas modificações, foram efetivadas inúmeras emancipações que ampliaram significativamente o quadro de unidades político-administrativas municipais.

A criação acelerada e desordenada de municípios despertou a preocupação governamental, fazendo com que fossem adotadas medidas para obstaculizar o processo emancipatório.

Para tanto, o legislador determinou a observância de novas regras para a fragmentação dos territórios municipais, notadamente quanto à exigência de Lei Complementar Federal que determine o período em que poderão tramitar os processos de emancipação.

Passados mais de 20 anos de tal exigência e estando a legislação brasileira ainda carente de regulamentação quanto à matéria (apesar dos inúmeros projetos de lei apresentados pelo legislativo federal), surge a necessidade de estudo acerca do tema.

A fragmentação de territórios, através da criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios tem despertado, ultimamente, diversas discussões nos meios políticos, administrativos e acadêmicos, de modo que o presente estudo se debruçará sobre os aspectos histórico e procedimentais desses processos com a finalidade de identificar as finalidades e consequências de sua implementação.

A partir da análise, traçaremos um ponto de equilíbrio entre os benefícios e malefícios advindos da fragmentação territorial, atentando para novas possibilidades de atender aos anseios das populações afetadas, sem comprometer a viabilidade política, econômica e social das respectivas localidades.

2. Breve histórico dos municípios nas constituições brasileiras

Os municípios são considerados, atualmente, como unidades federativas integrantes do Estado Brasileiro e dotadas de autonomia financeira, administrativa e política, mas nem sempre foi assim.

Inicialmente, com o advento da primeira constituição, em 1824, quando o Brasil vivia, ainda, sua fase imperial, as províncias centralizavam em si o poder administrativo, econômico e político dos municípios, de modo a restringir a autonomia destes. O art. 167 da referida constituição dispôs sobre a criação de câmaras vinculadas à Administração Municipal, o que representou um ganho para os municípios. Tal dispositivo, no entanto, recebeu a complementação da Lei nº 01/1828 que, em seu art. 24, determinava que as funções das câmaras municipais seriam meramente

administrativas, o que fazia dos municípios entes subordinados às províncias e ao império e sem autonomia ou gerência sobre seus próprios interesses.

Em 1891 foi promulgada a segunda Constituição Brasileira que determinou, em seu art. 68, uma pseudoautonomia dada aos municípios, a saber: “os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeito ao seu peculiar interesse”. Tal dispositivo evidenciou a prerrogativa dada aos Estados para intervirem em assuntos de competência dos municípios e deu margem a questionamentos acerca de quais matérias seriam consideradas de “peculiar interesse municipal”.

Por mais de 40 anos os municípios permaneceram menosprezados e subordinados aos interesses políticos das províncias, todavia surgiu com a Revolução de 1930 uma nova ordem política no Brasil. A Era Vargas foi responsável pela promulgação da terceira constituição brasileira, a Constituição de 1934, que destituiu parte das competências dos estados sobre os municípios e determinou o reestabelecimento da forma federativa de organização estatal, de modo que as competências foram redistribuídas entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, devolvendo a autonomia aos municípios em relação a matérias específicas de seu interesse. Foi, portanto, um marco na retomada da autonomia municipal.

Em 1937, contudo, ocorreu um golpe de estado responsável pela criação do Estado Novo e da edição da Constituição de 1937. Nesse novo regime de organização estatal que durou até 1945, o poder estava centralizado na figura do presidente da República e ditador Getúlio Vargas, não mais subsistindo a autonomia dos municípios, nem sequer quanto a eletividades dos prefeitos, conforme disposição de seu art. 27: “o prefeito será de livre nomeação do governador do Estado”.

Passado o período do Estado Novo, foi instituída uma Assembleia Constituinte incumbida da edição da quinta constituição brasileira, tendo sido, durante a elaboração do respectivo texto constitucional, levantada a discussão acerca da autonomia municipal.

A Constituição de 1946 representou significativo avanço para a autonomia dos municípios, todavia esse ganho não foi absoluto. Segundo o art. 28, §§ 1º e 2º, da referida Carta Magna, permaneceriam sob a competência dos Estados ou Territórios a nomeação dos prefeitos das capitais e dos municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União e dos municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País.

Apesar da autonomia parcial dos municípios, a Constituição de 1946 trouxe, ainda, um ganho para os municípios no que tange à repartição de receitas entre os entes federativos, com a qual os municípios fariam jus a 10% da arrecadação do imposto de renda que, até então, estava sob competência da União. Ocorre que essa determinação legislativa não foi acatada pelos Estados e pela União e os municípios mantiveram-se numa situação de hipossuficiência.

Não obstante a Constituição Brasileira de 1946 ser considerada, até então, uma das mais significativas para os municípios, a autonomia destes não atingiu sua plenitude em razão da obrigatoriedade de leis estaduais e federais para dispor sobre matérias de caráter financeiro, administrativo e político municipais.

Com o início do governo militar, houve a elaboração da Constituição de 1967 seguida da Emenda Constitucional nº 01/1967, que significou um retrocesso para o desenvolvimento e autonomia dos municípios, concentrando novamente os poderes nas mãos do Poder Executivo Federal.

Por fim, temos a atual Constituição Federal de 1988 que, nas palavras de Felisbino (2012), “representou um marco no processo de descentralização política no Brasil, ao reconhecer os municípios como entes da federação e ao atribuir-lhes maiores competências.”

Logo no art. 1º do texto constitucional, o legislador dispõe sobre a forma federativa do Brasil e integra os municípios como entes federativos autônomos, conforme corrobora o art. 18:

“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.” (grifo nosso).

A Carta Magna de 1988 ratificou a autonomia concedida aos entes municipais em diversos dispositivos seus, a exemplo dos artigos 29 a 31, os quais dispõem sobre a competência municipal para elaboração de Lei Orgânica própria.

Diante de todo exposto, vemos que os municípios brasileiros passaram por um longo processo de readaptação desde 1824 até a promulgação da Constituição de 1988. Atualmente, contudo, segundo Cupertino, “o município se torna um ente federado pleno, com competência legislativa, autonomia financeira e administrativa e, sobretudo, poder político”, o que faz dele um ente cada vez mais atrativo e forte.

3. O processo de criação de municípios antes e depois da CF/88

O processo emancipatório municipal experimentou significativas oscilações no decorrer da história brasileira. Houveram períodos de expressivo crescimento do número de emancipações, destoando de outros marcados pela estagnação.

Durante o período compreendido ente 1940 e 1970 , foram criados 2.378 novos entes federativos municipais, mais que duplicando o quadro existente em 1940 que era de 1.574. Acerca das razões que ensejaram esse fenômeno, MELLO apud FERRARI (2016, pág. 57) faz a seguinte observação:

“Uma causa da onda emancipacionista que se verifica no Brasil a partir da década de 1940 está no sistema de tributos partilhados, o qual favorece sobretudo os municípios mais pobres, através do FPM. Quando foi introduzido pela Constituição de 1946, as cotas eram iguais para todos os Municípios.

*Assim, os Governos Estaduais estimulavam a criação de novos Municípios para atrair mais recursos do Governo Federal para o Estado”.
(MELLO, 1971)*

Na década de 70, com a edição da Lei Complementar nº 01 de 1967, houve uma estagnação no processo de criação de municípios em razão das restrições trazidas pelo texto legal. Vejamos:

“Art. 1º – A criação de Município depende de lei estadual que será precedida de comprovação dos requisitos estabelecidos nesta Lei e de consulta às populações interessadas.

Parágrafo único – O processo de criação de Município terá início mediante representação dirigida à Assembleia Legislativa, assinada, no mínimo, por 100 (cem) eleitores, residentes ou domiciliados na área que se deseja desmembrar, com as respectivas firmas reconhecidas.

Art. 2º – Nenhum Município será criado sem a verificação da existência, na respectiva área territorial, dos seguintes requisitos:

I – população estimada, superior a 10.000 (dez mil) habitantes ou não inferior a 5 (cinco) milésimos da existente no Estado;

II – eleitorado não inferior a 10% (dez por cento) da população;

III – centro urbano já constituído, com número de casas superior a 200 (duzentas);

IV – arrecadação, no último exercício, de 5 (cinco) milésimos da receita estadual de impostos.

§ 1º – Não será permitida a criação de Município, desde que esta medida importe, para o Município ou Municípios de origem, na perda dos requisitos exigidos nesta Lei.

§ 2º – Os requisitos dos incisos I e III serão apurados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o de no II pelo Tribunal Regional Eleitoral do respectivo Estado e o de número IV, pelo órgão fazendário estadual.

§ 3º – As Assembleias Legislativas dos Estados requisitarão, dos órgãos de que trata o parágrafo anterior, as informações sobre as condições de que tratam os incisos I a IV e o § 1º deste artigo, as quais serão prestadas no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data do recebimento.

Art. 3º – As Assembleias Legislativas, atendidas as exigências do artigo anterior, determinarão a realização de plebiscito para consulta à população da área territorial a ser elevada à categoria de Município.

Parágrafo único – A forma da consulta plebiscitária será regulada mediante resoluções expedidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais, respeitados os seguintes preceitos:

I – residência do votante há mais de 1 (um) ano, na área a ser desmembrada;

II – cédula oficial, que conterà as palavras “Sim” ou “Não”, indicando respectivamente a aprovação ou rejeição da criação do Município (BRASIL, 1967).”

A partir de 1980, contudo, o processo de fragmentação de municípios foi retomado de forma moderada, sendo justificada pela degradação do

regime militar e no desrespeito à legislação em vigor, conforme afirma TOMIO apud FERRARI (2016, pág. 59):

“Na segunda metade da década de 1980, devido ao que parece ter sido uma crise de legitimidade das instituições geradas no governo militar, muitos municípios foram criados desrespeitando a legislação vigente. A eficácia jurídica da Lei Complementar Federal (LC) 01/67 só ficou caracterizada quando a emancipação de algum destes municípios foi objeto de disputa judicial. Nos casos em que o processo tramitou sem recurso judicial, os municípios foram criados (TOMIO, 2002, p. 65).”

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, trouxe inúmeras transformações no cenário político-administrativo do país, notadamente quanto a descentralização política que transferiu para os Estados-membros a competência para criar municípios, segundo condições e critérios estabelecidos em lei complementar estadual.

Visto que a exigência trazida pelo texto constitucional originário para fins de criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios era basicamente a consulta pública às populações diretamente interessadas e a regulamentação mediante lei complementar estadual, a partir da promulgação da atual Constituição, várias leis complementares foram editadas pelos estados para fins de regulamentar da fragmentação dos entes federativos municipais. No Estado da Bahia, especificamente, foi criado a Lei Complementar nº 01/1989 estabelecendo o requisito de, no mínimo, 12.541 habitantes para que pudesse ser procedida a criação de municípios. Já em 1990 foi editada a lei complementar de nº 02, alterando para 8.000 a quantidade mínima de habitantes para que um distrito pudesse emancipar-se. Em outros estados, todavia, tal exigência foi bastante mitigada, a exemplo dos estados Maranhão e Amapá que estabeleceram um mínimo populacional de 1000 e 948 habitantes, respectivamente.

Nesse sentido, a autonomia estadual para regulamentação e decisão política com relação às emancipações municipais foi responsável pelo ritmo acelerado na criação de novos municípios, uma vez que reduziu demasiadamente os requisitos legais do processo, de modo que a maioria dos novos entes federativos criados no período de 1988 à 1996 não atenderiam às exigências da legislação anterior, conforme artigo 2º da Lei Complementar nº 01 de 1967. Antes, quando era privativa à União a responsabilidade pela criação de novos entes federativos, poucos distritos estavam aptos a se emanciparem.

Segundo dados do IBGE, em janeiro de 1988 o Brasil possuía 4.177 municípios instalados, enquanto que em 1996 já eram 4.974 municípios instalados e mais 533 aguardando instalação. Por fim, em janeiro de 1997 foram concluídos os processos de instalação pendentes, perfazendo um total de 5.507 municípios.

4. A Emenda Constitucional nº 15 de 1996

Em face desse desenfreado surgimento de novos municípios, muitos deles criados para atender a interesses ilegítimos e sem capacidade administrativo-financeira para se tornarem independentes, uma vez que não dispunham de receita própria compatível com as demandas para sua autossustentabilidade, tornou-se necessária a adoção de medidas para obstaculizar o processo. Para tanto, foi editada, em 12 de setembro de 1996, a Emenda Constitucional nº 15 instituindo requisitos mais rígidos e específicos a serem obedecidos nos procedimentos acerca da fragmentação dos entes municipais.

A alteração constitucional supracitada trouxe a exigência de uma lei complementar federal para estabelecer o período em que poderão ser admitidos os processos emancipatórios, bem como determinou a elaboração e publicação de estudos de viabilidade municipal, na forma da lei.

Há divergências de entendimento acerca da esfera legislativa responsável pela edição da lei que disporá sobre os estudos de viabilidade municipal. Há quem diga que seja ela uma lei ordinária estadual, todavia, seguindo a lógica de que tal regra surgiu da necessidade de restringir a

autonomia estadual sobre o processo emancipatório, não parece razoável que seja dela a competência para regulamentar esse requisito. Ainda nesse sentido, se analisarmos o texto constitucional veremos que todas as vezes que a Constituição desejou fazer menção à esfera estadual, o fez explicitamente. Cabe, portanto, a interpretação de que a elaboração e publicação dos estudos de viabilidade municipal serão regidos por lei ordinária federal.

5. Do atual processo de criação de municípios

Atualmente, o processo de fragmentação territorial dos municípios brasileiros rege-se pelo art. 18, § 4º, da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

“A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações nos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.”

Para uma melhor compreensão desse dispositivo, faz-se necessário o devido esclarecimento acerca do significado das terminologias utilizadas aplicadas ao contexto fático:

- I. **Criação de município** é a emancipação de distritos de um ou mais municípios com sua elevação à categoria de pessoa jurídica de direito público interno, através da outorga de autonomia, por lei estadual. É o surgimento de um novo município, a exemplo de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, criado através da Lei Estadual nº 7.619/00. O instituto da criação é derivado do desmembramento.
- II. **Desmembramento** ocorre quando um município cede parte de seu território para formar outro ou para se anexar a um município já existente. O território cedido permanece existindo, podendo ocorrer, na maioria dos casos, a criação de um novo ente municipal. Como

exemplo, podemos citar o município de Bonito, no Estado da Bahia, que elevou-se à categoria de pessoa jurídica de Direito Público Interno, dotado de autonomia, a partir de seu desmembramento do município de Utinga, através da lei estadual nº 5.021/1989.

- III. **Incorporação** ocorre quando um município se agrega a outro, deixando de existir e tornando-se componente daquele. O município incorporado é extinto e perde sua personalidade, subsistindo, apenas, a personalidade jurídica do município incorporador. Tal instituto foi aplicado ao município de Santo Amaro, no estado de São Paulo, que, por meio do Decreto Estadual nº 6.983 de 1935, foi extinto e teve seu território incorporado ao Município de São Paulo.
- IV. **Fusão** diferencia-se da incorporação, uma vez que é a união de dois ou mais municípios que se incorporam geograficamente, formando um novo, diferente dos demais. Neste caso, ambos municípios fusionados deixarão de existir e perderão suas respectivas personalidades jurídicas. O novo município, por sua vez, terá personalidade própria.

5.1. Da necessidade de Lei Complementar Federal

O art. 18, § 4º, da CF/88 dispõe sobre a necessidade de lei complementar federal que regulamente o período passível de implantação de procedimentos emancipatórios.

Trata-se, o dispositivo em apreço, de norma constitucional de eficácia limitada, uma vez que depende de lei infraconstitucional para produzir seus plenos efeitos. Nas palavras do professor Pedro Lenza (2016, pág. 544), “toda lei estadual que criar Município sem a existência da lei complementar federal estará eivada de inconstitucionalidade.”

A limitação de sua eficácia se deu com o advento da Emenda Constitucional nº 15/1996 que determinou a obrigatoriedade de norma federal prévia estipulando o período para elaboração dos procedimentos necessários à criação de novas unidades político-administrativas.

Desde a EC nº 15/1996, o poder legislativo federal se mostrou omissivo diante da exigência de edição da lei complementar prevista no texto

constitucional. Assim sendo, desde então não pode haver a criação de nenhum outro município no Brasil, sob pena de inconstitucionalidade.

5.2. Da ausência de Lei Complementar Federal e consequente criação de municípios putativos

Ocorre que, diante da mora legislativa, inúmeros municípios foram criados em afronta à disposição constitucional, a exemplo do município de Luiz Eduardo Magalhães, no Estado da Bahia, instituído através da lei estadual nº 7.619/00.

Como consequência, diversas ações foram ajuizadas no sentido de declarar a inconstitucionalidade (e, portanto, nulidade) das leis estaduais que criaram municípios sem observância da falta de Lei Complementar Federal regulamentando a matéria.

O STF, em resposta, a fim de assegurar a ordem política e o Princípio da Segurança Jurídica, declarou a inconstitucionalidade de tais leis, mas não se pronunciou pela nulidade dos atos.

Segundo Eros Grau, Ministro do Supremo Tribunal Federal e Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/2007, a criação do Município de Luiz Eduardo Magalhães consiste em uma situação excepcional, que, apesar de não positivada no direito, deve ser acatada em razão de sua irreversibilidade fática. Vejamos:

“Ocorre que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as consequências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.” (ADI nº 2.240 de 2007, pág. 30).

Na tentativa de regularizar a situação dos municípios criados irregularmente após 1996, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 57/2008 que acrescentou ao ADCT o art. 96 com a seguinte redação: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”.

Ressalte-se que essa “flexibilização” do dispositivo constitucional apenas será aplicada aos casos de leis publicadas entre o início de vigência da EC nº 15/96 e o último dia do ano de 2006. Logo, toda e qualquer lei criadora de municípios publicada a partir do dia 1º de janeiro de 2007 estará eivada de inconstitucionalidade, se ainda não cumprido o requisito da Lei Complementar Federal.

Surge, então, a figura dos municípios putativos, que apesar de não existirem juridicamente, deverão, com base na teoria da boa-fé e nos princípios da reserva do impossível, continuidade, força normativa e segurança jurídica, continuar a existir e repercutir seus efeitos jurídicos como se criado com base na norma constitucional.

Diante disso, levanta-se a discussão acerca da possibilidade desse precedente ser utilizado para futuras violações ao parágrafo 4º, artigo 18, da Constituição Federal.

5.3. Dos procedimentos necessários à criação de novo ente federativo

Superada a exigência de lei complementar federal estipulando o período, bem como o procedimento para criação, incorporação, fusão ou desmembramento dos entes federativos municipais, deve-se prosseguir para elaboração e divulgação do Estudo de Viabilidade Municipal, seguido de plebiscito com toda a população interessada e, por fim, a edição e aprovação da lei estadual.

A exigência de Estudo de Viabilidade Municipal prévio à consulta plebiscitária surgiu com a EC nº 15/1996 como instrumento utilizado pelo

constituente reformador para dificultar e conter o desenfreado surgimento de novos municípios. Além dessa finalidade, objetiva o exame e a comprovação da existência das condições mínimas que permitam a consolidação e desenvolvimento dos municípios envolvidos.

Os Estudos de Viabilidade Municipal deverão abordar aspectos relativos à viabilidade econômico-financeira, político-administrativa, socioambiental e urbana do município a ser criado e dos demais entes afetados. Somente será possível a fragmentação dos territórios, se todos, separadamente, se mantiverem autossuficientes e viáveis.

Sendo favorável a conclusão do Estudo de Viabilidade Municipal, o processo emancipatório segue para consulta às populações interessadas para aprovarem ou não a fragmentação de seus territórios. Nesse sentido, devemos atentar para a necessidade de consulta às populações de todos os municípios envolvidos e não só da área a ser desmembrada.

Quanto aos aspectos formais do ato, “o plebiscito destinado à criação, à incorporação, à fusão e ao desmembramento de Municípios, será convocado pela Assembleia Legislativa, de conformidade com a legislação federal e estadual”, conforme art. 5º da Lei nº 9.709/98.

Cumpridos os requisitos da comprovação da viabilidade municipal e aprovação do ato pelas populações interessadas, e tendo todo esse processo tramitado dentro do período preestabelecido por lei complementar federal, a Assembleia Legislativa do Estado poderá, então, editar lei (estadual) declarando a criação, incorporação, fusão ou desmembramentos dos municípios. Esta lei estadual será a “certidão de nascimento” do município.

5.4. Os “bastidores” do Processo Legislativo para fragmentação de municípios

Vimos, até agora, os aspectos regulamentares dos processos emancipatórios, todavia não devemos desprezar o que se passa nos seus “bastidores”, uma vez que são extremamente determinantes para seu sucesso ou não.

O processo decisório para criação de novos municípios é determinado pela atuação de atores políticos de variados níveis federativos, indo desde chefes do Poder Executivo e legisladores até eleitores de pequenas localidades, cada qual atuando conforme competências e interesses particulares.

A princípio, existem as lideranças políticas locais que atuam sob a justificativa de ampliar a oferta de recursos fiscais e a autonomia política do distrito emancipando, mas que, em sua maioria, também possuem interesses pessoais, como a obtenção de popularidade e de futuros possíveis eleitores. Segundo TOMIO (2000, pag. 04):

“(...) a estratégia dessas lideranças em relação aos outros atores seria: a) com os eleitores locais, mobilizá-los para que cooperem, votando favoravelmente no plebiscito e auxiliando na pressão sobre a representação política; b) com os deputados estaduais: (i) quando não houver necessidade de subscrição de um deputado ao requerimento para realização do plebiscito e/ou ao projeto de lei de criação do município, pressão sobre os membros da assembleia para que votem favoravelmente, com ameaças de retaliação eleitoral; e (ii) quando a subscrição de um parlamentar for necessária, promessa de recompensa de votos ao deputado que apadrinhar a iniciativa emancipacionista.”

Há também a população votante das localidades envolvidas no processo de emancipação que deverão se manifestar em plebiscito.

Os deputados estaduais, por sua vez, são fundamentais para o processo legislativo acerca da emancipação de municípios, uma vez que participam de todas as fases do processo e possuem poder para nele intervir. Segundo TOMIO (2000, pág.04), a motivação de suas decisões é, na maioria deles, egoísta, de forma que “cada deputado definiria sua estratégia e escolheria o que maximiza sua chance de reeleição parlamentar ou de ocupação de outros cargos políticos”.

Por fim, o chefe do executivo poderá intervir no processo emancipatório através do exercício do veto governamental, podendo deferir ou indeferir as emancipações municipais. Sua aprovação poderá ter motivações diversas: eleitorais, atendendo a uma estratégia clientelista; para manter a coalizão de seu governo com os aliados legislativos; bem com por interesses político-ideológicos.

Todos os personagens envolvidos são essenciais para o processo de fragmentação dos territórios municipais, devendo agir em observância às reais necessidades e potencialidades da localidade e se desprendendo de interesses particulares, sob pena de causar prejuízo irreparável a macrorregião sob os aspectos político, administrativo e econômico.

Ressalte-se que essa análise acerca das motivações dos atores políticos não se estende à totalidade, devendo sempre resguardar as exceções.

6. Projetos de Lei para elaboração de LC Federal e promoção à criação de novos entes federativos municipais

O Congresso Nacional, nos últimos anos, tem editado e aprovado diversos projetos de leis complementares regulamentando o período e procedimento para emancipações municipais, todavia todas as tentativas foram frustradas pelo veto da então presidente, Dilma Rousseff. Já foram objeto de análise legislativa, dentre muitos outros, os projetos PLS nº 98/2002, PLP nº 416/2008, PLS nº 104/2014, PLS nº 199/2015 e PLP nº 137/2015.

O Projeto de Lei de iniciativa do Senado nº 199/2015 de autoria do Senador Flexa Ribeiro, que não mais é que uma cópia do projeto apresentado anteriormente pelo senador Mozarildo Cavalcanti (PLS 104/2014), vetado integralmente, tem por objetivo normatizar e tornar possível o processo emancipatório de municípios e determina como principais requisitos:

- Apresentação, na Assembleia Legislativa, de um pedido assinado por 20% dos eleitores residentes na área geográfica diretamente afetada,

quando se tratar de criação ou desmembramento; ou subscrição de 3% dos eleitores residentes em cada uma das cidades envolvidas, no caso de fusão ou incorporação;

- Estabelecimento de um limite mínimo de população, de acordo com perfil das regiões brasileiras. Assim, apenas estariam aptos a se emanciparem os territórios das regiões Sul e Sudeste que tivessem, no mínimo, 20 mil habitantes; No caso da região Nordeste, 12 mil; e nas regiões Norte e Centro-Oeste, necessária uma população de apenas 6 mil habitantes;
- Existência de limite mínimo de imóveis, de modo que a quantidade de unidades deve ser superior à média dos municípios que correspondam aos 10% com menos população no estado;
- Manutenção da continuidade territorial e da unidade histórico-cultural do ambiente urbano;
- Proteção às reservas indígenas, áreas de preservação ambiental ou áreas pertencentes à União, suas autarquias e fundações, embora não haja limites territoriais definidos no texto para o novo município;
- Estudo de Viabilidade Municipal (EVM) com procedimentos desburocratizados. A redação do novo projeto determinou que o estudo será contratado pelo governo estadual e não mais pelo grupo diretamente interessado na separação ou aglutinação dos territórios. Além disso, o EVM não precisará mais ser submetido ao Tribunal de Contas do estado;
- Estabelecimento de critérios para questionamentos acerca das conclusões do EVM;
- Regulamentação da realização de plebiscitos e os procedimentos legais para instalação dos novos municípios e as regras de gestão durante a transição entre a antiga e a nova divisão administrativa;
- Fixação de estímulos à fusão e incorporação dos micromunicípios disfuncionais e economicamente inviáveis, determinando que os requerimentos de fusão e incorporação devam ser assinados por apenas 3% da população interessada e que, após aglutinados, esses municípios permanecerão, pelos 12 anos seguintes, recebendo o repasse do FPM como se ainda separados estivessem.

Em atendimento ao disposto no art. 65 da CF/88, o Projeto de Lei Complementar nº 199/2015, de iniciativa do Senado Federal, foi encaminhado para revisão da Câmara dos Deputados em 04 de agosto de 2015. Nesta Casa, o referido processo passa a tramitar sob a denominação de PLP nº 137/2015. Este último, ainda em tramitação, absorveu o PLS nº 199/2015, complementando-o, todavia, para efeitos didáticos, permaneceremos, neste estudo, nos referindo basicamente ao PLS nº 199/2015 que foi o responsável pela origem do processo, devendo sua tramitação ser considerada de modo abrangente.

Durante a tramitação dos projetos supracitados, foram requeridas as juntadas de mais dois projetos: os PLP's nº 283/2016 e 401/2017, ambos com a finalidade de dispor sobre regras para fusão e incorporação de municípios, de modo a fomentar tais procedimentos.

6.1. Razões para a fragmentação dos territórios

Dentre os motivos pesquisados (alegados por prefeitos e pelas populações afetadas) para a criação de municípios, destacam-se, principalmente:

- O descaso por parte da administração do município de origem;
- Existência de forte atividade econômica local;
- Grande extensão territorial do município de origem; e
- Significativo aumento da população local.

A exemplo de Pilar, também conhecido como Caraíba Metais, no município baiano de Jaguarari (que desenvolve uma intensa e rentável atividade mineradora), muitos distritos possuem condições econômicas favoráveis e suficientes para seu autossustento, todavia estão subordinados ao município de origem. Diante disso, surge a necessidade de sua emancipação como forma de estimular o crescimento local e evitar a estagnação.

Existe, ainda, a crença por parte de algumas populações distritais que a emancipação é condição suficiente para a promoção do desenvolvimento local. MAGALHÃES (2007, pág. 03), no entanto, faz uma interessante observação quanto aos efeitos dessa independência em localidades com

pequeno progresso econômico: “No caso de regiões estagnadas, a emancipação irá se constituir em maiores gastos legislativos e de pessoal e provavelmente não será, sozinha, capaz de promover o desenvolvimento local.”

Razões políticas também constituem os motivos para a empreitada emancipatória e emanam da tentativa de alguns grupos locais em formarem núcleos de poder.

Por fim, o descaso e distanciamento por parte da Administração do Município de origem é um dos mais determinantes motivos alegados para os pedidos de emancipação. Quanto maior a extensão territorial de um município, maior a dificuldade da Administração Pública para atender aos anseios de toda a população, principalmente daquelas mais distantes do polo administrativo. Logo, quanto maior o espaço territorial de um município, mais vulnerável será ao desmembramento de seu território.

Ainda nesse sentido, assevera o presidente da União Brasileira em Defesa da Criação dos Novos Municípios (UBDCNM), Augusto César Serejo, que muitos pedidos de emancipação surgiram devido à distância dos distritos em relação ao núcleo urbano dos municípios e à falta de serviços públicos básicos para as populações dessas áreas (Diário do Pará, 24.11.2013).

Como solução para o problema do distanciamento entre distrito e a Administração Pública Municipal, muitos países, inclusive o Brasil, já adotam a estratégia da criação de subprefeituras. Essa estratégia consiste na desconcentração da função administrativa do Poder Executivo Municipal para outros órgãos que estarão subordinados à prefeitura, as chamadas subprefeituras. Nelas, a autoridade máxima será o subprefeito, que será um servidor público ou não, indicado pelo prefeito (cargo em comissão), para atuar em determinada localidade, como se prefeito municipal fosse. Fará a gestão distrital em tudo que for de sua competência e, quanto às demandas de maior complexidade, requererá junto ao Chefe do Executivo Municipal o atendimento dos pleitos de interesse do distrito ao qual estiver vinculado. Os subprefeitos atuarão como uma ponte entre as populações desses distritos afastados e a Administração Pública Municipal, reduzindo o distanciamento

entre eles e promovendo o desenvolvimento econômico e social dessas localidades.

A prefeitura de Salvador, capital do Estado da Bahia, está em fase final de implementação dessa estratégia. O município baiano de São Desidério também adota a estratégia da administração municipal fracionada, mediante a desconcentração de suas competências para a subprefeitura de Roda Velha.

Cabe, então, aos demais municípios baianos, bem como a todos os municípios brasileiros que pleiteiam emancipação, adotarem a referida tática como meio promover maior integração entre a Administração e seus administrados e, conseqüentemente, reduzir as demandas de emancipação distrital.

6.2. Finalidades “mascaradas” para criação de novos municípios

Um motivo (intrínseco) que influencia demasiadamente os pedidos de fragmentação territorial de municípios é a criação de diversos cargos públicos para compor os Poderes Legislativo e Executivo Municipais.

Conforme art. 29, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, a composição das Câmaras Municipais será de, no máximo, 9 vereadores nos municípios com até 15.000 habitantes; 11 vereadores, para populações entre 15 e 30 mil habitantes; e assim sucessivamente.

Com efeito, para os municípios emancipados que tenham população dentro do limite de 15 mil habitantes, por exemplo, serão criados 01 cargo de prefeito, 01 de vice-prefeito e, em média, 09 para vereadores, além dos cargos comissionados e efetivos. Considerando um micromunicípio com uma pequena receita orçamentária, praticamente toda sua receita será comprometida com as despesas administrativas e de pessoal, sobrando insignificante fatia para ser efetivamente empregada na prestação de serviços públicos essenciais, como saúde, educação, segurança e saneamento.

Nesses casos, a população que encontrava na emancipação a solução para o descaso da Administração na prestação dos serviços públicos, frustrar-se-á com a realidade de um município recém-criado, mas já incapaz de promover o desenvolvimento local e a promoção de serviços públicos adequados às necessidades da localidade.

O senador José Reguffe critica o PLS nº 199/2015 quanto aos seus efeitos sobre os gastos públicos nos seguintes termos:

“Penso que o que os contribuintes brasileiros precisam é de mais recursos para a educação, para a saúde, para a segurança pública, e não uma criação de municípios, que vai acarretar mais vereadores, mais cargos comissionados, mais gastos com máquina de estado, mais gastos com prefeituras”.

Outra razão de extrema significância para o fenômeno de reformulação territorial de municípios refere-se aos critérios de repartição dos recursos públicos que favorecem os municípios menores. Conforme BREMAEKER (1996, pág. 03):

“A distribuição do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) é feita tomando por base o tamanho da população do Município e não a sua extensão territorial. Como o FPM representa, para a maior parte dos municípios, uma significativa parcela de sua receita (sendo para um expressivo número de municípios a maior fonte de recursos), aqueles municípios que possuem maior extensão territorial, em princípio, deveriam aplicar os seus recursos de forma mais pulverizada, tendo que dispende, obrigatoriamente, uma maior soma de recursos na simples tarefa de conservação das estradas municipais”.

É estipulado um valor mínimo de repasse para municípios com população inferior à 10.188 habitantes e um valor máximo para os municípios que possuam uma população superior à 156.216 habitantes. Assim, analisando proporcionalmente, quanto menor o município, maior será seu repasse de recursos do FPM per capita, o que torna mais interessante e viável a fragmentação do território.

Nesse sentido, PALONI (2008, pág. 79) afirma que “a independência financeira é o mote para a *criação da maioria dos municípios brasileiros, que enxergam os repasses federais e estaduais como a solução para os problemas de prestação de serviços públicos*”.

6.2.1. Mas o que é o Fundo de Participação dos municípios (FPM)?

O Fundo de Participação dos Municípios (FPM) consiste em uma transferência de recursos da União para os municípios, cujo percentual é determinado pelo número de habitantes daquela localidade. Está previsto no art. 159, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988 e corresponde a 22,5% da arrecadação do Imposto de Renda – IR e do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

O art. 91 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional) e o Decreto-Lei nº 1.881/81 dispõem sobre as regras para distribuição desses recursos, de modo que, de acordo com o número de habitantes, são fixadas faixas populacionais com seus respectivos coeficientes de repasse.

Segundo GIUBERTTI, o FPM foi criado na década de 1960 com o objetivo de garantir recursos mínimos para os municípios, em particular para os de pequeno porte, constituindo uma das principais fontes de receita para as cidades. Ainda nas palavras do ilustríssimo doutrinador:

“Quanto menor a economia local, menor é a base tributária própria e, portanto, maior é a dependência do governo municipal em relação às transferências da União e dos estados para suprir os serviços públicos demandados pela população. Em particular, maior é a dependência em relação ao

FPM, uma vez que a distribuição da cota-parte do ICMS atribui maior peso aos critérios relacionados à atividade econômica local.” GIUBERTTI (2015, pág. 25)

Conforme análise das finanças públicas dos municípios baianos, verificou-se que, em média, 95% das receitas dos municípios com população entre 5 e 10 mil habitantes são oriundas de fontes externas. Quanto aos municípios com população inferior a 5 mil habitantes, a dependência da Administração Municipal às receitas externas para custear seus gastos excede, na grande maioria, a 96% de sua receita total, o que demonstra que esses entes federativos só produzem e/ou arrecadam internamente 3% de sua receita total, dependendo fortemente das transferências de impostos que são gerados, principalmente, pelos municípios mais populosos.

Quanto à repartição dos recursos de FPM determinada pelo art. 91 da Lei nº 5.172/66, fica verificada uma gritante disparidade (e porque também não dizer, injustiça) entre os municípios com população de 5.000 habitantes em detrimento daqueles com população média de 10.000 moradores.

Conforme o dispositivo legal, todos os municípios com população até 10.188 habitantes receberão o repasse de FPM em igual proporção. O IBGE, em seu Relatório sobre Finanças Públicas, declarou que Catolândia, menor município do Estado da Bahia, com população de 2.612 habitantes em 2010 e estimativa de 3.669 em 2017, recebeu repasse de FPM no valor de R\$ 7.184 mil reais em 2014. No mesmo ano, a cidade de Ipupiara/BA, com 9.285 habitantes em 2010 e estimativa de 10.157 em 2017, recebeu igual cota-parte do FPM. Logo, os dois municípios receberam valores iguais para atender a realidades diferentes. Considerando, hipoteticamente, que a base de cálculo do FPM de 2016 foi igual ao ano 2013 e, portanto, os referidos municípios receberiam, no ano corrente, cota-parte do FPM no valor de R\$ 7.184 mil reais, o Município de Catolândia receberia R\$ 1.958,02 per capita, ao passo que à Ipupiara caberia apenas R\$ 707,29 de receita orçamentária per capita. Fica evidente, então, a desigualdade e ineficiência na repartição desses recursos públicos com relação aos municípios de população igual ou inferior a 10.188 habitantes, de modo que quanto menor o município maior será o valor recebido por habitante.

Daí os questionamentos se os atuais critérios de repartição do FPM não seriam um incentivo à emancipação. Nesse sentido, Monastério, Sachisda e Lima, na Nota Técnica nº 06 do IPEA, destacaram que:

“É preciso rediscutir o critério do FPM, para que este não seja tão benéfico para os municípios menores. Aí poderemos diferenciar os municípios que realmente possuem motivos razoáveis para sua emancipação daqueles que querem meramente se aproveitar dos benefícios fiscais”.

6.3. Os vetos presidenciais

Todos os projetos de lei complementar até então propostos pelo Congresso Nacional para regulamentar o art. 18, § 4º, da Constituição Federal, acerca da criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios tiveram seus textos vetados.

O Projeto de Lei nº 104, de 2014 (Complementar na Câmara dos Deputados nº 397/14) e que posteriormente subsidiou o PLS nº 199/2015, foi vetado integralmente pela Presidente da República Dilma Rousseff, sob a justificativa de contrariedade ao interesse público. Na redação da Mensagem nº 250/2014, dirigida ao Senado Federal, a presidente fez menção à análise do Ministério da Fazenda acerca do tema:

“Embora se reconheça o esforço de construção de um texto mais criterioso, a proposta não afasta o problema da responsabilidade fiscal na federação. Depreende-se que haverá aumento de despesas com as novas estruturas municipais sem que haja a correspondente geração de novas receitas. Mantidos os atuais critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, o desmembramento de um Município causa desequilíbrio de recursos dentro do seu Estado, acarretando dificuldades financeiras não gerenciáveis para os Municípios já

existentes.” (Diário Oficial da União – Seção 1, nº 164, de 27.08.2014)

Com efeito, o aumento do número de entes federativos resultaria no crescimento dos gastos públicos para manutenção de sua estrutura administrativa e representativa. Aloysio Nunes Ferreira, senador vinculado ao PSDB/SP, ratifica que “são mais gabinetes de prefeitos, mais cargos comissionados, mais estruturas administrativas, mais câmaras municipais, mais salários de vereadores, e o cobertor é curto.”

Os demais vetos presidenciais também fazem referência apenas aos impactos da regulamentação nas finanças públicas, nada criticando quanto aos aspectos legais ou constitucionais do projeto. Assim, como as questões econômicas sofrem mutações com o passar dos tempos, nada impede que, futuramente, seja o PLS nº 199/2015 aprovado, ou que sejam aprovados novos projetos, com redações adaptadas, que atendam às pretensões governamentais e da população.

6.4. Impacto do PLS nº 199/2015 na Bahia

Na hipótese de ser aprovado, o PLS nº 199/2015 impactará diretamente o Estado da Bahia, uma vez que há, neste Estado, inúmeros pedidos de emancipação de distritos municipais.

6.4.1. Na hipótese de aprovação do Projeto de Lei Complementar, quantas novas unidades federativas seriam criadas, no âmbito do Estado da Bahia?

Em consulta ao sítio da Assembleia Legislativa da Bahia e fontes indiretas, foram levantados 113 pedidos de criação de municípios em andamento no Estado da Bahia.

Considerando apenas o requisito demográfico imposto pelo Projeto de Lei Complementar nº 199/2015, em que os municípios criados na Região Nordeste, bem como os remanescentes do processo de fragmentação, deverão ter, no mínimo, 12.000 habitantes, relacionamos os municípios baianos que possuem processo de emancipação em tramitação no

legislativo e que atendem à exigência populacional da referida lei, sendo fortes candidatos à emancipação.

Dizemos apenas “candidatos” porque existem, ainda, critérios subjetivos, como a consulta às populações envolvidas e análise de sua viabilidade, que não serão abordados neste estudo.

Aplicando o requisito populacional imposto pelo PLS nº 199/2015, a Bahia teria, de imediato, 12 distritos aptos ao desmembramento de seu município de origem por possuírem população local superior à 12.000 habitantes. Logo, sendo derrubado o veto presidencial e entrando em vigor o referido regulamento, os distritos de Vila do Abrantes (Camaçari), Posto da Mata (Nova Viçosa), Sambaíba (Itapicuru), Itabatã (Mucuri), Arraial D’Ajuda (Porto Seguro), Humildes (Feira de Santana), Santana do Sobrado (Casa Nova), Entroncamento (Jaguaquara), Riacho Seco (Curaça), Açú da Torre (Mata de São João), Algodões (Quijingue) e Itaporã (Muritiba) se tornariam municípios autônomos, dotados de personalidade jurídica e orçamento próprios.

6.4.2. Despesas administrativas provenientes dos novos entes federativos

A criação de um município, muitas vezes, tem motivação atrelada ao ganho de receita orçamentária própria. Deve ser considerado, no entanto, que paralelo às receitas recebidas, a emancipação fará surgir despesas até então não suportadas por aquela localidade. Para compor a Administração Pública do novo município deverão ser criados inúmeros cargos políticos e administrativos.

Voltando à análise dos 12 municípios baianos propensos à emancipação conforme o PLS nº 199/2015 e tendo por base a determinação do art. 29 da CF/88, que dispõe sobre os cargos políticos essenciais à Administração Municipal, verificamos que, se efetivamente emancipados, a Bahia terá, em média, 144 novos cargos representativos, sendo 12 prefeitos, 12 vice-prefeitos e 120 vereadores. Ressalte-se que deverão ser considerados, ainda, os cargos comissionados a estes vinculados, como

assessores, secretários municipais e assemelhados, além, é claro, dos inúmeros cargos administrativos também necessários.

Como a maioria desses “novos municípios” são de pequeno porte e por isso com uma receita orçamentária modesta, após repartição da receita orçamentária com as despesas administrativas e de pessoal, pouco restará para o custeio dos serviços públicos básicos, como saúde, educação, segurança, mobilidade e saneamento.

7. Considerações Finais

A fragmentação dos territórios municipais trazem benefícios e malefícios para as populações envolvidas, assim como refletem seus efeitos para os demais municípios do estado ao qual pertencam.

É fato que municípios menores propiciam, em tese, maior eficiência na administração e acompanhamento das políticas públicas, uma vez que há maior proximidade do gestor público com as necessidades locais. Não se pode desprezar, contudo, o fato de que novos municípios sobrecarregam seus orçamentos com a criação de inúmeros cargos para compor o legislativo e executivo municipal. Quanto menor o município, maior seu gasto proporcional com o custo da atividade administrativa, o que os tornam, desde sua criação, inviáveis economicamente e disfuncionais quanto aos serviços públicos essenciais.

Mesmo que traumática, deve-se promover maiores incentivos à fusão e incorporação das municipalidades que não sejam viáveis do ponto de vista econômico e social, perdurando apenas aqueles que desenvolvam forte atividade econômica, tenham receita própria significativa e não sejam dependentes de receitas provenientes de fontes externas.

Também seria necessária uma redefinição dos critérios de repartição do FPM para reduzir as desigualdades nas receitas orçamentárias per capita observadas entre os municípios com população até 10.188 habitantes. Como consequência, seriam extintos muitos processos emancipatórios que eram fruto de manobras políticas com motivação no favorecimento

orçamentário fiscal dos micromunicípios e restariam apenas aqueles distritos que realmente detêm as condições necessárias para emancipação.

Por fim, mas igualmente importante, quanto os municípios que reivindicam sua emancipação unicamente em razão de estarem distantes do polo administrativo e esquecidos pela Administração Pública Municipal, a alternativa mais viável seria a criação de subprefeituras nessas localidades com o fim de diminuir a distância entre essas populações e a Administração Pública.

Diante de todo o exposto, os processos de criação, desmembramento, fusão e incorporação de municípios no Estado da Bahia, bem como nos demais estados brasileiros, deverão atender às necessidades e peculiaridades de cada localidade, observada sua viabilidade econômica, política e social, autossustentabilidade e respeito ao meio ambiente.

8. Referências

A Emenda Constitucional nº 57/2008: convalidação dos atos de criação de Municípios. Disponível em <https://franciscofalconi.wordpress.com/2009/01/02/a-emenda-constitucional-n%C2%BA-572008-convalidacao-da-criacao-de-municipios/>. Acesso em 25.09.2017.

BAHIA. Flávia. *Direito Constitucional Descompilado*. 3 ed. Recife: Armador. 2017

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 15, de 12 de setembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc15.htm > Acesso em 28.10.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.240/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 de maio de 2007.

Disponível em http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=184820&modo=cms. Acesso em 06.11.2017.

BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar nº 199/2015. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atviade/materias/-/materia/120554>. Acesso em 06.11.2017.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 137/2015. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594899>. Acesso em 06.11.2017.

BREMAEKER, F. E. J. **Os novos municípios: surgimento, problemas e soluções**. Revista de Administração Municipal, v. 40, n. 206, p. 88-99, jan./mar. 1993.

Cartilha da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi6xNm94cHWAhXCiJAKHadsDCgQFghAMAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.planejamento.gov.br%2Fassuntos%2Fplanejamento%2Fforçamento-federal%2Flei-de-responsabilidade-fiscal%2Fcartilha%2F080807_pub_lrf_cartilha_port.pdf&usq=AFQjCNG-2BLMPtmNrG10o07CF_y2g9oBXQ. Acesso em 25.09.2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **Comportamento do FPM nos últimos cinco anos (2009-2013)**. Estudos Técnicos CNM, Brasília, v. 6, 2014. Disponível em [http://www.cnm.org.br/cms/biblioteca_antiga/ET%20Vol%206%20-%2001.%20Comportamento%20do%20FPM%20nos%20%C3%BAltimos%20cinco%20anos%20\(2009-2013\).pdf](http://www.cnm.org.br/cms/biblioteca_antiga/ET%20Vol%206%20-%2001.%20Comportamento%20do%20FPM%20nos%20%C3%BAltimos%20cinco%20anos%20(2009-2013).pdf) > Acesso em 28.10.2017.

Congresso se prepara para derrubar veto. **Diário do Pará**, 24.11.2013.

Disponível em <http://www.diarionline.com.br/noticia-264220-congresso-se-prepara-para-derrubar-veto.html>. Acesso em 02.11.2017.

Criação de Municípios Depois do PLS 98/2002: uma estimativa preliminar/ Organizadores: Adolfo Sachsida, Leonardo Monastério e Isaac M. Lima. Brasília: Ipea, 2013.

Dinâmica dos municípios / Organizadores: Alexandre Xavier Ywata Carvalho [et al.]. – Brasília: Ipea, 2007.

FERRARI, Sérgio. *Criação de municípios e debate científico: entre mitos e métodos.* **Revista de Informação Legislativa: RIL.** v. 53, n. 211, p. 55-80, ul./set. 2016. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p55. Acesso em 20.10.2017.

GOUVEA, Carina Barbosa. *E o velho/novo problema da criação de municípios no Brasil - afinal eles podem ser criados?* Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31467/e-o-velho-novo-problema-da-criacao-de-municipios-no-brasil-afinal-eles-podem-ser-criados> >. Acesso em 25.09.2017.

GIUBERTI, Ana Carolina. *Perfil financeiro dos municípios baianos 2010-2013.* v. 8. Salvador: SEI; TCM, 2015. Disponível em <http://www.tcm.ba.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/LivroPerfilFinanceiro.pdf> > Acesso em 28.10.2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado* / Pedro Lenza – 20ª edição. Revisada, atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2016.

MAGALHÃES, João Carlos. *Emancipação Político-administrativa de Municípios No Brasil.* Ipea, 2007. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Capitulo1_30.pdf > Acesso em 05.11.2017.

NERI, Felipe. *MA, BA e CE podem liderar criação de novos municípios, diz estudo.* 2013. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/10/nova-lei-pode-gerar-mais-municipios-em-ma-ba-e-ce-diz-levantamento.html> > Acesso em 22.10.2017.

Os municípios brasileiros nas constituições federais, 1824 a 1988. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-municipios-brasileiros-nas-constituicoes-federais-1824-1988> >. Acesso em 09.10.2017.

O problema da criação de municípios após a EC nº 15/96. Disponível em <https://franciscofalconi.wordpress.com/2008/10/20/o-problema-da-criacao-de-municipios-apos-a-ec-n%C2%BA-1596/> >. Acesso em 25.09.2017.

OLIVEIRA, Fernanda de Castro Santos. *Plebiscito: a efetividade e aplicação do artigo 18, § 4º, da Constituição Federal na visão do*

Supremo Tribunal Federal e os seus reflexos de natureza política e urbana nos municípios. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=9 > Acesso em 22.10.2017.

PALONI, Nelson Alexandre. **O estudo da viabilidade municipal e seu impacto no desenvolvimento nacional.** São Paulo, 2008. Disponível em <<https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/8362/1/Nelson%20Alexandre%20Paloni.pdf>> Acesso em 27.10.2017.

Senado autoriza criação de mais de 200 municípios. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/senado-aprova-regras-para-criacao-e-fusao-de-municipios/>>. Acesso em 25.09.2017.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Lima. **A criação de municípios após a Constituição de 1988.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. vol.17, nº. 48. São Paulo. Fevereiro, 2002 <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000100006> Acesso em 10.10.2017.

ADOÇÃO À BRASILEIRA: O DIREITO AOS ALIMENTOS, OS EFEITOS SUCESSÓRIOS E A ANULAÇÃO DO REGISTRO CIVIL COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

JOHN LENNON ALVES DE LIMA: Graduando em Direito pela Católica do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES(Orientador)[\[1\]](#)

RESUMO :O presente artigo busca analisar a adoção à brasileira, s direitos aos alimentos e a sucessão do adotando com base na jurisprudência brasileira. Embora a prática da adoção à brasileira está tipificada no Código Penal brasileiro vigente, ela se faz cada vez mais presente na sociedade. Além disso, a partir do registro no assento de nascimento, o adotando passa a ter os mesmos direitos que os filhos biológicos, uma vez que é vedada qualquer discriminação, de acordo com a Constituição da Republica do Brasil, Código Civil brasileiro e Estatuto da Criança e do Adolescente vigente, aplicado pela jurisprudência dos Tribunais.

ABSTRACT:This article seeks to analyze the adoption of the Brazilian, the rights to food and the succession of adopting based on Brazilian jurisprudence. Although the practice of adoption in Brazil is typified in the current Brazilian Penal Code, it is becoming more and more present in society. In addition, from the registration in the birth seat, the adopter will have the same rights as the biological children, since it is prohibited any discrimination, according to the Constitution of the Republic of Brazil, Brazilian Civil Code and the Statute of the Child and of the existing Adolescent, applied by the jurisprudence of the Courts.

Palavras-chave: Adoção à brasileira; Direito a alimentos; Efeitos sucessórios.

Keywords: Brazilian Adoption; Right to food; Succession effects;

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos Gerais da adoção no Brasil. 2.1 Adoção no Código Civil de 1916. 3 DO Estatuto da Criança e do Adolescente. 4 Do Código Civil de 2002. 5 Da Lei Nacional Da Adoção N° 12.010 DE 2009. 6 Da Adoção à brasileira. 6.1 Adoção á brasileira através da análise jurisprudencial. 7 Dos alimentos. 8 Do Direito a sucessão. 9 Da Anulação

do Registro Civil no caso de adoção à brasileira com base na jurisprudência brasileira. 10 Conclusão. 11 Referências.

INTRODUÇÃO

Adoção é o ato jurídico e solene no qual alguém acolhe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha. A partir disso, criando uma relação fictícia de paternidade e filiação entre adotante e adotado, independente de existir entre eles relação de parentesco consanguíneo ou afim.

Devido a constante evolução histórica ocorrida ao longo dos anos no âmbito jurídico, que por sua vez reflete o comportamento da sociedade de modo uniforme e atinge também dentre outros, o processo da adoção. Embora a prática da adoção à brasileira está tipificada no Código Penal brasileiro vigente, ela se faz cada vez mais presente na sociedade. Isso se dá por motivos inerentes a forma como o processo de adoção é conduzido. Pode-se citar como exemplo, o tempo de espera, no qual o adotante tem a falsa impressão de que o processo é lento e demorado e que dificulta a colocação da criança no seio da nova família. Com essa prática, o adotando que deveria estar disponível no cadastro nacional de adoção acaba sendo, de alguma forma desviada de modo criminoso, o que dificulta ainda mais o processo formal da adoção. Além disso, o perfil para adotar, dentre outros requisitos objetivos, faz com que pessoas pratiquem esse feito, tendo a errônea impressão de que está acelerando o processo.

Embora exista, todo o aparato jurídico de proteção aplicado a esse instituto no ordenamento jurídico, esse fenômeno social, o qual transgredir o ordenamento jurídico, que é o ato de registrar filho de outros como se fosse seu filho biológico, não atendendo ao que regula os trâmites legais da adoção. Inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, tida como uma relação jurídica de afeto, na qual existe uma relação onde os pais ou o pai ou até mesmo a mulher criam uma criança sem nenhuma relação consanguínea por vontade própria. Essa prática é muito comum no Brasil, quando um casal se relaciona e a mulher está grávida do relacionamento anterior, o atual companheiro acaba aceitando como seu o filho de outrem.

Existe ainda os casos de aspectos culturais onde a criança é deixada na porta de alguém, e, por acreditar no destino a nova família acaba percebendo que tem o dever afetivo de acolher aquela criança recém-nascida como sua, sendo ainda algo provido pelo destino, que os incumbiu de pais daquele ser humano até então desamparado.

A adoção à brasileira não pode ser anulada, a jurisprudência à medida que o tempo avança tem seguido essa regra clara, observando-se o processo e quem o fez de maneira voluntária. Pois não faz sentido o pai que solicitou e executou todos os trâmites de reconhecimento do filho de forma voluntaria e posteriormente anular os atos praticados. Observando-se ainda que, deve levar em consideração os interesses do adotado em detrimento de quem o adotou.

Além disso, a partir do registro no assento de nascimento, o adotando passa a ter os mesmos direitos que os filhos biológicos, uma vez que é vedada qualquer discriminação, de acordo com a Constituição da Republica do Brasil, Código Civil brasileiro, Estatuto da Criança e do Adolescente vigente, a Lei Nacional da Adoção e a aplicação da jurisprudência dos Tribunais.

1 ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO NO BRASIL

1.1 Adoção no Código Civil de 1916

A adoção no Brasil foi elencada na legislação pátria no Código Civil de 1916, nessa legislação, era nítido o caráter contratual desse feito, uma vez que ela visava trazer para aqueles com idade avançada e que não puderam ter filhos biológicos “alguém” que viessem a suceder após a morte, para assim, aquela família continuar se perpetuando.

No sistema do Código Civil de 1916, tratava-se de negocio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura publica, mediante o consentimento de duas partes. Se o adotado era maior e capaz, comparecia em pessoa; se incapaz, era representado pelo pai, ou tutor, ou curador. Admitia-se

a dissolução do vínculo, sendo as partes maiores, pelo acordo de vontades.^[2]

Notou-se que a ideia de adoção naquela época destoava e muito do se vê hoje. Deve-se levar em consideração que o Código Civil daqueles tempos estabeleceu de início as primeiras normas para adotar alguém. De início os candidatos em adotar deveriam ser 18 anos mais velhos que o adotando e ter mais de 50 anos, o legislador acreditava que tal ato deveria ser feito somente por aqueles detentores de maior grau de maturidade, visto que, o arrependimento posterior, poderia acarretar irreparáveis e exorbitantes danos as partes.

Além disso, os adotantes também não poderiam ter descendentes legítimos ou legitimados, duas pessoas não poderiam adotar em conjunto, exceto se fossem marido e esposa. Exigia-se o consentimento de quem estivesse com a guarda do adotado. Outro ponto de reflexão comparando a adoção regulada pelo Código de 1916, o de 2002, Estatuto da Criança e do adolescente e Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é que: o caráter da adoção era revogável, poderia ser dissolvida pela convenção entre as partes ou quando alegada ingratidão do adotado em face do adotante.

A adoção era feita por escritura pública, o que trazia ao ato uma total diferenciação, como se de fato fosse proposital diferenciar um filho biológico de um adotado. O grau de parentesco da adoção era limitado ao adotado e adotante, exceto quanto a impedimentos matrimoniais. O parentesco natural não extinguia os direitos e deveres pela adoção, salvo o pátrio poder, passado aos pais adotivos. Bem como o tratamento distinto entre os filhos naturais e adotivos no que tange a partilha de bens, tornava a adoção pouco utilizada.

Note-se que a exigência de que a pessoa disposta a adotar não tivesse filhos ou legitimados era primordial, mostrando que a adoção naquela época servia para suprir a vontade de pessoas inférteis, e não proteger a criança e garantir o seu direito de ser criada em uma família.

Em se tratando de sucessão hereditária, o adotante tinha direito a apenas metade do quinhão a

que tinham direito os filhos biológicos, desde que os filhos biológicos fossem nascidos depois da adoção. Se ao tempo da adoção os adotantes tivessem filhos biológicos, o filho adotivo nada receberia.^[3]

Deixa claro ao o que o adotado tinha direito em concorrência com os filhos biológicos se estes viessem após a adoção, principalmente no que tange a sucessão.

Ainda quanto aos direitos sucessórios, se faz interessante a análise do recorte da apelação cível do ano de 1916:

N. 6719 – Ribeirão Preto – Apellantes Antonio Nogueira e outro. Appellado, espolio de d. Maria Alvim Nogueira Em Ribeirão Preto surgiu numa causa certa esta questão: pode o filho adoptivo concorrer à herança do pae adoptante com os filhos legítimos deste, ou mesmo com os filhos naturaes? O juiz decidiu que não e o Tribunal confirmou a sentença. No caso em debate, declarou o sr. ministro Whitaker, nem existia a adopção no sentido legal. Para que haja adopção em face da lei, é necessario que o acto do adoptante estabelecendo-a seja confirmada judicialmente, ella não ficará completa e não poderá produzir efeitos em relação a terceiros. O que havia no caso era apenas a declaração do adoptante, feita em testamento, do que adoptava como filho a pessoa que ora invocara essa qualidade. Nada mais. É exacto que o Código Civil Brasileiro não exige essa formalidade de confirmação judicial para que a adopção se tenha por existente. Mas, o Código Civil ainda não está em vigor. O que regula o caso é a legislação vigente e essa não dispensa a confirmação judicial. Mesmo, porém que a adopção estivesse completa, ainda assim o filho adoptivo não tinha direito que reclamava. Na legislação vigente os princípios dominantes em matéria de adopção são estes: o filho adoptivo não fica equiparado aos filhos legítimos nem aos naturais simples; não pode, tão pouco ser chamado de sucessão a sucessão “ab intestato”. O

único direito que elle tem é o de pedir alimentos. As leis de sucessão não cogitam do filho adoptivo. Não se, póde, nestas condições appelar para o Direito Romano e com base nelle estabelecer uma classe de herdeiros de que as leis patrias não curam. O próprio Código Civil não dá esse direito successorio em que estatue que no caso de morte do filho adoptivo, sem deixar descendentes, a sucessão deverá ser recolhida pelo pae natural e não pelo pae adoptivo[4].

Se aduz ainda que, o Código de 1916 ainda mantinha vinculação pelo parentesco do adotado com a família natural e a possibilidade do rompimento da adoção, os direitos e deveres advindos parentesco natural permaneciam, salvo o poder familiar, que era passado ao pai adotivo.

Ainda nesse contexto, cabe salientar os dizeres de Jayme Abreu acerca da adoção no Código Civil de 1916:

Havia obstáculos legais à integração total do adotando à família do adotante. A criação do parentesco civil, exclusivamente entre adotado e sua família natural. A possibilidade do rompimento da adoção, de comum acordo, ou unilateralmente, pelo adotado, quando completasse a maioridade, e pelo adotante, por ato de ingratidão[5].

Todo o processo de adoção era feito e validado mediante escritura publica, onde não cabia as observações de um juiz como reza a regra do artigo 375: “ A adoção far-se-á por escritura publica, em que se não admite condição, nem termo”. O código Civil de 2002 aboliu tal medida, atualmente não existe adoção por escritura publica, se fazendo imprescindível a interferência de um magistrado, visando assegurar direitos e deveres que é de ordem publica. No contexto hodierno, toda adoção deve ser assistida pelo poder público.

2 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990, é uma lei reconhecida internacionalmente, um dos diplomas considerados mais avançados em se tratando de direitos, proteção e garantias da população infanto-juvenil[6].

Esse Estatuto surgiu como uma alternativa ao passado Código de menores de 1979, ele traz uma nova tentativa de delimitar os direitos da criança e do adolescente como dever da família, da sociedade e do Estado. Os direitos elencados nesse Código devem ser assegurados com total prioridade, sendo um dos direitos mais relevantes, básicos e primordial ao ser humano em formação é a convivência familiar e comunitária, essas são essenciais a formação do caráter dentre outros requisitos que se fazem necessários durante essa fase da vida que todos de um modo ou de outro estão sujeitos[7].

A estrutura principal do Estatuto é a doutrina da proteção integral, essa trouxe inúmeras mudanças para o ordenamento jurídico, as crianças e os adolescentes como personagens de suas próprias histórias, como sujeitos de direitos, merecem proteção especial e integral, isso se dá à sua condição peculiar de seres em desenvolvimento, diferentes dos incapazes por ausência de discernimento.

Esse modelo de proteção se diferencia da focada na criança ou adolescente em si, mas basicamente nos seus direitos que devem ser constantemente assegurados pela lei e por todos em sua volta, ao mesmo tempo que os pais e o Estado são responsáveis pela promoção desses direitos e proteção da criança ou adolescente, eles também são fiscais do fiel cumprimento, pela sociedade que é o conjunto que se relaciona diretamente com esse protegidos afim de um bem coletivo maior. Nota-se que visão de tão somente proteger foi modificada para regularizar não mais o infante, mas sim os adultos, tanto nos serviços sociais quanto nas instituições, ao ameaçar ou violar os seus direitos.

De outra ótica desse ordenamento, a atuação do juiz se faz mais presente de uma forma técnica, com fronteiras nas garantias judiciais e em âmbito estritamente jurisdicional, dessa forma, impedindo a manifestação da arbitrariedade judicial e do paternalismo.

Ademais, as competências decisórias foram descentralizadas ,trazendo maior participação da sociedade, das crianças e dos adolescentes, hoje possuem maior importância, assim

dizendo, tendo as crianças e adolescentes suas apiniões levadas em consideração durante o processo de adoção.

Hoje a adoção regulamentada pelo artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente é norteada pelos mesmos princípios tanto para menores, como para maiores de 18 anos.

Consiste, à luz de SILVIO DE SALVO VENOSA:

no atual Estatuto da Criança e do Adolescente já não há distinção: a adoção dos menores de 18 anos é uma só, gerando todos os efeitos da antiga adoção plena. O estatuto menorista posiciona-se em consonância com a tendência universal de proteção à criança, assim como faz a Constituição de 1988, que em seu art. 6º, ao cuidar dos direitos sociais, refere-se à maternidade e à infância. Nos arts. 227 e 229 são explicitados os princípios assegurados à criança e ao adolescente, descreve que a criança ou adolescente tem direito fundamental de ser criado e educado no seio de uma família, natural ou substituta (art. 1º)[8].

Os filhos biológicos são equiparados ao concebidos fora do casamento e aos filhos adotivos, é vedada toda e qualquer forma de discriminação, como preceitua o art.227 parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Para o ECA as crianças são vista como uma pessoa em desenvolvimento e elas passaram ser tratadas com importância, e declarou o adotado à condição de filho, com igualdade de direitos com caráter irrevogável.

No atual contexto, o vínculo afetivo sobressai dentro do seio familiar, em relação ao patrimônio e o sangue, que em outras épocas eram de relevante importância na formação da família, estes dois últimos foram dispensados nessa nova concepção. Isso significa que a afetividade é o principio norteador do direito de família, trazendo mudanças nos paradigmas da adoção.

Para demonstrar isso a titulo de exemplo reza o artigo 28, parágrafo 3º, do Estatuto da Criança e do adolescente, o qual deixa claro que seja apreciada a relação de afinidade ao se escolher famílias substitutas. As regras jurídicas da adoção visam à prevalência dos interesses, direitos e necessidades do adotando e

que a parentalidade passou a ser constituída a partir do vínculo afetivo, e não como antes era, por laços biológicos ou jurídicos.

3 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o advento da Lei 10.406/2002 que instituiu o novo Código Civil, a adoção passou a ter de fato a intervenção do magistrado. A sentença proferida pelo juiz seria o único meio de conseguir a adoção, a adoção deve sempre ser assistida pelo poder público[9].

A introdução dessa Lei trouxe também em seu artigo 1.625, somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando, o contrario do que preceituava o antigo Código de 1916. Assim, o adotando é o centro de algo que ele é o protagonista, ele deve ser o centro de todo esse processo que visa o incluir em uma família e um lar que venha a protegê-lo para que possa concluir seu desenvolvimento de forma saudável.

Além disso, o Código extinguiu a diferença entre as formas de adoção para maiores e menores de 18 anos e igualou os adotados aos filhos biológicos. Esse Código em nada alterou o ECA, e o principio da proteção integral foi mantido.

4 DA LEI NACIONAL DA ADOÇÃO Nº 12.010 DE 2009

Essa Lei trouxe uma reformulação da adoção no Brasil, chamada Lei Nacional da Adoção (Lei nº 12.010/09), procurou trazer mais rapidez e agilidade através da desburocratização, nesse processo que é conhecido por ser longo. Além disso, promovendo a redução de tempo permanência das crianças em abrigos para no máximo 2 anos[10].

Foi instituído o Cadastro Nacional de Adoção, onde está reunido todas as pessoas devidamente cadastradas e que desejam adotar um filho, assim como as crianças e adolescentes disponíveis para adoção. Com isso, o cadastro passou de regional a nacional, visando o aumento das oportunidades tanto para as crianças e adolescentes quanto para quem deseja adotá-los com o fim de constituir uma família.

Com essa Lei, ficou estabelecida uma preparação psicológica, regulando a adoção de pessoas mais velhas, com

problemas de saúde, negras ou indígenas, além disso, trazer maiores esclarecimentos acerca do que é a adoção.

Assim, dois novos conceitos foram criados, a família substituta e a família extensa, aquela sendo a que acolhe a criança ou o adolescente desprovido de família natural e laços de sangue, e essa constituída por parentes próximos como tio, avós e outros com os quais o adotando mantem vínculos afetivos, com prioridade em detrimento da família substituta quanto ao encaminhamento da criança.

Não é exigido, desde então, estado civil e sexo do adotante, sendo permitido a adoção unilateral por pessoas do mesmo sexo (homossexuais). Sendo a adoção conjunta por casal homoafetivo, vedada, devido a exigência de comprovação de casado ou de união estável.

Porém, no ano de 2015 em uma decisão que proferiu favoravelmente a um casal de homens, do Estado do Paraná, o direito de adotar crianças, levanto em consideração para a exação da decisão a união estável homoafetiva equivalente à entidade familiar. Decisão do Supremo Tribunal federal (STF) da ministra Cármen Lúcia^[11]. Essa decisão levou em consideração outra decisão do mesmo tribunal no ano de 2011, na qual foi reconhecida a união estável de parceiros do mesmo sexo. Sendo o ministro relator da ação, Ayres Brito, entendeu que “a carta magna, Constituição Federal de 88 não faz menção a menor diferenciação que seja, entre família formalmente constituída e aquela existente entre os rés dos fatos. Contudo, não distingue também, entre a família que é formada por pessoas heteroafetivos e a que é constituída por sujeitos de orientação homoafetiva”.^[12]

5 DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

A adoção à brasileira é aquela em que um indivíduo registra, como sendo seu, filho de outrem. De acordo com o artigo 242 do Código penal (CP), essa prática é considerada ilegal pelo ordenamento jurídico brasileiro e, envolve outras três tipificações: o parto suposto; a entrega de filho com idade inferior a 18 anos para pessoa inidônea; e falsidade ideológica.

Dentre as práticas que de algum modo facilitam esse processo pode-se citar que a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.915/73) em seu artigo 54, que regula o registro de recém nascidos feito pelo Cartório de Registro Civil, no momento de registrar não solicita nenhuma investigação que venha a comprovar os laços biológicos ou a veracidade dos documentos apresentados, o que facilita essa pratica.

Por sua vez, outro fato que contribui para a informalidade desse processo é o tempo e o dinheiro gasto devido a enorme burocracia de que é dotada a adoção legal. Nessa via, ainda existe o receio por parte dos adotantes de o pedido de adoção ser negado pelo juiz competente por uma possível ausência de pré-requisito exigido.

A seguinte critica é observada:

“A chamada Lei da Adoção, em vez de agilizar o processo de adoção e reduzir o tempo de crianças e adolescentes institucionalizados, acabou impondo mais entraves para sua concessão. E, ao invés de esvaziar os abrigos, certamente, vai é esvaziar a adoção”. (DIAS, 2010, p. 12).[\[13\]](#)

Com a nova Lei, o processo de adoção carece dentre outros critérios de acompanhamento por equipe multiprofissional, visando sempre o interesse do adotando, especialmente sobre a irrevogabilidade da medida (art. 166, §2º, ECA). No mais, o total consentimento dos responsáveis do adotando deve ser colhido em audiência pelo juiz, com a presença do Ministério Público, após esgotados todos os esforços para a manutenção da criança junto à família natural ou extensa (art. 166, § 3º, ECA).

Destarte, não mais existe a possibilidade de se dispensar o estágio de convivência, salvo se a criança já esteja sobre a tutela ou guarda legal do adotante (art. 46, § 2º, ECA).

Ainda nesse contexto, salienta a nota de MARIA BERENICE DIAS:

É absolutamente equivocado o prestígio que se empresta à família natural, quando se busca manter, a qualquer preço, o vínculo biológico, na vã tentativa de manter os filhos sob a guarda dos pais ou dos parentes

que constituem a chamada família estendida. Essas infrutíferas tentativas fazem com que as crianças, ao serem rejeitados por seus pais e parentes, acumulem sucessivas perdas e terrível sentimento de abandono que trazem severas sequelas psicológicas[14].

Esse é um ponto de fundamental relevância no contexto da adoção, nota-se que existe uma imensa vontade de manter o adotando no anseio da família biológica ou de parentes consanguíneos mesmo quando infrutíferas essas tentativas. As frustradas tentativas fazem com que as crianças e adolescentes carreguem consigo o sentimento e a sensação da rejeição por parte daqueles que deveriam os acolher, acarretando dificuldades de lidar com esse sentimento que é uma realidade na vida deles e que esses ainda estão descobrindo a vida, aprendendo a viver no mundo onde os adultos é quem comanda. Destarte, toda essa legislação deve incansavelmente buscar arraigar sempre, o melhor interesse para ao adotando, como preceitua o ECA, já que elas são a parte frágil dessa relação de desigualdade.

Uma pesquisa liderada por LIDIA WEBER, feita com pais e filhos adotivos e com a população em geral. Com resultado, mostrou que há fatores determinantes para disparidade de crianças e adolescentes institucionalizados e postulantes à adoção.

O principal ponto de desencontro é o preconceito, consciente ou não.

De acordo com as opiniões de boa parte da população as pessoas: teriam medo de adotar crianças mais velhas (acima de 6 meses) pela dificuldade na educação; teriam medo de adotar crianças de cor diferente da sua pelo "preconceito dos outros"; teriam medo de adotar crianças com problemas de saúde pela incapacidade de lidar com a situação e pelas despesas altas que teriam; teriam medo de adotar uma criança que viveu muito tempo em orfanato pelos "vícios" que traria consigo; medo de que os pais biológicos possam requerer a criança de volta; medo de adotar crianças sem saber a origem de seus pais

biológicos, pois a “marginalidade” dos pais seria transmitida geneticamente; culpabilizam somente os pais pelo internamento e abandono dos filhos e pensam que o governo deveria controlar o número de filhos, principalmente em mulheres pobres; pensam que uma criança adotada, cedo ou tarde, traz problemas; acreditam que a adoção visa primordialmente o adotante e não a criança, sendo um último recurso para pessoas que não conseguem ter filhos biológicos; acreditam que a adoção pode servir como algo para “desbloquear algum fator psicológico” e tentar ter filhos naturais; acham que quando a criança não sabe que é adotiva ocorrem menos problemas, assim, deve-se adotar bebês e “fazer de conta” que é uma família natural; acham que as adoções realizadas através dos Juizados são demoradas, discriminatórias e burocráticas e recorreriam à adoção “à brasileira” caso decidissem adotar; consideram que somente os laços de sangue são “fortes e verdadeiros”. (Weber; Gagno; Cornélio & Silva, 1994; Weber & Cornélio, 1995; Weber & Gagno, 1995).

É visível que os adotantes procuram por um biótipo ao invés de um filho. É imaginável se esse filho com todas ou algumas características supracitadas fosse concebido pelo vínculo biológico, esses pais não cuidariam dele? Cuidariam sim e de seu interesse e continuariam na tentativa de dar o melhor para esse filho e manteriam a unidade familiar. A adoção está envolta numa nuvem de muitos preconceitos, um deles é a idade do adotando, que de alguma forma influencia muito nessa “escolha”. Não é levado em consideração que a criança ou adolescente não herdará as características (boas ou ruins) de seus genitores, cada qual formará a sua personalidade e poderá aprender novos e melhores valores na nova família que é proporcionada pela adoção. Essa postura é preconceituosa e prejudica o adotando e muitas vezes os adotantes procurem a adoção informal no intuito de “selecionar”, “escolher” a criança ou adolescente que venha a suprir os seus anseios para fazer parte da

família. Com isso os dispostos a adotar acabam optando pela adoção à brasileira, pois acreditam que ela seja mais rápida e fácil e por terem o receio que seus perfis não sejam aceitos pelos avaliadores. Mas, as suas consequências carecem de considerável análise.

Desse modo, é criada uma relação frágil, devido a não proteção do Estado, se descoberta, pode ser cessada mediante anulação de relação de filiação e do registro irregular. Contudo, além de não ser recepcionada pelo ordenamento e segurança jurídica, não goza da irrevogabilidade destinada a adoção legal.

Além disso, pode acarretar graves consequências para a criança, sendo que elas ficam sujeitas a traumas devido a sua retirada das famílias nas quais acabaram por construir vínculos afetivos, estando sujeitas a uma nova realidade, tendo que aprender novamente a conviver com mais uma perda familiar que era indispensável.

Ademais, outro viés desse processo ilegal se faz presente na prática para fins lucrativos, contribuindo para o tráfico de crianças, assunto delicado e que faz parte da história da sociedade brasileira, como se vê a partir do recorte de jurisprudência produzida em 1916:

É legal o acto do juiz de orphãos que tendo denuncia de que o pae vendera uma sua filha menor por um conto de réis, e que tanto o comprador como o vendedor pretendiam fugir com a mesma menor, mandou, depois de ouvido o curador de orphãos, apprehendel-a e deposital-a no Asylo de Menores Abandonados, como medida provisória e indispensável em todos os casos de processo para suspensão de poder familiar.^[15]

5.1 Adoção à brasileira através da análise jurisprudencial

Geralmente vem à tona quando há um arrependimento da mãe biológica no que tange a entrega da criança, ou arrependimento por parte dos homens que registram filhos alheios como sendo seu, devido a pedido da companheira e também no intuito de não deixar aquela criança desamparada como o filho biológico de fato, ou também quando filhos legítimos comparecem em juízo para tentar

anular o registro feito, quando envolve direitos a sucessão, dentre outros diversos motivos.

A adoção à brasileira é em tese revogável por se tratar de um ato ilícito, mas como leciona hodiernamente, à luz de MARIA HELENA DINIZ:

Há uma prática disseminada no Brasil – daí o nome eleito pela jurisprudência – de o companheiro da mulher perfilhar o filho dela, simplesmente registrando a criança como se fosse seu descendente. Ainda que este agir constitua crime contra o estado de filiação (CP, 242), não tem havido condenações, pela motivação afetiva que envolve essa forma de agir. Em muitos casos, rompido o vínculo afetivo do casal, ante a obrigatoriedade de arcar com alimentos a favor do filho, o pai busca a desconstituição do registro por meio de ação anulatória ou negatória de paternidade. A jurisprudência, reconhecendo a voluntariedade do ato, praticado de modo espontâneo, por meio da ‘adoção à brasileira’, passou a não admitir a anulação do registro de nascimento, considerando-o irreversível. Não tendo havido vício de vontade, não cabe a anulação, sob o fundamento de que a lei não autoriza a ninguém vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento (CC, art. 1604).^[16]

Vem sendo tratada pela jurisprudência como irrevogável no que tange à pedidos de negação de paternidade, a partir do momento que se foi realizada por livre acordo de vontades de quem a praticou não pode. De acordo com o artigo 1604 do Código Civil de 2002, de fato é inadmissível, pois viola os princípios da lealdade e da confiança que devem sempre vigorar no direito.

Acerca disso, conforme diz: MARIA HELENA DINIZ:

Toda doutrina é unânime em salientar que a declaração da vontade é elemento essencial do negócio jurídico. Para que este validamente exista, é indispensável a presença da vontade e que esta haja

funcionado normalmente. Só então o negócio jurídico produz efeitos colimados pelas partes.

(...)

É o caso em que se têm os vícios de consentimento, como erro, o dolo a coação, o estado de perigo e a lesão que se fundam no desequilíbrio da atuação volitiva relativamente a sua declaração.[\[17\]](#)

Como se vê na ação que segue:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. **ADOÇÃO À BRASILEIRA** E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CARACTERIZADAS **Â**- RECURSO IMPROVIDO. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade, com ou sem dúvida por parte do reconhecente, é irrevogável e irretroatável (arts. 1609 e 1610 do Código Civil), somente podendo ser desconstituído mediante prova de que se deu mediante erro, dolo ou coação, vícios aptos a nulificar os atos jurídicos em geral. (AC Nº 70040743338, TJRS). 2. Caracterizadas a **adoção à brasileira** e a paternidade socioafetiva, o que impede a anulação do registro de nascimento da ré pelo pai registral, mantém-se a improcedência da ação. APELAÇÃO IMPROVIDA[\[18\]](#).

Sendo de interesse do adotado, é facultado a esse somente, pedir a anulação da adoção à Brasileira.

Destarte, é notório a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se por conseguinte, rela necessidade psicológica de se conhecer a verdadeira identidade biológica[\[19\]](#).

Nessa ceara, cabe a análise do recorte a seguir:

DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA REQUERIDA PELO FILHO. **ADOÇÃO À BRASILEIRA**. É possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação

do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado conforme prática conhecida como “adoção à brasileira”. A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como “adoção à brasileira”, ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a “adoção à brasileira” e a adoção regular. Ademais, embora a “adoção à brasileira”, muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor.^[20]

Não deve-se esquecer que quem praticar adoção à brasileira, à luz do Código penal, será punido os responsáveis, com sanções que vão desde a anulação do ato à retirada da criança, como também pena de reclusão de até 2 anos.

6 DOS ALIMENTOS

O Código Civil brasileiro trata do direito à alimentos em seu artigo 1694 a 1710. Dispõe o artigo 1696:

“O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes,

recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.[\[21\]](#)

Com isso há também essa obrigação no vínculo adotivo. No que tange a adoção plena essa obrigatoriedade não há o que se questionar na Lei Civil, pois o adotado desvincula-se por inteiro de sua família natural. Porém há a necessidade de se estabelecer sobre o dever de prestar alimentos, no que tange a adoção simples.

Nesse mesmo sentido o Código Civil de 2002 deixa claro em seu artigo 1596:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.[\[22\]](#)

Desfazendo qualquer ideia em contrario, que poderá diferenciar os filhos biológicos dos adotivos. Afirmando que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, por adoção, terão os mesmos direitos, vedada quaisquer discriminação nesse contexto. Isso de fato está positivado fazendo garantias para o adotado que está em pé de igualdade com o filho biológico, que vai de encontro ao que diz o ECA, que deve-se levar em consideração o melhor interesse da criança ou adolescente, fins patrimoniais e sucessórios é outra seara que será debatida em outros momentos, antes de qualquer questionamento o foco da proteção e cuidado será o que está positivado em Lei.

De encontro a tudo isso, a Constituição Federal de 1988, trouxe em seu corpo o notório artigo 227 caput e no seu paragrafo 6, o que segue:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

(...)

§ 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*^[23]o .(grifos nossos).

Destarte, pondo fim a diferenciação que havia entre os filhos advindos de formas diferentes, não apenas na qualificação, mas também quanto ao direitos que poderiam ser reconhecidos em favor dos filhos dito naturais e aqueles que foram concebidos fora do casamento.

German Gambón Alix, é referido por Antônio Chaves que descreve três características que diferenciam a obrigação de alimentos dentro do vínculo gerado pela adoção, são elas: a legitimidade, não somente como os demais casos, é amparada pelo direito positivado, e dele retira seu único fundamento e razão de ser, sendo que não descansa em um elemento natural; a prioridade advir de um acordo voluntário e espontâneo, alcançando, além disso, encontram-se em segunda linha as relações do adotado com a sua família de sangue; é recíproca como reflexo de uma relação bilateral de paternidade e filiação^[24].

Diante dessa proteção máxima da pessoa humana, precursora da personalização do Direito Civil, e em uma perspectiva civil-constitucional, entendemos que o art. 6 da [CF/88](#) serve como uma luva para preencher o conceito atual dos alimentos. Esse dispositivo do Texto Maior traz como conteúdo os direitos sociais que devem ser oferecidos pelo Estado, a saber: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Anote-se que a menção à alimentação foi incluída pela Emenda Constitucional [64](#), de 4 de fevereiro de 2010, o que

tem relação direta com o tema aqui estudado. Ademais, destaque-se que, conforme a doutrina contemporânea constitucionalista, os direitos sociais também devem ser tidos como direitos fundamentais, tendo aplicação imediata nas relações privadas (TARTUCE; SIMÃO apud GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 684).

Depreende-se que, as prestações alimentares são essenciais a sobrevivência e dignidade do credor que se encontra em momento que não as pode suprir, fazendo-se necessário ajuda de outrem.

O dever do adotante de prestar alimentos ao adotando não deixa dúvidas, uma vez que, efetivada a adoção o pai adotivo é o principal responsável pelo adotando. O adotante se prontifica a sustentar o adotando enquanto dure o pátrio poder, além disso, a lhe prestar alimentos nos casos em que estão devidos pelo pai ao filho menor de 18 anos de idade. Vale lembrar também que, o filho tem, igualmente, o dever de prestar alimentos ao pai, posto que a Lei o menciona no rol dos devedores de tal prestação. Essa menção se faz desnecessária, por ter o adotado o status de filho legítimo.

Vejamos o julgado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - NASCIMENTO - REGISTRO CIVIL - RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE - SIMULAÇÃO - FALSIDADE - PATERNIDADE BIOLÓGICA - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - ADOÇÃO - DEVIDO PROCESSO - VÍNCULO AFETIVO - INEXISTÊNCIA - EFEITOS - PATERNIDADE SOCIAL - ASSISTÊNCIA MATERIAL - PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PATERNIDADE RESPONSÁVEL - "ADOÇÃO À BRASILEIRA": CONSEQUÊNCIAS PERSISTENTES. 1. É nulo o ato de reconhecimento de filiação alheia como própria, se dolosamente simulada a declaração de paternidade. 2. Embora nulo o negócio jurídico simulado, o que se dissimulou subsiste se válido no conteúdo e na forma.

3. Processo e sentença proferida em ação de adoção são requisitos formais de validade do ato de registro da paternidade socioafetiva. 4. O afeto é elemento de consolidação da relação parental, mas sua ausência não a descaracteriza. 5. Só a extinção do vínculo afetivo entre pais e filhos não os exime das obrigações e direitos legais derivados do poder/dever familiar. 6. Ainda que não haja afeto, subsiste a relação de parentalidade social, fundada nos princípios constitucionais da dignidade humana e da paternidade responsável, orientados à preservação da família. 7. O dever de prestação de alimentos é expressão da paternidade social de que se investe aquele que voluntariamente reconheceu como próprio filho de outrem, ainda que ao arrepio do devido processo ("adoção à brasileira"). V. V.P. APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO CONFESSADO PELOS LITIGANTES. DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DE INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO. RECURSO DESPROVIDO. I - Sabendo-se que o registro público goza de presunção "juris tantum" de veracidade, sua desconstituição é perfeitamente possível. II - Comprovada a inserção da paternidade no assentamento civil mediante alegação de falso (inveracidade da declaração do perfilhante), justificável a relativização da irrevogabilidade do reconhecimento preconizada no art. 1.610 do CCB/2002, como autorizam os arts. 1.604 e 1.608, ambos também do CCB/2002. III - Se as partes não controvertem quanto à inexistência da paternidade biológica e se revelado inequivocamente nos autos a inexistência da paternidade socioafetiva, inexorável concluir que o assentamento civil que a estampa não

prestigia a verdade real, o que suficiente a seu desfazimento[25].

(TJ-MG - AC: 10362100016314001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 28/01/2014, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/02/2014)

7 DO DIREITO A SUCESSÃO

Segundo Maria Berenice Dias:

“Não mais se identifica como família exclusivamente o relacionamento selado pelo matrimônio. O conceito de família alargou-se passando a albergar os vínculos gerados pela presença de um envolvimento afetivo. O amor tornou-se um fato jurídico merecedor de proteção constitucional. A existência de um elo de afetividade é o que basta para o reconhecimento de uma entidade familiar. Com o desaparecimento da família patriarcal e matrimonializada, passou a família a ser identificada pelo laço de afetividade que une pessoas. Conforme bem lembra Paulo Luiz Netto Lôbo, o princípio da afetividade tem fundamento constitucional: não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. (2007)

A partir desse ponto, novas composições familiares passam a surgir, nas quais é possível vislumbrar novos modelos familiares, são eles: família nuclear, composta por pai e mãe e filhos; extensa, composta por três ou quatro gerações; adotiva; monoparental, que é aquela chefiada por só um genitor; reconstituídas, são aquelas que se reconstituem após a separação do casal; casais que não possuem filhos casais homossexuais, com ou sem filhos; famílias socioafetivas; anaparentais e famílias paralelas.

Aponta Maria Berenice Dias:

“Com isso alargou-se o conceito de família, passando a enlaçar todas as formas de convivência que se estruturam a partir de um comprometimento amoroso. Ainda que não se possa dizer que a família está em desordem, família agora é um conceito plural: desconstituída, recomposta, monoparental, homoparental, clonada ou gerada artificialmente. Como alerta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka não importa a posição que o indivíduo ocupe na família ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade” (2007).

A partir de todas as novas composições de formas de constituição de família, existe entre elas um princípio comum, o da afetividade, que se tornou o princípio basilar das entidades familiares, levando em conta não somente o vínculo sanguíneo, como esta mais que claro em todas as concepções para fins legais que incluem a sucessão, tanto o filho afetivo quanto o filho adotivo e o sanguíneo, possuem os mesmos direitos, como aponta a jurisprudência.

A constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 227, § 6º, diz que todos os filhos estão em consonante igualdade, vedada toda e qualquer forma de desigualar essa relação entre eles. Deste modo, todos são considerados sujeitos iguais com direitos iguais, uns havidos durante o matrimônio, outros fora da constância do casamento, uns biológicos, outros afetivos, mas todos com o mesmo direito e deveres para com a posse do estado de filiação.

Deste modo, consoante Maria Helena Diniz (2007, p. 21):

“(a) não pode haver nenhuma distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b)

permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade; (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação”.

Desse modo, a igualdade entre filhos é realidade, e assim, não poderá existir qualquer diferença, por menor que esta seja. O filho biológico ou não, o havido na constância do casamento ou não, o filho devidamente reconhecido ou o adotado, não poderão ser de modo algum discriminados, todos, segundo a Constituição federal, devem ter os seus direitos e deveres assegurados em face do princípio da igualdade jurídica entre os filhos e da dignidade da pessoa humana.

Deve existir essa igualdade entre os filhos, deste modo de forma plena e concreta, não podendo ser admitida qualquer espécie de designações que possam vir a contrariar toda a isonomia defendida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Diante dessa posse do estado de filho, gera-se direitos pessoais e patrimoniais, e são estes devidamente garantidos pela carta maior.

Carlos Roberto Gonçalves aponta que:

“Com relação ao direito sucessório, todos os filhos concorrem, em igualdade de condições com os filhos de sangue, em razão da paridade estabelecida pelos arts. [227](#), [§ 6º](#) da [Constituição](#) e art. [1.628](#) do [Código Civil](#). Em consequência, os direitos hereditários envolvem também a sucessão dos avós e dos colaterais, tudo identicamente como acontece na filiação biológica[\[26\]](#)”. (GONÇALVES, 2008,P.361).

Para Guilherme Alberto Saraiva:

Para efeitos sucessórios, os filhos adotivos se equiparam aos consanguíneos (Cód. Civil de 2002, art.1.626). A existência de filho adotivo arreda da sucessão todos os demais herdeiros do adotante.[\[27\]](#)

Destaca-se a igualdade de direito entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, diz-se filhos biológicos e adotivos, em plena igualdade.

Destaca Carlos Roberto Gonçalves que:

Com relação ao direito sucessório, o filho adotivo incorre hoje, em igualdade de condições com os filhos de sangue, em face da paridade estabelecida pelo art.227,§ 6º, da Constituição e do disposto no art. 1.628 do Código Civil. Em consequência, “ os direitos hereditários envolvem também a sucessão dos avós e dos colaterais, tudo identicamente como acontece na filiação biológica . Na linha colateral, na falta de parentes mais próximos, ao adotivo, como acontece com o filho biológico, sucede até o quarto grau, isto é, pode ser contemplado no inventário por morte dos tios[28] (art.1.839 do Código Civil de 2002 e art 1.612 do Código de 1916). (GONÇALVES, 2012, p. 406.

Nota-se a total igualdade entre os filhos adotivos e biológicos no que tange os efeitos sucessórios.

Ainda nessa ceara, leciona Maria Helena Diniz:

Visto que se equipara ao filho advindo do parentesco consanguíneo, herdando, em concorrência com cônjuge sobrevivente ou convivente do falecido, na qualidade de descendente do autor da herança (CC, arts. 1.829, I e 1790, I e II) afastando da sucessão todos os demais herdeiros do adotante que não tenham a qualidade de filho (DINIZ, 2010, p.544).

Vem corroborar o entendimento pacífico da doutrina baseada no Código Civil de 2002, que instala a igualdade de direitos a fins sucessórios do filho adotivo e biológico.

Aponta Maria Helena Diniz:

Para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza são equiparados, havendo, assim, direito sucessório recíproco entre pais e filhos reconhecidos, pois tanto os ascendentes como os descendentes são

herdeiros necessários. Deste modo, o filho reconhecido concorre em pé de igualdade com os irmãos havidos na constância do casamento, herdando quinhão igual ao que couber aos demais filhos. (DINIZ, 2007, p. 476).

É preciso, o que traz a doutrina, diante do contexto no que tange os efeitos sucessórios da adoção, é regulada pelo mesmo direitos dos filhos biológicos distinção que qualquer natureza.

8 DA ANULAÇÃO DO REGISTRO CIVIL NO CASO DE ADOÇÃO À BRASILEIRA COM BASE NA JURISPRUDENCIA BRASILEIRA

Nesse Contexto, é notável a constante a formação de conceitos do que vem a ser a família brasileira, é preciso parar e repensar o que de fato essas modificações trouxeram e trazem no cotidiano. O que é ser pai? Pai é somente aquele que cria? Ou por outro viés, pai é aquele que transmitiu sua herança genética? Com a atual Carta Magna, definindo e elucidando o afeto como fonte definidora do que vem a ser pai, família para o filho adotivo, o direito entra na discussão do que é ser pai, tanto de filhos havido na constância do casamento quanto de filhos adotados.

Se faz importante conhecer melhor as modalidades de filiação, são três: a Jurídica, a biológica, e a socioafetiva. A primeira se dá em razão da lei, a exemplo, a presunção legal da paternidade e a adoção regulamentada pela Lei 12.010/09. A segunda definição é o que une de forma genética, ou consanguínea o pai e o filho. Por ultimo, a terceira, conceituada pelas doutrinas e jurisprudências, em síntese, como os laços construídos a partir do afeto, formados entre um pai e um filho devido a convivência constante entre eles. Aos poucos, o ordenamento jurídico vem mostrando e acolhendo essa concepção.

A filiação é uma relação construída, quotidianamente, e exige de seus membros um agir positivo, um comportamento qualificado pela existência de um tratamento recíproco de pai e filho. Em outras palavras, trata-se de construção fática da posse de estado de filho, que representa a valorização da vertente afetiva da relação, e que transcende o sentido biológico que pode, ou não ter lhe dado origem. Contemporaneamente, o papel de

pai é muito mais amplo, muito mais rico em detalhes do que o papel de genitor, visto que, a “verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético”(CARBONERA; SILVA, 2009, p. 357 apud CARVALHO, 2012, p. 109).

Parte da convivência, do afeto, como outros aspectos para surgir a posse do estado de filiação.

Para Edson Fachin, em suas sábias palavras, leciona que: a posse de estado de filho não se origina somente da verdade biológica, mas sim da relação paterno-filial, relevante aos requisitos afetivos e sociológicos na vida das pessoas.

A verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade socioafetiva. Balanceando a busca da base biológica da filiação com o sentido socioafetivo da paternidade, o legislador valeu-se da conhecida noção de posse de estado. Não é propriamente à verdade biológica que a posse do estado de filho serve prioritariamente. Depreende-se que ela se dirige mais a valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação, posto que sua ausência pode pôr em dúvida o vínculo da filiação (FACHIN, 1996, p.70 apud CARVALHO, 2012, p. 126)

Destarte, na mesma seara de Fachin, José Bernardo Ramos Boeira, deixa claro que a posse do estado de filho é:

“uma relação afetiva, íntima e duradoura, peculiar, conhecida pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento que de fato existe na relação paterno-filial, em que há chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai”(BOEIRA, 1999, p.60, apud LIMA, 2014, p. 35).

Depreende-se que se origina do simples fato de demonstrar ou apresentar tanto na vida pública quanto na vida privada ser filho de quem

o educa e cuida e deve existir a vontade por ambas as partes dessa relação o sentimento de serem reconhecidos como pai e filho, o que independe da verdade biológica.

Existe de fato o entendimento por meio de doutrinas e jurisprudências que a filiação é reconhecida pela posse do estado de filho, a seguir, um julgado em que mesmo um exame de DNA (**ácido desoxirribonucleico**), **com resultado negativo, não desconstruiu a filiação, pois estavam presentes a posse do estado de filho por mais de 10 anos entre eles.**

DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. EXAME DE DNA. RESULTADO NEGATIVO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DO VÍNCULO FAMILIAR PROMOVIDO PELO AUTOR AO REGISTRAR A MENOR, ATRIBUINDO A ELA O PRÓPRIO NOME. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO A INQUINAR A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE, A QUAL SUCUMBE QUALQUER RESERVA MENTAL PRÉVIA. PRECEDENTES DO STJ. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA NA MANUTENÇÃO VÍNCULO PARENTAL. ESTUDO SOCIAL CONCLUSIVO NO SENTIDO DE RECONHECER A SOCIOAFETIVIDADE E POSSE DO ESTADO DE FILHA (NOME, TRATO E FAMA) QUE PERDURA POR MAIS DE DEZ ANOS. VÍNCULO AFETIVO QUE NÃO SE DESFAZ EM FUNÇÃO DO RESULTADO DE MERO EXAME PERICIAL, TAMPOUCO PELA SEPARAÇÃO DO AUTOR E A REPRESENTANTE LEGAL DA MENOR. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PERSONALIDADE DA RÉ. BLINDAGEM AMPARADA PELA IMPOSSIBILIDADE DE PONDERAÇÃO DO EPICENTRO AXIOLÓGICO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

Recurso que se nega seguimento, na forma do art. [557](#), caput, do [CPC](#). Suspendo de ofício a condenação do Autor ao pagamento das custas e honorários em respeito à gratuidade de justiça deferida a seu favor, na forma do art. [12](#) da Lei nº [1.060](#)/50 (TJ-RJ - APL: 00223867120098190206 RJ 0022386-71.2009.8.19.0206, Relator: DES. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES, Data de Julgamento: 16/01/2013, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/04/2013 18:26).

Partindo dessas referências concebidas pelo direito brasileiro, se faz necessário analisar e corroborar o que diz a jurisprudência acerca da possibilidade de desconstituir da certidão de nascimento do filho adotivo que se deu pela adoção à brasileira.

Nesse sentido diz a jurisprudência:

“DIREITO CIVIL E FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DE PATERNIDADE DE QUEM ERA CIENTE DE NÃO SER O PAI BIOLÓGICO. SITUAÇÃO QUE CONFIGURA VERDADEIRA ADOÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO OU DEFEITO FORMAL NA DECLARAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. EXAME DE DNA IRRELEVANTE. DEMONSTRAÇÃO INDELÉVEL DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-RN - AC: 52336 RN 2009.005233-6, Relator: Des. Amaury Moura Sobrinho, Data de Julgamento: 27/08/2009, 3ª Câmara Cível)”.

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CONFIGURAÇÃO DO VÍNCULO BIOLÓGICO. ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL.

IMPOSSIBILIDADE. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CONFIGURADA PELA ADOÇÃO PROMOVIDA PELOS PAIS REGISTRAS HÁ MAIS DE 30 ANOS. IRREVOGABILIDADE, 1. Assegurado o direito de investigar sua origem biológica e constatado o vínculo genético com o investigado, é parcialmente procedente a pretensão do autor, na medida em que o reconhecimento de paternidade não pode ter repercussões na esfera registral nem patrimonial, uma vez que encontra óbice na relação de filiação socioafetiva... (TJ-RS - AC: 70045659554 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 26/01/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/02/2012

Assim, tem-se o afeto como formador da família e da filiação entre pai e filho. A anulação do registro civil para fins de sucessão não é acolhido pelas decisões na jurisprudência, uma vez que o vínculo já está formado e passa a regular a convivência entre pai e filho. Porém, se faz plausível essa possibilidade quando o filho se enquadra por indignidade ou deserdação por tentar contra a vida dos pais, no entanto é assegurado ao filho adotivo o direito de conhecer de descobrir a sua verdade biológica, mas essa vontade deve vir do filho, uma vez feita a doção e estabelecido o vínculo afetivo não poderá mais ser desfeita por desejo de outrem que não seja a pessoa do filho, que é assegurado pelo ECA, que defende que os interesses dessa relação devem ser voltados para a parte frágil e que carece de cuidados que é o filho adotivo.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO: ARTS. 1.604 e 1.609 do Código Civil. 1. Ação negatória de paternidade, ajuizada em 14.08.2006. Recurso especial concluso ao Gabinete em 14.06.2013. 2. Discussão relativa à nulidade do registro de nascimento em razão de vício de consentimento,

diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes. 3. A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC-02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro. 4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. 5. Mesmo que não tenha ficado demonstrada a construção de qualquer vínculo de afetividade entre as partes, no decorrer de mais de 50 anos, a dúvida que o recorrente confessa que sempre existiu, mesmo antes da criança nascer, de que ele era seu filho, já é suficiente para afastar a ocorrência do vício de consentimento - erro - no momento do registro voluntário. 6. No entendimento desta Corte, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento, é necessária prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto. 7. Recurso especial desprovido.

(STJ - REsp: 1433470 RS 2013/0188242-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2014).

Destarte, essa jurisprudência corrobora a impossibilidade da anulação do assento de nascimento por mera volatilidade dos relacionamentos amorosos entre os “pais”, ainda assim, o Código Civil de 2002 no caput do art. 1.609, visa proteger a criança registrada. Por tal razão o art. 1.604 do mesmo diploma legal consente a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos onde ficar comprovado o erro ou falsidade do registro, para que fique caracterizado o erro, é necessário a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de

registrar. Mesmo que subsistiu a dúvida antes da criança nascer e não tenha sido construído vínculo de afetividade entre as partes no prazo de mais de 50 anos, já é suficiente para afastar a ocorrência de vício de consentimento-erro- no momento do registro voluntário. No caso da análise em tela, do recurso, o entendimento foi por improcedência do pedido do autor que pedia a desconstrução da paternidade no assento do registro.

9 CONCLUSÃO

Com o advento do Código Civil de 1916, entraram em vigor as primeiras normas que regulavam o processo de adoção no Brasil e atendia a necessidade da sociedade patrimonialista daquela época. Visavam dar filhos aos casais que não os tinha, enquanto isso o vínculo afetivo não tinha relevância jurídica alguma.

Portanto, a partir do Código Civil de 2002, dando relevância aos princípios Constituição Federal de 1988, trazendo a isonomia entre os filhos, a dignidade da pessoa humana, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Nacional da Adoção (12.010/09) a criança passou a ter os seus interesses protegidos pelo Estado.

Essa importância do Estado para com a criança refletiu de modo positivo na estabilidade familiar assim como no bem- estar, importância essa que refletiu no sistema da adoção que tem-se hoje. A adoção deixou de ser analisada apenas sob a ótica dos adotantes. A partir disso passou a ter caráter assistencialista, onde não se leva em conta somente a vontade do adotante de poder adotar filhos quando não os pode ter de modo natural, mas também a oportunidade do adotando terá de receber um lar e poder ter o convívio familiar, que agora é uma garantia legal.

É notório no âmbito jurídico, que há o reconhecimento da família como um grupo social constituído essencialmente de afetividade e que o princípio da socioafetividade norteia as decisões de lides do Direito de Família.

Com isso resultou a adoção à brasileira, dentro de todo esse contexto jurídico e social de primazia das relações afetivas em detrimento dos laços biológicos e do princípio do melhor interesse da criança, iniciou-se, um tratamento mais flexível por parte dos operadores do direito.

10 REFERÊNCIAS

Almeida, Renata Barbosa de. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Cadastro Nacional da Adoção**. Disponível em: . Acesso em: 05 de Out.2017.

_____. **Adoção à brasileira gera graves consequências**. Disponível em: . Acesso em: 05 Out. 2017.

_____. **Adoção à brasileira e a (i)legalidade) do ato**. Disponível em: . . Acesso em: 05 Out. 2017.

_____.Artigo: **Esvaziar os abrigos ou esvaziar a adoção?** .Acesso em: 07 set. 2017.

_____. **Passo-a-passo da adoção CNJ**. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passo-a-passo-da-adocao>>. Acesso 05 Out. 2017.

_____.**Relatório de crianças cadastradas**. Disponível em : < <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> >. Acesso em: 05 Out. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 05 Out. 2017.

_____. **Adoção**. Disponível em:< <http://www.adocaobrasil.com.br/>>. Acesso em: 05 Out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>.Acesso em: 06 Out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 06 Mai. 2017.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Diniz, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro**. Direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GIL, A.C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 207 p.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva 2013.

Monteiro, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito de Família. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA. **Adoção à brasileira**. Disponível em:. Acesso em: 10 Abr. 2017.

_____.Tribunal de Justiça do Piauí. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de ação declaratória de nulidade de registro civil. Adoção à brasileira**. Apelação Cível nº 201000010064408. 2ª Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Piauí. Relator: Des. Brandão de Carvalho. 25 de Maio de 2015. Disponível em:< <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292212997/apelacao-civel-ac->

[201000010064408-pi-201000010064408/inteiro-teor-292213116?ref=juris-tabs](http://www.conteudojuridico.com.br/201000010064408-pi-201000010064408/inteiro-teor-292213116?ref=juris-tabs)>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____.Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Acórdão de decisão que reconheceu e deu provimento ao pedido de reconhecimento de paternidade biológica requerida pelo filho. Adoção à brasileira.** Apelação Cível nº 20120238431 SC 2012.023843-1. Relator: Jaime Luiz Vicari, Data de Julgamento: 03/07/2013, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado. Disponível em:< <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23956476/apelacao-civel-ac-20120238431-sc-2012023843-1-acordao-tjsc/inteiro-teor-23956477>>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. Tribunal de justiça de Minas gerais. **Acórdão de decisão que deu parcial provimento ao recurso que pedia negatória de paternidade cumulada com nulidade de registro de nascimento.** Apelação cível nº10362100016314001. Relator: Peixoto Henriques. 28 de Janeiro de 2014. Disponível em:< <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119394226/apelacao-civel-ac-10362100016314001-mg/inteiro-teor-119394270>>. Acesso em 09 set. 2017.

_____.Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Decisão monocrática, ação negatória de paternidade, sentença de improcedência do pedido.** Apelação Cível nº 00223867120098190206. Relator: Desembargador Teresa de Andrade de Castro Neves. 16 de janeiro de 2013. Disponível em:< <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117054531/apelacao-apl-223867120098190206-rj-0022386-7120098190206>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____.Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que declarou improcedência do pedido, ação negatória de paternidade com anulação de registro de nascimento.** Recurso especial nº 1433470 RS 2013/0188242-4. Relator: Ministra Nancy Andrigli. 15 de Maio de 2014. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25087051/recurso-especial-resp-1433470-rs-2013-0188242-4-stj>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Acórdão de decisão que negou provimento pedido de reconhecimento espontâneo de paternidade de quem era ciente de não ser o pai biológico.** Apelação cível nº AC 52336 RN 2009.005233-6. Relator: Desembargador Amaury Moura Sobrinho. 27 de Agosto de 2009. Disponível em: < <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5708353/apelacao-civel-ac-52336-rn-2009005233-6>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que reconheceu parcialmente investigação de paternidade alteração do registro civil.** Apelação cível nº AC 70045659554. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. 26 de janeiro de 2012. Disponível em:< <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21177934/apelacao-civel-ac-70045659554-rs-tjrs>>. Acesso em: 10 set. 2017.

NOTAS:

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: vinicius.marques@catolica-to.edu.br.

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** Direito de família. V.6, 9 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

[3] “Evolução Histórica da adoção no Brasil”: Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13034:imported_13004&catid=32&Itemid=181> Acesso em: 03 set.2017.

[4] Revista dos tribunais. Publicação Oficial dos trabalhos do Tribunal de Justiça de S. Paulo. Adopção – Direito do filho adoptivo – formalidades do acto p. 331. Direção do Advogado Plínio Barreto. Anno V, fasciculo N.102, V. XIX. 2 de setembro de 1916. Revista disponível no acervo da biblioteca faculdade de direito do Largo de São Francisco.

[5] ABREU apud Jayme Henrique. Convivência familiar: A guarda, Tutela e adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente, in Estatuto da Criança e do Adolescente – Estudos Sócios Jurídicos, p.140.

6

Disponível

em:< http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_anotado_2013_6ed.pdf>. Acesso em: 07 set. 2017.

[7]

Disponível

em:< <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150602-10.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

[8] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. V. 6. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.p. 327.

[9] Código Civil 2002. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em 07 set. 2017.

[10] Lei Nacional 12.010/09. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em 07 set. 2017.

[11] Brasília, Supremo Tribunal Federal, 05/03/2015, Relatora: Min. Carmen Lúcia, Publicada em 19/03/2015. Disponível em:<<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/88135766/stf-18-03-2015-pg-157>>. Acesso em 07 set.2017.

[12] Brasília, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 DF, relator: Min. Ayres Britto, 05/05/2011, publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 07 set. 2017.

[13] DIAS, Maria Berenice. Artigo: esvaziar os abrigos ou esvaziar a adoção? Disponível em:< http://mariaberenice.com.br/uploads/2_-_esvaziar_os_abrigos_ou_esvaziar_a_ado%E7%E3o.pdf>. Acesso em: 07 set. 2017.

[14] DIAS, Maria Berenice. **Artigo: adoção e o direito constitucional à convivência familiar.** Disponível em:< http://mariaberenice.com.br/uploads/ado%E7%E3o_e_o_direito_constitucional_%E0_conviv%EAncia_familiar.pdf#_blank>. Acesso em: 8 set. 2017.

[15] Revista dos Tribunais. Publicação Oficial dos trabalhos de Tribunal de Justiça de S. Paulo. Supremo Tribunal Federal, N. 3945, Patrio Poder – Suspensão – Venda de filha menor. p. 499. Anno X. Vol XLI. Fasciculo N.220. 2 de fevereiro de 1922. 19 de Abril de 1916 – H. do Espírito Santos. P. - Godofredo Cunha, relator – Sebastião de Lacerda. Revista disponível

no acervo da faculdade de direito do Largo de São Francisco. 13 In, Manual de Direito das Famílias. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2010. p. 489.

[16] In, Manual de Direito das Famílias. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2010. p. 489.

[17] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, V. I. p. 466.

[18] Apelação Cível N° 201000010064408, Segunda Câmara Especial Cível.

[19] REsp 833.712/RS.

[20] REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. REsp 1.167.993-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2012.

[21] Código Civil 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 set.2017.

[22] Código Civil 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 set. 2017.

[23] Constituição Federal de 1988. Disponível em:< <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10644726/artigo-227-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 09 set. 2017.

[24] CHAVES, Antônio. Obra citada. Pág 623.

[25] Apelação Cível N° 10362100016314001, Sétima Câmara Cível.

[26] GONÇALVES ,Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 9º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, V 6.p 361.

[27] GUILERMO, Alberto Saraiva, La Adopción, pág. 147.

[28] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 9º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012,V 6.p 406.

PODER CONSTITUINTE, APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO: Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: O propósito deste artigo é apresentar ao leitor informações históricas no que se refere ao Poder Constituinte, suas classificações e adiante a classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade e eficácia. Fundamentado por ampla e reconhecida doutrina e através de exemplificações, relativas à análise de artigos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pretendemos auxiliar o leitor na maior aquisição de conhecimento para, com isto, facilitar a distinção entre as normas positivadas, no que tange a aplicabilidade e a eficácia, em nossa Lei Maior.

Palavras chave: Poder Constituinte; Constituição Federal, Aplicabilidade e eficácia; normas constitucionais.

Abstract: The purpose of this article is to present to the reader historical information regarding the Constituent Power, its classifications and later the classification of constitutional norms as to its applicability and effectiveness. Based on a broad and recognized doctrine and by means of exemplifications related to the analysis of articles of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, we intend to assist the reader in the greater acquisition of knowledge in order to facilitate the distinction between the positive norms in which the applicability and effectiveness, in our Major Law.

Keywords: Constituent Power; Federal Constitution, Applicability and effectiveness; constitutional rules.

Introdução

A concepção de Poder Constituinte surge no século XVIII, esboçada por Emmanuel Sieyès, meses antes da Revolução Francesa distribuía, em forma de panfleto, um manifesto intitulado “Qu’est-ce que le Tiers État”, traduzindo para nossa língua materna, “O que é o Terceiro Estado?”.

A França, neste período, apresentava uma sociedade dividida em três Estados. O primeiro e o segundo Estados, formados pelo clero e pela nobreza, os quais eram detentores do poder, comandando as decisões políticas, através do autoritarismo, que regiam todo o País. O terceiro Estado, formado pela maioria esmagadora da população francesa, era composto pela burguesia, proletariado e desempregados.

A teoria deflagrada por Sieyès, é a reivindicação dos membros do terceiro Estado contra o absolutismo exercido pelo clero e pela nobreza. O documento redigido por Sieyès expõe a necessidade de restauração do poder político da França baseada na vontade da Nação.

O Poder Constituinte institui uma nova ordem. Eis que se dá a convocação de Assembleia Nacional Constituinte para elaboração de Direitos Francesa. Destarte, de acordo com documento pactuado pela nação, surge a Constituição.

Desta feita, temos que o Poder Constituinte é a vontade soberana de um povo, tendo organizadas suas diretrizes políticas e sociais. Portanto, a titularidade do Poder Constituinte, na concepção de Sieyès, pertence ao povo, visto que, decorre da soberania popular, que expressam suas vontades através de seus representantes.

Por fim, com brilhantismo Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa: “o povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte, mas jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada pela elite”.^[1] Eis a distinção entre quem possui a titularidade do Poder Constituinte e quem realmente o exerce.

Segundo aponta Michel Temer:

O titular seria o povo. Exercente é aquele que, em nome do povo, implanta o Estado, edita a Constituição. Esse exercício pode dar-se por vias diversas: a) pela eleição de representantes populares que integram “uma Assembléia Constituinte”; ou b) pela revolução, quando um grupo exerce aquele poder sem manifestação direta do agrupamento humano.^[2]

1. Espécies de Poder Constituinte

O Poder Constituinte é classificado em: Originário; Derivado; Difuso e Supranacional.

Em relação ao Poder Constituinte Originário este é subdividido em histórico ou revolucionário.

Por seu turno, o Poder Constituinte Derivado possui sua subdivisão classificada em: reformador; decorrente; e revisor. Abordaremos detalhadamente cada espécie e suas subdivisões, quando houver, no transcorrer deste trabalho.

1.1. Poder Constituinte Originário

O Poder Constituinte Originário, também denominado genuíno, de primeiro grau, inicial ou inaugural. Ocorre pelo rompimento por completo de determinada ordem jurídica existente e instaurar uma nova ordem jurídica no Estado, instaurando uma nova Constituição, ou, também, pode dar-se pela elaboração de uma primeira constituição. Como bem sintetiza Flávia Bahia: “É o poder criador, é o poder institucionalizador de uma Constituição central.”^[3]

Destarte, o Poder Constituinte Originário, caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado.

A característica de inicial se dá, visto que, ocorre a elaboração de uma nova ordem jurídica, exercida através da nova Constituição.

Devido ao rompimento da ordem jurídica anterior, surgem as características que o tornam ilimitado e autônomo, já que, não está limitado pela ordem jurídica anterior e tampouco limitar-se pelos direitos anteriormente positivados.

Na compreensão de Michel Temer existe limitação, porém apenas procedimental, conforme segue: “[...] a limitação se dirige à atividade da Assembleia Constituinte, mas ela iniciou-se no momento em que houve a escolha dos seus representantes”.^[4]

No mesmo entendimento em que há limitações ao Poder Constituinte Originário, dispõe Paulo Branco no trecho a seguir:

[...] se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações. Por isso, um grupo que se arrogue a condição de representante do poder constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido como poder constituinte originário. Afinal, só é dado falar em atuação do poder constituinte originário se o grupo que diz representá-lo colher a anuência do povo, ou seja, se vir ratificada a sua invocada representação popular. Do contrário, estará havendo apenas uma insurreição, a ser sancionada como delito penal. Quem tenta romper a ordem constitucional para instaurar outra e não obtém a adesão dos cidadãos não exerce poder constituinte originário, mas age como rebelde criminoso.^[5]

Vale ressaltar, para fins didáticos, que a teoria jusnaturalista afirma que o Poder Constituinte Originário não é ilimitado, como nos aponta Bernardo Gonçalves Fernandes: “ele irá guardar limite em cânones do

Direito Natural, como a liberdade, igualdade, não discriminação, ou seja, cânones do "homem em razão de ser homem".^[6]

A fim da manifestação de sua vontade, ao Poder Constituinte Originário não lhe é imposta forma ou procedimento para realizar a constitucionalização, eis a natureza de poder incondicionado.

De acordo com Canotilho que sintetiza tais características da seguinte maneira:

[...] o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autónomo e onnipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autónomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve 'dar-se' uma constituição à Nação. É um poder onnipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo.^[7]

No que tange as subdivisões do Poder Constituinte Originário em histórico ou revolucionário. O Poder Constituinte Originário histórico é o que edita a primeira Constituição do Estado, em contrapartida, o Poder Constituinte Originário revolucionário é aquele que rompe a ordem constitucional vigente, instaurando um novo ordenamento jurídico, através da elaboração de uma nova Constituição.

1.2. Poder Constituinte Derivado

O Poder Constituinte Derivado (também denominado de segundo grau, instituído ou constituído), deriva do Poder Constituinte Originário, tendo seu exercício limitado disposto na própria Constituição.

Segundo Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino: “*É um poder jurídico porque integra o Direito, está presente e regulado no texto da Constituição Federal*”.^[8]

Desta feita, o Poder Constituinte Derivado possui as seguintes características: subordinado; condicionado; e limitado.

Subordinado, já que deve respeitar os fundamentos estabelecidos, pelo Poder Constituinte Originário, dispostos na Constituição. Condicionado, pois, qualquer reforma, deve ser realizada harmonicamente à Constituição Federal. Limitado, visto que, deve obediência as normas de elaboração impostas, bem como ao conteúdo da Constituição Federal que não pode sofrer alteração.

O Poder Constituinte Derivado, como visto, é dividido em reformador, decorrente ou revisor.

1.2.1 Poder Constituinte Derivado Reformador

A sociedade vive em constante evolução. A fim de acompanhar a evolução da sociedade existe o Poder Constituinte Derivado Reformador, que cria normas constitucionais, com intuito de adequar a Constituição as necessidades e anseios presentes na sociedade. Na sintética definição do Poder Constituinte Derivado Reformador de Luciano Dutra: “*Poder de editar emendas à Constituição. O exercício deste Poder compete ao Congresso Nacional*”.^[9]

Cabe destaque ao apontamento posto por Michel Temer, conforme o transcrito: “*Já agora, entretanto, a produção dessa normatividade não é emanção direta da soberania popular, mas indireta, como também ocorre no caso da formulação da normatividade secundária (leis, decretos, sentenças judiciais)*”.^[10]

Por fim, temos definido que o Poder Constituinte Derivado Reformador é a possibilidade de modificação da Constituição, que se dá através das emendas constitucionais (arts. 59, I e 60 da CF/88), ou seja, de acordo com as normas e limitações instituídas pelo Poder Constituinte

Originário. As emendas constitucionais são limitadas de acordo com sua natureza procedimental, circunstancial, temporal e material.

1.2.1.1. Limites Procedimentais quanto à iniciativa de Proposta Emenda Constitucional

Disposto no caput do artigo 60 da Constituição Federal que estabelece em seus incisos, I, II e III, de competência relativa concorrente, só poderá ocorrer emenda constitucional a partir de proposta apresentada por no mínimo um terço dos deputados ou um terço dos senadores, Presidente da República, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas.

Em relação as Assembleias Legislativas, se faz necessário a adesão da proposta por maioria relativa.

1.2.1.2. Limites Procedimentais quanto a votação de Proposta de Emenda Constitucional

A proposta de Emenda Constitucional, conforme disposto no artigo 60 §2º da Constituição Federal, deverá ser debatida e votada em cada Casa do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em dois turnos. Haverá aprovação da respectiva Emenda Constitucional se em ambas as Casas se obtiver (3/5) três quintos dos votos dos respectivos membros.

1.2.1.3. Limites Procedimentais quanto a promulgação de Proposta de Emenda Constitucional

No que tange a promulgação de Emenda Constitucional, apresenta-se disposta no artigo 60, §3º da Constituição Federal, o qual dispõe que a promulgação será efetuada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Após aprovação de Emenda Constitucional pelo Congresso Nacional, esta não irá para a sanção presidencial.

1.2.1.4. Limites Circunstanciais

A Constituição Federal dispõe em seu art. 60, §1º, quanto aos limites circunstanciais, ou seja, determinadas circunstâncias onde não poderá ocorrer o trâmite de Emenda Constitucional.

As hipóteses dispostas na CF são: intervenção federal; estado de defesa ou estado de sítio. Caso ocorra norma constitucional, decorrente do Poder Constituinte Derivado Reformador, durante o período de limitação circunstancial, esta será inconstitucional.

1.2.1.5. Limites Temporais

Conforme disposto no artigo 60, §5º da CF/88: “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

1.2.1.6. Limites Materiais

Refere-se as vedações expressas na Constituição Federal, o legislador originário, impõe limites às reformas constitucionais evitando alterações na substância da Constituição.

As limitações, dispostas no art. 60 §4º da Constituição Federal de 1988, são denominadas limitações materiais explícitas, por seu turno, existem limitações que decorrem do sistema constitucional, as quais são denominadas limitações materiais implícitas.

1.2.2. Poder Constituinte Derivado Decorrente

Como o Poder Constituinte Derivado Reformador, também é jurídico, definido pela capacidade das unidades da federação (Estados, Distrito Federal e Municípios) elaborarem suas próprias Constituições (Estados) e Lei Orgânica (Distrito Federal e Municípios).

Segundo Pedro Lenza: “*Estados têm a capacidade de auto organizar-se, desde que, é claro, observem as regras que foram estabelecidas pelo poder constituinte originário*”.^[11]

Destarte, de acordo com art. 25 e no art. 11 do ADCT, na elaboração cabe obediência aos princípios dispostos na Constituição Federal.

1.2.3. Poder Constituinte Derivado Revisor

Instituído pelo Poder Constituinte Originário, possibilita, após 5 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, uma única revisão.

A revisão, realizada mediante votação por maioria absoluta do Congresso Nacional, realizada em sessão unicameral (art. 3º do ADCT).

O Poder Constituinte Derivado Revisor teve sua limitação disposta nas cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88). Somente seis Emendas Constitucionais de revisão foram editadas em (1994), e conforme exposto, não há mais possibilidade de revisão, visto que, o Poder Constituinte Derivado Revisor teve sua eficácia exaurida.

1.3. Poder Constituinte Difuso

Caracteriza-se pelo poder atribuído aos agentes políticos de adequação da Constituição Federal de uma forma inespecífica, ou seja, a adaptação do texto constitucional, sem alterações, às evoluções ocorrentes na sociedade.

1.4. Poder Constituinte Supranacional

Não admitido em no ordenamento jurídico brasileiro. Encontra-se caracterizado pela possibilidade de criação de instituições supranacionais, visando determinada vontade de integração e relativizando a soberania dos Estados, p.ex., União Europeia.

2. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais

Ao abordarmos normas constitucionais é inconcebível pensarmos que sejam desprovidas de aplicabilidade e eficácia. O que se apresenta, de fato, nas normas constitucionais, é a variação de eficácia e aplicabilidade de acordo com a elaboração normativa do legislador constituinte.

A doutrina clássica e, boa parte da doutrina moderna adota a divisão da aplicabilidade das normas em apenas duas espécies: auto executáveis e não auto executáveis. Para melhor compreensão, cabe apresentar o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A doutrina clássica distingue a este respeito duas espécies. É o que Rui Barbosa já ensinava, com arrimo em Cooley, Story e outros onstitucionalistas norte-americanos. Esta ainda é a lição da doutrina moderna, da estrangeira, por exemplo, de Jorge Miranda, e de parte da brasileira, por exemplo, a do autor deste livro. São elas as normas exequíveis por si sós (normas autoexecutáveis, self executing) e as normas não exequíveis por si sós.^[12]

Segundo leciona José Afonso da Silva, quanto às normas auto executáveis e não auto executáveis, segue:

[...]são auto executáveis “as determinações, para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído

se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação”. As normas não auto executáveis são as que “não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o

seu critério, os habilite a exercerem”.^[13]

Diante do objetivo delineado deste artigo, para melhor didática, preferimos a adoção dos ensinamentos do constitucionalista José Afonso da Silva, que classifica as normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade e eficácia em três espécies: plena; contida ou limitada.

Destarte, cabe complementar a classificação em três espécies com trecho significativo do livro de Direito Constitucional de Luís Roberto Barroso:

De acordo com José Afonso, as normas constitucionais, no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, comportam uma classificação tricotômica, assim enunciada: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático, em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos.^[14]

Desta feita, nos resta, a partir deste momento, aprofundarmos em cada uma das espécies caracterizadas pelo postulado de José Afonso da Silva.

3. Normas constitucionais de eficácia plena

As normas de eficácia plena caracterizam-se por serem auto executáveis, ou seja, de aplicabilidade imediata, integral e direta. Sendo assim, não dependem e não são restringidas por atos normativos de legislação infraconstitucional.

Conforme Luciano Dutra: “as normas constitucionais de eficácia plena, desde sua gênese, produzem, ou ao menos possuem a possibilidade de produzir, todos os efeitos visados pelo constituinte (originário ou derivado). São, portanto, autoaplicáveis”.^[15]

Como exemplos de normas constitucionais de eficácia plena positivadas na Constituição da República Federativa do Brasil, expomos os seguintes artigos:

Art. 2º: *“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.*

Art.14, §2º: *“Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos”.*

Art. 17, §4º: *“É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar”,*

Art. 19: *“É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II - recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

Art. 20: *“São bens da União:*

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II;

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005)

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

Art. 21: “Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

II - declarar a guerra e celebrar a paz;

III - assegurar a defesa nacional;

IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo

território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;

VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;

VII - emitir moeda;

VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;

XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012) (Produção de efeito)

XIV - organizar e manter a polícia federal, a polícia rodoviária e a ferroviária federais, bem como a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal e dos Territórios;

XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

XVII - conceder anistia;

XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; (Regulamento)

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;

XXII - executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteira;

XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio

estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

E ainda, os artigos 22, 24, dentre outros.

José Afonso da Silva cita como exemplos de normas constitucionais de eficácia plena:

[...]as hipóteses contempladas nos arts. 21 (competência da União), 25 a 28 e 29 e 30 (competências dos Estados e Municípios), 145, 153, 155 e 156 (repartição de competências tributárias), e as normas que estatuem as atribuições dos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (arts. 48 e 49, 51 e 52, 70 e 71, 84 e 101-122).^[16]

4. Normas constitucionais de eficácia contida

Caracterizam-se por possuírem aplicabilidade direta, imediata, porém não integral, visto que, são restringidas através de normas infraconstitucionais.

Segundo Michel Temer, em relação as normas de eficácia contida:

“[...]são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional. Por isso mesmo, aliás, preferimos denominá-las de normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível”.^[17]

Por seu turno, Luciano Dutra leciona: “normas constitucionais de eficácia contida, enquanto não restringidas, não são iguais às normas constitucionais de eficácia plena, tão somente, produzem os mesmos efeitos”.

Como exemplos de norma de eficácia contida, podemos citar:

Art. 133 da CF/88: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Desta feita, haverá lei infraconstitucional que limite o exercício da advocacia.

Mantendo os ensinamentos de Luciano Dutra, que nos apresenta exemplos de norma constitucional de eficácia contida na própria Constituição Federal:

[...]alguns exemplos em que a própria Constituição de 1988 diminuiu o âmbito de incidência de uma norma constitucional de eficácia contida: a) direito de propriedade: da leitura dos incisos XXII e XXIV do art. 5º, percebe-se que o próprio legislador constituinte originário limitou o exercício do direito de propriedade; b) restrições a direitos fundamentais impostas pela decretação de estado de sítio: o art. 139 restringiu o âmbito de incidência de diversos direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade de locomoção, a intimidade, a inviolabilidade domiciliar e a propriedade. Importante que se diga, ademais, que a restrição pode ser operada por conceitos ético-jurídicos, como no caso do art. 5º, XXV, em que o “iminente perigo público” autoriza à autoridade competente a imposição de restrições ao direito de propriedade, a partir do instituto da requisição administrativa.^[18]

5. Normas constitucionais de eficácia limitada

Por seu turno, a norma constitucional de eficácia limitada possui aplicabilidade mediata e indireta, visto que, necessita da interposição do legislador através de uma norma infraconstitucional.

Desta feita, as normas de eficácia limitada não produzem seus efeitos essenciais e é dependente de regulamentação posterior a fim de lhe tornar eficaz.

Luís Roberto Barroso, sobre a norma constitucional de eficácia limitada, dispõe:

[...]normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente

para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não autoaplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. Pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando as normas infraconstitucionais anteriores com elas incompatíveis, constituindo parâmetro para a declaração da inconstitucionalidade por ação e por omissão, e fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional.^[19]

As normas constitucionais de eficácia limitada, são subdivididas em: de princípio programático e de princípio institutivo.

5.1. Normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático

Limita-se em traçar princípios que requerem o cumprimento pelos órgãos executivos e legislativo, p.ex., em relação a programas, visando a realizações de fins sociais pelo Estado, no que compete as atividades de cada órgão.

Luciano Dutra as define da seguinte maneira:

São as que estabelecem programas, metas, objetivos a serem desenvolvidos pelo Estado, típicas das Constituições Dirigentes. Impõe um objetivo de resultado futuro ao Estado, direcionando as ações legislativas dos órgãos estatais. Não diz como o Estado deverá agir, mas o fim a ser atingido. Como exemplos, os arts. 3º e 7º, IV.^[20]

Com intuito de melhor exemplificação, citamos também os artigos 196, 205, 215 e 217 da Constituição Federal.

5.2 Normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo

As normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo caracterizam-se por delinear as atribuições e estruturação geral dos órgãos, institutos e entidades, para posterior estruturação definitiva, definida por lei.

Por fim, com brilhantismo Luciano Dutra define:

São aquelas que dependem de lei posterior para dar corpo a institutos jurídicos e aos órgãos ou entidades do Estado previstos na Constituição. Como exemplos, os arts. 88 e 102, § 1º. Essas normas podem assumir a natureza impositiva ou facultativa. As impositivas estabelecem um dever de legislar (arts. 33 e 88). Por seu turno, as facultativas trazem uma mera faculdade para o legislador (art. 22, parágrafo único). Acresça-se que as normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios institutivos possuem caráter subsidiário, isto é, se a norma constitucional depender de legislação infraconstitucional que lhe complete a eficácia e não for uma norma programática será institutiva.^[21]

Podemos citar também, a fim de exemplificação, os artigos 98 e 224 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

6. Considerações finais

O Poder Constituinte pode ser posto em nosso ordenamento jurídico de quatro formas distintas. O Poder Constituinte Originário na formulação de uma nova ordem jurídica, rompendo com a anterior, como foi o caso da Assembleia Constituinte, e posterior promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Já o Poder Constituinte Reformador se refere as possíveis alterações ou emendas constitucionais, previstas e limitadas pelo Poder Constituinte Originário. Neste mesmo sentido, o Poder Constituinte

Reformador Decorrente dispõe a possibilidade às unidades federativas de auto-organização, desde que, respeitados os princípios, requisitos e hipóteses dispostos na Constituição Federal.

Em relação ao Poder Constituinte Reformador Revisor, por já ter sido praticado a época de 1994, teve sua eficácia exaurida.

Por certo, o Poder Constituinte Difuso é atrelado a interpretação da norma constitucional, sem alteração de seu texto, com o intuito de atender as necessidades da sociedade em constante evolução.

Por fim, as normas constitucionais possuem, conforme exposto, eficácia jurídica, todavia em grau de intensidade diversificado e aplicáveis a determinado objetivo.

Desta feita, apesar da existência de outras formas de classificação, aqui não abordadas, como é o caso do exposto na doutrina de Maria Helena Diniz. A partir deste artigo o leitor restará alicerçado para maior aprofundamento sobre o tema que não se esgota somente neste trabalho.

7. Referência bibliográficas

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. Recife: Armador, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva 2ªed. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. 3ªed. São Paulo. Forense, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador. Juspodium, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19ªed. São Paulo. Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G., *Curso de direito constitucional*, 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16ªed. São Paulo. Forense, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: RT, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo. Malheiros. 1998.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 1990.

NOTAS:

[1] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15.

[2] TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33.

[3] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. Recife: Armador, 2017. p. 26.

[4] TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

[5] G. F. Mendes, I. M. Coelho, P. G. G. Branco, *Curso de direito constitucional*, 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 275.

[6] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador. Juspodium, 2017. p. 123.

[7] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 91.

[8] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16ªed. São Paulo. Forense, 2017. p. 81.

[9] DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. 3ªed. São Paulo. Forense, 2016. p. 54.

[10] TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

[11] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19ªed. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 334.

[12] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 38ed. 2012. p.319.

[13] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: RT, 1982, p. 63 e segs.

[14] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva 2ªed. 2010. p. 250.

[15] DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016. p.46

[16] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo. Malheiros. 1998, p. 89.

[17] TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 1990. p. 27

[18] DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016. p.48

[19] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva 2ªed. 2010. p. 251.

[20] DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016. p.48

[21] DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016. p.48

A DIFERENCIAÇÃO ENTRE ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO DO TRABALHO

ANA CAROLINE VIANA GARCIA ROCHA:
Acadêmica: Graduanda do Curso de Bacharel em Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

OSNILSON RODRIGUES DA SILVA

(Orientador)^[1]

RESUMO: O presente artigo aborda os temas de Assédio Moral e Assédio Sexual, trazendo seus conceitos, características, classificação e pontos relevantes de diferenciação entre os institutos. Apresenta também a repercussão dos temas no Direito do Trabalho, explorando a legislação vigente acerca do assédio sexual e a ausência da regulamentação legal específica referente ao assédio moral, contando, porém, com artigos que o amparam e fazendo menção à projetos de lei que versam sobre o tema. Ao analisar suas consequências, é perceptível a verificação de que o combate é necessário e sua forma mais eficaz é através de técnicas de prevenção. Embora se identifique a presença das condutas desde os tempos remotos, sua delimitação é recente, tendo destaque significativo nas últimas décadas (principalmente no que tange ao assédio moral).

Palavras-chave: Assédio Moral e Sexual. Distinção. Relação com o direito do trabalho.

ABSTRACT: This article approaches the themes of Moral Harassment and Sexual Harassment, bringing their concepts, characteristics, classification and relevant points of differentiation between the institutes. It also presents the repercussion of the themes in Labor Law, exploring the current legislation on sexual harassment and the absence of specific legal regulation reference to moral harassment, counting, however, with articles that support it and making mention of the bills that deal about the theme. When analyzing their consequences, it is noticeable the verification that the combat is necessary and its most effective way is through of prevention techniques. Although the presence of conducts has been identified since the earliest times, its delimitation is recent, with significant featurer in the last decades (especially with regard to moral harassment).

Keywords: Moral and Sexual Harassment. Distinction. Relation with labor law.

SUMÁRIO: 1 *Introdução*; 2 *Assédio Moral*; 2.1 *Assédio Moral no Trabalho*; 2.1.1 *Características*; 2.1.2 *Classificação*; 2.1.3 *Diferença entre Dano Moral e Assédio Moral*; 3 *Assédio Sexual*; 3.1 *Assédio Sexual no Trabalho*; 3.1.1 *Características*; 3.1.2 *Classificação*; 4 *Diferenças Entre Assédio Moral e Sexual*; 5 *Repercussão no Direito do Trabalho*; 5.1 *Legislação Geral*; 5.2 *Responsabilidade*; 6 *Técnicas de Combate ao Assédio no Trabalho*; 7 *Considerações Finais*.

1 INTRODUÇÃO

Anterior ao tratamento a fundo dos institutos e indicação de suas distinções, pertinente salientar que grave é a matéria que os assemelha, qual seja a agressão e violação a um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana presente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal/88, quando atentam contra a dignidade psíquica e física da vítima, através de condutas hostis que humilham, constrangem e desmoralizam, causando danos, por vezes, irreparáveis.

Inicia-se o trabalho apresentando o conceito de assédio moral, expondo sua relação com o direito do trabalho e indicando pontos que caracterizam a conduta, sua classificação, além de distinguir o dano moral do assédio moral, matéria que causa dúvida pela semelhança entre os institutos. O mesmo é desenvolvido em relação ao assédio sexual, com suas características e classificação.

O artigo prossegue em demonstrar, de forma objetiva, diferenças entre Assédio Moral e Assédio Sexual, e suas repercussões no âmbito legal, fazendo referência ao direito do trabalho, ramo em que as condutas de assédio são identificadas de forma significativa.

Por fim, com o intento de promover a disseminação das informações evitando que condutas perversas que caracterizam os assédios aumentem,

e visando resguardar as vítimas, são anunciadas medidas de prevenção e combate ao assédio no trabalho.

2 ASSÉDIO MORAL

Compreende-se como conceito de assédio moral ações agressivas de caráter psicológico, que têm por objetivo desabonar, desequilibrar, desmoralizar, fazendo com o que o ofendido tenha sua dignidade psíquica atentada, podendo o resultado do mal causado afetar o indivíduo, até mesmo, com consequências físicas, através de doenças psicossomáticas.

A respeito de assédio moral, Alice Monteiro de Barros (2010, p. 927) se manifesta:

O assédio moral está diretamente ligado à nossa própria estrutura emocional e sentimental, a que chamamos de caráter. [...] são, a rigor, atentados contra a dignidade humana, que se manifestam, de início, na família e na escola, quando se confrontam, respectivamente, filhos e alunos com predileções ostensivas. [...] Por fim, o assédio moral deságua no trabalho, geralmente de forma estereotipada, e em várias outras áreas da sociedade.

Márcia Guedes (2003, p.3) afirma que:

Inicialmente a vítima descuida, encarando o fato como uma simples brincadeira; todavia, é na repetição dos vexames, das humilhações, que a violência vai se mostrando demolidora e, se ninguém de fora intervier energicamente, evolui numa escalada destrutiva. Quando a vítima reage e tenta libertar-se, as hostilidades transformam se em violência declarada, dando início à fase de aniquilamento moral, denominada de psicoterror.

O assédio moral afronta um dos mais importantes princípios protegidos pela nossa Lei Máxima, o princípio da dignidade da pessoa humana, no que

tange a sua influência negativa no coletivo (externa) que por sua vez reflete na individualidade da vítima (interna).

2.1 ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Expor trabalhadores a situações que o façam sentir-se humilhado, envergonhado, de forma reiterada durante o período em que trabalha realizando suas funções, é incorrer em assédio moral, sendo esta uma prática de violência.

A autora francesa Marie-France Hirigoyen (2015, p.17) nos conduz ao pensamento:

O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gestos, palavra, comportamento, atitudes...) que atente por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

Pode-se considerar como fator de start para as perseguições diversas causas, como a inveja, hostilidade, concorrência, desejo de punir, estar sofrendo pressão e transferir isso para o subordinado humilhando-o e forçando resultados abusivos, podendo exemplificar essas ações com o chamamento de apelidos (ofensivos/constrangedores), cobrança desmedida de metas exorbitantes, entre muitas outras condutas hostis. Mas independentemente do motivo que leva o assediador a ferir a vítima, suas consequências são perigosas para este podendo os danos psíquicos causados serem irreversíveis.

O assédio moral, também conhecido na Itália, Alemanha e Escandinávia como mobbing, tem em seu início ações quase imperceptíveis, tanto é que se manifestadas de formas isoladas, sem regularidade, apenas com caráter pontual, podem ser consideradas como pontos de estresse, não havendo, portanto, a caracterização do assédio, este que depende da reiteração das manifestações para existir.

Segundo Barros (2010, p. 928):

O assédio moral não se confunde com outros conflitos, que são esporádicos, nem mesmo com más condições de trabalho, pois pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima.

Além desta característica (de repetição sistemática), destacam-se: a direcionalidade (quando uma pessoa é selecionada para receber as agressões); e longo período de exposição (o assédio se prolonga por um lapso temporal duradouro por meses ou até mesmo anos); o aviltamento do trabalhador (a humilhação a qual é submetido, seu rebaixamento).

É, então, de se levantar o questionamento: Porque a vítima se mantém refém dessa situação por tanto tempo? Para responder essa indagação, é necessário levar em consideração o que ocorre na maioria das vezes que é a hipossuficiência de uma das partes (com exceção do assédio na linha horizontal). Essa condição do empregado faz com que ele esteja em desvantagem, prezando tanto pelo seu emprego e por suas necessidades essenciais, sofrendo atentado à sua dignidade pessoal para tanto. Relevante destacar que a vítima do assédio não se sujeita à perversão por querer, mas por sofrer danos psíquicos tão graves que chegam a afetar sua percepção da realidade, tornando-a cada vez mais suscetível às condutas perversas do assediador.

2.1.1 Características

Caracterizar assédio moral requer a análise de alguns pontos:

- Presença de condutas hostis;
- Repetição sistemática: as manifestações das condutas que configuram o assédio moral precisam ser reiteradas, ou seja, não basta apenas uma conduta isolada, mas é necessário que a sua repetição seja sistemática, para que o dano causado à vítima seja correlacionado as ações danosas do assediador;
- Direcionalidade: quando uma pessoa é selecionada para receber as agressões;

- Longo período de exposição (o assédio se prolonga por um lapso temporal duradouro, ou seja, por meses ou até mesmo anos);
- Aviltamento do trabalhador e suas condições.

Diversos são os exemplos de condutas que caracterizam o assédio moral, podemos destacar algumas para melhor visualização:

- Expor publicamente o assediado, com críticas, humilhações, brincadeiras que ridicularizam e ofendem (“Você não consegue cumprir essa simples atividade? Uma criança de 10 anos faria melhor e mais rápido!”);
- Utilizar de gestos para desprezar o trabalhador (suspiros profundos, olhares esnobes, balançar a cabeça em sinal negativo publicamente com intenção de constranger);
- Utilização de apelidos depreciativos e piadas insultuosas, causando constrangimento (zé ninguém, zero à esquerda, “só faz corpo mole”);
- Incitar o trabalhador ao erro na realização de suas funções a fim de maldizê-lo;
- Isolar o trabalhador dos demais colegas;
- Debochar de peculiaridades físicas do funcionário;
- Zombar da origem socioeconômica e regional;
- Cobrança exorbitante de cumprimento de metas abusivas, além da utilização de ferramentas que exponham o trabalhador por não atingi-las, trazendo sobre a vítima um sentimento de incapacidade e vergonha (premiar os melhores funcionários do mês, e simbolizar a atuação do pior publicamente);
- Exigir que o trabalhador desempenhe funções irrealizáveis, ou que estejam fora da sua qualificação (acima ou abaixo), a fim de trazer condição vexatória, usando de poder para abusar do trabalhador é assédio moral.

Arrematando esse entendimento, Margarida Barreto, médica do trabalho, entende que o assédio moral se caracteriza como "exposição prolongada e repetitiva a condições de trabalho que, deliberadamente, vão sendo degradadas. Surge e se propaga em relações hierárquicas

assimétricas, desumanas e sem ética, marcada pelo abuso de poder e manipulações perversas". (BARRETO 2003, p.22).

Importante destacar que para caracterização, as condutas citadas podem ser manifestadas de forma verbal, escrita, através de gestos, comportamentos, inclusive quando há o constrangimento ainda quando o direcionamento à vítima não vem carregado de insultos ou chacotas, mas também em casos que, por exemplo, a postura do chefe causa tamanha tensão entre os funcionários, por ser aquele temido e rude, que basta dirigir-se ao subordinado para lhe constranger, pois sugere, mesmo que chamando para uma conversa reservada, constrangimento.

2.1.2 Classificação

A doutrina classifica o assédio moral em três categorias, vejamos:

Vertical

Ascendente: modalidade muito rara, mas não impossível. Ocorre quando um subordinado ataca seu superior objetivando o pedido de demissão deste, podendo ser visualizada essa situação quando, por exemplo, este superior é inexperiente ou mais jovem que o subordinado, este por sua vez não aceita receber ordens de alguém com essas características, por inveja ou por simples maldade, fazendo do ambiente de trabalho da vítima (que se torna a cada dia mais insegura por conta dos ataques sofridos pelo assediador, sentindo-se desrespeitado, sem autoridade e envergonhado de expor isso ao seu superior) um lugar inabitável, desejando então pedir demissão, cumprindo o desejo que desencadeou o assédio. Outro exemplo seria quando um novo superior é contratado mas os subordinados esperavam uma promoção entre eles.

Descendente: esta modalidade é a mais comum/frequente. Ocorre de forma hierárquica, ou seja, do superior ao subordinado, predominando o poder imperativo da figura de chefia, numa tentativa de controlar ou pela necessidade de se sentir poderoso e soberano, abusando do poder punitivo.

Horizontal

Essa modalidade de assédio é aquela verificada em relações de trabalho do mesmo nível, ou seja, a vítima e o assediador encontram-se na mesma linha hierárquica. Ao analisar essa espécie de classificação, percebe-se em destaque como causadoras, a inveja e a competitividade.

Mista

Por fim, a modalidade Mista, considera uma das mais agressivas, por ser a junção da vertical e da horizontal, quando a vítima sofre ataques de seu superior hierárquico e simultaneamente de seu colega do mesmo patamar.

Relevante frisar que nas mais variadas categorias de assédio moral, podem figurar como assediador uma ou mais pessoas contra um ou grupo de assediados (devendo o grupo ser determinado ou determinável) e que além das causas apontadas, o preconceito racial e sexual possuem seu destaque.

2.1.3 Distinção entre Dano Moral e Assédio Moral

O Código Civil de 2002 expõe em seu artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 359):

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Constata-se o dano quando os direitos à vida, imagem, privacidade, intimidade, honra, integridade, autoestima, liberdade e reputação da pessoa foram violados.

O que o difere, portanto, do assédio moral é o fato de não ser necessário a reiteração das ações, ou seja, uma única ação pode caracterizar o dano.

Alguns exemplos de situações em que se configura dano moral no direito do trabalho:

- Anunciar em meios públicos a situação de abandono de emprego;
- Realizar revistas constrangedoras e feitas por pessoas do sexo oposto;
- Tratar de forma desigual, com discriminação racial, sexual, ou por deficiência.
- Expor a vida privada do empregado, etc.

3 ASSÉDIO SEXUAL

O Código Penal Brasileiro traz em sua redação o artigo 216-A: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.”

O texto acima tipifica a conduta de assédio sexual, a qual o legislador não identificou quais os meios que levariam ao constrangimento, podendo, portanto, considerar todos sem limitação (mediante violência física ou moral, grave ameaça, fraude entre muitos outros).

Maria Helena Diniz, em seu dicionário jurídico, conceitua o assédio sexual como “Ato de constranger alguém com gestos, palavras ou com emprego de violência, prevalecendo-se as de relações de confiança, de autoridade ou empregatícia, com um escopo de obter vantagem sexual.”.

O assédio sexual admite tentativa, ou seja, é possível que a vítima não tenha sido confrontada diretamente, como por exemplo, caso em que o

assediador constitua sua conduta através de um escrito (carta, mensagem, email, etc) e este meio tenha tido o percurso interrompido. A conduta tentada do assediador caracteriza o assédio por si só. Porém não admite a forma culposa, entendendo que o dolo é critério essencial, visto que há intenção objetiva em obter favores sexuais da vítima.

3.1 ASSÉDIO SEXUAL NO TRABALHO

Em relação ao assédio sexual no trabalho, percebe-se claramente a sua natureza peculiar de cunho sexual, o que auxilia no processo de identificação do crime.

Ernesto Lippmann (2005, p.21), conceitua:

Assédio sexual é o pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico, com promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação e/ou de ameaças, ou atitudes concretas de represálias no caso de recusa, como a perda do emprego, ou de benefícios.

Importante destacar que não é necessário que a vítima ceda ao pedido, prestando o favor de conotação sexual para que se consuma o crime, basta apenas a constatação do constrangimento, podendo os assediados e assediadores serem homens ou mulheres (estas sendo a grande maioria das vítimas).

3.1.1 Características

Entendendo o conceito de assédio sexual, é importante observar características que o definem.

Luiz Flávio Gomes aduz sobre assédio sexual:

É um constrangimento (ilegal) praticado em determinadas circunstâncias laborais e subordinado a uma finalidade especial (sexual). Três, por conseguinte, são as características desse delito: (a) constrangimento ilícito (constranger significa compelir, obrigar, determinar, impor algo contra a vontade da

vítima etc); (b) finalidade especial (vantagem ou favorecimento sexual); (c) abuso de uma posição de superioridade laboral.

Com base no conceito apresentado, podemos listar algumas características do assédio sexual:

- Abuso de poder do assediador enquanto superior laboral;
- Causar constrangimento à vítima;
- Proposta de conceder benefícios em troca de aceitação;
- Retaliações em caso de recusa;
- Finalidade objetiva (conotação sexual)

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), assédio sexual é definido como atos, insinuações, contatos físicos forçados, convites impertinentes, desde que apresentem uma das características a seguir: ser uma condição clara para manter o emprego; influir nas promoções da carreira do assediado; prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima; ameaçar e fazer com que as vítimas cedam por medo de denunciar o abuso; e oferta de crescimento de vários tipos ou oferta que desfavorece as vítimas em meios acadêmicos e trabalhistas entre outros, e que no ato possa dar algo em troca, como possibilitar a intimidade para ser favorecido no trabalho.

Abaixo alguns exemplos de condutas que caracterizam o assédio sexual:

- Fazer comentários atrevidos a respeito das características físicas (beleza);
- Contatos malquistos (toques, abraços, etc)
- Propostas de caráter sexual;
- Perguntas íntimas e que causam constrangimento (“você é virgem?”);
- Presentear de forma indiscreta e insistente;

- Enviar ou exibir fotos pornográficas (mostrar no celular, enviar por mensagem);
- Fazer pedidos para que o funcionário se vista de forma provocante/sensual.

3.1.2 Classificação

São duas as formas de classificar o assédio sexual abordadas pelas doutrinas, mesmo que somente uma delas seja criminalmente reconhecida (por chantagem).

Assédio sexual por Chantagem:

Barros traz o seguinte conceito em sua obra (2010, p. 946) “O assédio sexual por chantagem, traduz, em geral, exigência formada por superior hierárquico a um subordinado, para que se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de emprego.”.

Nessa modalidade de assédio sexual, nota-se que a grande característica é o abuso de poder do assediador, sendo este um superior, objetivando receber retribuição sexual.

Assédio sexual por Intimidação:

Também conhecido como assédio sexual ambiental, “Caracteriza-se por incitações sexuais inoportunas, uma solicitação sexual ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho.” (BARROS, 2010, p. 946).

Considerado pela autora como o mais genérico, constitui-se nessa modalidade a presença de um ambiente de trabalho hostil para a vítima, não sendo necessária uma relação hierárquica. O assediado é constrangido, humilhado, exposto á um ambiente de trabalho insuportável, como por exemplo, um colega de trabalho que continuamente insinua que uma colega

(vítima) apenas tem o cargo por ser mulher ou por ter características femininas que provocaram sua contratação ou promoção.

Mesmo que essa conduta não seja criminalizada pelo nosso código, sua manifestação também gera os efeitos como a rescisão indireta ou a dispensa por justa causa do assediador, e também a reparação por dano moral.

4 DIFERENÇAS ENTRE ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL

De forma objetiva, aponta-se uma das diferenças básicas entre os temas abordados, onde o assédio moral é caracterizado por condutas reiteradas e que se manifestem por um lapso temporal prolongado enquanto o assédio sexual para ser caracterizado basta ocorrer uma única vez.

Aspecto relevante é que a conduta do assédio sexual é tipificada como crime (artigo 216-A do Código Penal) enquanto o assédio moral ainda não possui regulamentação legal específica, porém mesmo que ainda não haja essa regulamentação, às vítimas de assédio moral podem buscar seu direito à indenização por danos morais e materiais, com base nos artigos 1º, III, art. 3º, IV e 5º, X, artigos da Constituição Federal, além de contar com diversos dispositivos que servem como base na relação de emprego, oferecendo garantias à vítima e sanção ao assediador.

Partindo dessa premissa, encontra-se outra característica que é a penalização gerada pelo assédio sexual, no artigo 216-A do Código Penal, que garante pena de 1 a 2 anos, enquanto, por não haver tipificação penal para assédio moral, não há pena para este.

Outra diferença considerável entre os institutos é que, enquanto o assédio moral visa constranger a vítima retirando-a do ambiente de trabalho, o assédio sexual objetiva controlar o assediado no trabalho para obter favores sexuais.

Segundo Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 5):

[...] diferença essencial entre as duas modalidades reside na esfera de interesses tutelados, uma vez que o assédio sexual atenta contra a liberdade

sexual do indivíduo, enquanto o assédio moral fere a dignidade psíquica do ser humano.

Com base no pensamento aludido por Pamplona Filho, encontra-se distinção na finalidade das condutas, onde o assédio moral afeta o psicológico/dignidade-psíquica enquanto o agressor do assédio sexual visa o próprio favorecimento sexual objetivando atingir a intimidade a privacidade da vítima.

Márcia Guedes (2003, p. 41) aponta em seu pensamento, conteúdo significativo a respeito das diferenciações entre os institutos abordados, trazendo correlação:

O assédio sexual não se confunde com o assédio moral. Para que haja assédio moral é necessária a presença de dois requisitos fundamentais, que são a duração no tempo e o objetivo de destruir a vítima. Todavia, tanto o *mobbing* quanto o assédio sexual são violências que guardam certa correlação: o assédio sexual pode muito bem constituir premissa para desencadear uma ação de abuso moral, transformando-se na vingança do agressor rejeitado. Como no caso do marinheiro que, ao rejeitar as propostas sexuais de um ato oficial, passou a sofrer pesada discriminação no trabalho cotidiano. Abusando do poder que detinha, o oficial rejeitado determinou que lhe fossem reservadas as tarefas mais difíceis, arriscadas e fatigante; foi isolado do convívio com os demais colegas, ficando proibido de desfrutar junto ao grupo dos momentos de lazer, inclusive de jogar futebol, durante as pausas na jornada. Não suportando a desqualificação humilhante e o isolamento, solicitou baixa do serviço.

Compreende-se, com base no pensamento exibido, que a diferenciação entre os institutos é de fácil percepção, embora ambos tratem de agressão à pessoa, suas condutas são desiguais. Mas não se pode isolá-los de forma a não reconhecer sua correlação, pois é possível que em algum momento seus atos se cruzem, fazendo com que a vítima sofra de forma excessiva.

5 REPERCUSSÃO NO DIREITO DO TRABALHO

São graves as consequências causadas pela violência psicológica, podendo haver a conversão do assédio moral em doença psíquica e, por conseguinte física, estendendo seus efeitos não só à vítima mas à empresa e à sociedade também.

Ansiedade, depressão, distúrbios psicossomáticos (digestivos, insônia, irritabilidade, fobias, hipertensão, entre várias outras doenças), síndrome do pânico, alteração do temperamento, perda da autoestima, descumprimento de obrigações sociais, isolamento, podendo levar a pensamentos e ao próprio cometimento do suicídio. São inúmeras as consequências desse mal.

A prática do assédio é geradora de desarmonia no ambiente de trabalho e causadora de prejuízos para a empresa, para a sociedade e para o assediado. A baixa autoestima que o assédio provoca interfere no desempenho do trabalhador podendo causar depressão, com afastamento dos quadros da empresa em licença-saúde (BARRETO, Marco, 2007, p. 48-49).

As empresas também sofrem com as consequências causadas pelo mobbing como a ausência de trabalho, queda na produtividade, despesas por conta da alta rotatividade e pagamento de indenizações, aumento dos riscos de acidente de trabalho, antecipação da aposentadoria além dos prejuízos causados pela depreciação da imagem da empresa e seu nome.

E em relação aos prejuízos causados à sociedade, destacam-se a má qualidade de vida, crises familiares (além de abortos e divórcios), aumento nos índices de suicídio e taxas de desemprego, entre muitos outros. O estado também arcando com um aumento na demanda da saúde pública, previdência, auxílio-saúde por causa do afastamento e reabilitação, custos judiciais, etc.

Assim como no assédio moral, o assédio sexual traz consequências para a sociedade, para a empresa e principalmente para a vítima, podendo causar danos irremediáveis.

Inúmeros são os efeitos da manifestação do assédio sexual no ambiente de trabalho, vejamos alguns deles:

- Rescisão Indireta do Contrato de Trabalho: ocorre quando o assédio é praticado pelo empregador, concedendo, portanto, o direito ao empregado/vítima de rescindir indiretamente o contrato de trabalho, ou seja, verifica-se que o empregador cometeu falta grave contra o empregado.
- Dispensa Por Justa Causa: ocorre quando o assediador é o colega de trabalho do assediado, sendo aquele dispensado por justa causa com base no artigo 483 da CLT.
- Indenização por danos morais e materiais - a vítima poderá pleitear seu direito a indenização por danos morais e materiais, com base no artigo 5º, inciso V da CF/88.
- A violência psicológica é tamanha que pode gerar consequências físicas e psíquicas, causando transtornos de ansiedade e depressão, desinteresse pelo trabalho, e gerando danos à sua imagem e moral, que se não tratados podem levar ao suicídio.

5.1 Legislação Geral

Como referência para comentar legislação que verse sobre assédio sexual, cita-se o artigo 216-A do Código Penal, que prevê pena de detenção de um a dois anos.

Também conta com o artigo 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, que indicam condições para aplicação da rescisão do contrato de trabalho por justa causa, que representam manifestações de assédio moral e sexual.

Embora não haja, até então, legislação específica que trate sobre assédio moral no trabalho na esfera federal (havendo dispositivos pertinentes em âmbito municipal e estadual), há de se mencionar o que dispõe o artigo 4º da Lei 11.948/2009 (federal):

Art. 4º – Fica vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo

BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente.

Como já mencionado, apesar de não haver norma precisa que puna a prática do assédio moral, existem numerosos projetos de lei que incidem sobre o tema, como, por exemplo, o Projeto de Lei nº 4.742/2001 - que tem por finalidade introduzir o artigo 146-A no Código Penal com o seguinte conteúdo: “146-A - Desqualificar, reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral. Pena: Detenção de 3 (três) meses a um ano e multa.”

Há também um Projeto de Lei Federal (Nº 5.970/2001) que visa as seguintes alterações na CLT: Artigo 483 da CLT, alínea “g” com a seguinte redação:

g) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele, coação moral, através de atos ou expressões que tenham por objetivo ou efeito atingir sua dignidade e/ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade que lhe conferem suas funções.”.

Artigo 483 da CLT, com alteração no parágrafo 3º: “§3º Nas hipóteses das letras d, g e h, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até o final da decisão do processo”.

O projeto de Lei mencionado prevê também a inclusão do artigo 484-A na CLT, com o texto:

Art 484-A. Se a rescisão do contrato de trabalho foi motivada pela prática de coação moral do empregador ou de seus prepostos contra o trabalhador, o juiz aumentará, pelo dobro, a indenização devida em caso de culpa exclusiva do empregador.

Merece destaque, ademais, o Projeto de Lei Nº 2.369/2003, com tema “Assédio Moral Nas Relações de Trabalho”, que proíbe a prática da má conduta.

5.2 Responsabilidade

Como já abordado, não há regulamentação legal específica para o assédio moral, visto que este se vale dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil que trata da responsabilidade civil por dano moral ou material. Restando comprovado o dano, o assediador é obrigado a indenizar.

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

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

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

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

Com fulcro nos artigos citados do CC/02, encontra-se consubstanciada a possibilidade de reaver do causador do dano, seja este psíquico-físico, moral ou material, indenização resguardada pela lei. Nas relações regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, é possível que a responsabilidade de indenizar recaia sobre o empregador, por ser este responsável por refrear as condutas impertinentes no ambiente de trabalho.

Dispõe, ainda a respeito, o artigo 932 do mesmo Código Civil em seu inciso III: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”. Neste caso, o empregador se torna responsável pelos empregados, quando estes estiverem cumprindo suas tarefas, podendo ser responsabilizado pelos danos que sofrerem.

6 TÉCNICAS DE COMBATE AO ASSÉDIO NO TRABALHO

Não há dúvidas de que o meio mais eficaz de combater o assédio moral e sexual no ambiente de trabalho (ou em qualquer ambiente) seja através da PREVENÇÃO. Remediar pode não ser o suficiente, considerando a possibilidade de ser insanável o dano que a violência causa à vítima.

Compreende-se, outrossim, que não se tratam de práticas de fácil aplicação, por considerar um fator presente na grande maioria dos casos: o silêncio. Este agente, aqui negativo, dificulta o processo de identificação e reparação. A vítima, por se sentir coagida, temerosa, e em se tratando do ambiente de trabalho, sentindo-se, pelas ameaças, receosa de perder o emprego, mantém em silêncio suas angústias, não diferente do que ocorre com os colegas de trabalho do assediado que pactuam desse acordo velado de silêncio, pelas razões ora narradas.

Destarte, a busca pela minimização dos efeitos causados pelas práticas de assédio se vê fortemente apoiada em técnicas preventivas, considerando que depois de consumadas as ações de assédio, sua identificação é demasiadamente morosa e seu reparo nem sempre efetivo. Vejamos algumas indicações que foram listadas para maior compreensão:

1 Ações Instrutivas/Educacionais: Utilizar de canais internos de comunicação para estimular bons relacionamentos entre os funcionários, evitando a disputa prejudicial. Considerável, similarmente, a realização de palestras e treinamentos, como alternativa para ensinar/esclarecer o assunto aos colaboradores e também apontar as consequências.

2 Código de Ética Interno: Criar um código que expresse claramente a postura da empresa em relação ao assédio moral e quais providências serão adotadas caso algum fato ocorra. Respeitável repassar para os funcionários e também para a sociedade a preocupação da empresa em não consentir com tais práticas, agindo de forma a punir, externando com antecedência sua atenção buscando a prevenção.

3 Capacitação Gerencial: Os gestores têm papel de grande relevância no combate e na prevenção, com isso a empresa pode optar em treinar os gestores que serão responsáveis por proliferar as informações. Esse treinamento poderá ser realizado com o auxílio de psicólogos, médicos do trabalho e advogados, os quais realizarão uma campanha de explicação e conscientização desta prática, promovendo debates e palestras.

4 Prevenção no Contrato de trabalho: A empresa pode apresentar sua preocupação com o assédio desde o início da relação laboral, incluindo no contrato de trabalho, cláusula que responsabilize o empregado por atitudes ilegais, anunciando desde o primeiro momento seu interesse e fiscalização acerca do assunto.

Segundo Ernesto Lippmann (2001. p 35), esse controle é responsabilidade da empresa:

Cabe à empresa ter uma política clara, a respeito do assédio com seus empregados. Estes devem ser informados das regras da empresa no ato de sua admissão, através de um termo de compromisso integrado ao contrato de trabalho, no qual se explique o que é o assédio sexual, e quais suas conseqüências, obtendo-se o 'ciente' do empregado. Esta política deve estar presente no regulamento da empresa ou, se este não existir, no quadro de aviso dos empregados.

5 Momentos de Descontração: Para evitar os efeitos desmedidos da competitividade e amenizar a pressão, que são causadores expressivos do assédio, importante oferecer melhores condições de trabalho como forma de afastar o estresse. A sugestão é reservar (de preferência no início

da manhã) alguns minutos para que os trabalhadores participem de atividades de entretenimento, de relaxamento como alongamentos, por exemplo, que objetivem elevar a autoestima, a autoconfiança e, conseqüentemente, melhorar a qualidade de vida.

6 Implantar Ouvidoria Atuante: O estímulo ao diálogo é, também, uma eficiente forma de combate à violência psicológica no ambiente de trabalho, contando com a importante figura das ouvidorias, responsáveis por receber a reclamação do empregado, garantindo o sigilo e anonimato. Os membros da ouvidoria devem ser dotados de poder podendo atuar imediatamente em casos de denúncias.

7 Fiscalização: É de suma importância que haja, no ambiente de trabalho, uma política de fiscalização, observando se as normas de boa conduta estão sendo cumpridas. O empregador, pode valer de seus gestores para desempenhar essa função com imparcialidade. Pelo grande risco de um superior ser o próprio assediador, importante se faz que o fiscalizador não se concentre em uma única pessoa.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assédio compreendido pelo dicionário inFormal como insistência impertinente, perseguição, sugestão ou pretensão constantes em relação a alguém, seja de cunho Moral ou Sexual, repercute de forma repulsiva, por contar com condutas hostis de constrangimento e humilhação, visando no primeiro caso devastar a condição psíquico-física da vítima e no segundo obter favores sexuais em troca de “benefícios” ou pela represália em caso de rejeição.

Sua relação com o Direito do Trabalho, ainda que de forma prática intensa, conta com limitação no que tange a legislação específica, valendo-se da proteção na esfera penal e civil e da guardiã dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal, punindo, em qualquer esfera que seja, a afronta e desonra a estes princípios.

Embora não haja, no âmbito do direito laboral, regulamentação que defina a conduta, conta-se com uma gama de artigos que amparam o

trabalhador, conferindo-lhe direitos como a rescisão indireta do contrato de trabalho, que assegura os benefícios da rescisão sem justa causa, destacando também o direito à indenização seja por danos morais ou materiais.

Alerta especial para o entendimento de que ações preventivas são mais eficazes que reparatorias, visto que os danos causados pela perversão das condutas podem ser irreparáveis, levando a vítima assediada a adquirir doenças psicológicas e psicossomáticas, atingindo casos extremos como quando a vítima não suporta a agressão, sendo fragilizada a ponto de cometer suicídio, sendo esse o ápice das consequências causadas pela violência, esta que pode ser evitada com a prevenção.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: Educ, 2003

BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Assédio Moral no Trabalho - responsabilidade do empregador – perguntas e respostas**. São Paulo: LTR, 2007

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTR, 2010

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: . Acesso em: 03 ago. 2017

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: . Acesso em: 03 ago. 2017

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm>. Acesso em: 03 ago. 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 04 out. 2017

DINIZ, Maria Helena, **Dicionário Jurídico**, vol. 3, São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p285

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do Assédio Sexual (10.224/01): Primeiras Notas Interpretativas**, Disponível em: . Acesso em 16 out. 2017

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: Redefinindo o assédio moral**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio Sexual nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2001, 2005

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego**. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2017

_____. **Lei nº 11.948 de 16 de junho de 2009**. Disponível em: . Acesso em: 17 set. 2017

_____. **PL Nº 4.742/2001**. Disponível em: . Acesso em: 20 out. 2017

_____. **PL Nº 5.970/2001**. Disponível em: . Acesso em: 20 out. 2017

_____. **Significado de Assédio**. Disponível em: . Acesso em: 21 out. 2017

^[1]Orientador: Professor da Faculdade Católica do Tocantins; Graduação em Filosofia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho; Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT;

O ESVERDEAMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: A GARANTIA DE UMA ATUAÇÃO SUSTENTÁVEL

CAMILA PARENTE ALMEIDA: Graduou-se em direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) em 11/2013, trabalhou como assistente de Controle Externo em gabinete de conselheiro substituto no TCE-PI no período de setembro de 2013 a outubro de 2013, atua como analista de contas em gabinete de procurador no MPC-MT. É coautora do artigo "Os Vilões dos Juizados Especiais", na Revista Jurídica Eletrônica da UFPI, v.1, n.1, jul/ dez 2011. Foi ainda colaboradora do Vade Mecum Piauiense, 1ª ed., São Paulo: Lawbook, 2014.

RESUMO: O presente artigo ocupa-se com o destaque global que vem sendo dado ao meio ambiente e tem como objetivo elucidar as normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem uma atuação em prol do meio ambiente, focando em exemplos de aplicação no âmbito dos Tribunais de Contas.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente. Sustentabilidade. Esverdeamento. Tribunal de Contas. Controle Externo. Auditoria Operacional.

ABSTRACT: *This article focuses on the global emphasis that has been given to the environment and aims to elucidate the constitutional and infra-constitutional rules that guarantee an action in favor of the environment, focusing on examples of application in the scope of the of Audits Courts.*

KEYWORDS: *Environment. Sustainability. Greening. Audit Office. External Control. Operational Audit.*

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, vive no cenário internacional o fenômeno do “esverdeamento” ou *greening* dos direitos humanos, o que significa, em

síntese, a maior aplicação da proteção ao meio ambiente nas decisões das cortes internacionais.

Casos como o da comunidade indígena da Bacia do Xingu vs. Brasil (“Caso Belo Monte”) demonstram a preocupação da comunidade internacional em proteger, ainda que de maneira indireta, os interesses ambientais (PAIVA, 2015, p. 312).

Ademais, o próprio Tribunal Penal Internacional, em setembro de 2016, publicou documento informando que passaria a interpretar os crimes contra a humanidade de maneira mais ampla, incluindo os crimes contra o meio ambiente e consolidando a figura do “ecocídio” (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016).

No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 foi direta ao tratar do assunto em capítulo específico, Capítulo VI – Do Meio Ambiente.

Não bastando, o constituinte originário cuidou de conferir ao cidadão a legitimidade para propositura de ação popular em prol da defesa do meio ambiente, artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, bem como atribuiu a todos os entes competências relacionadas à proteção desse, artigos 23, VI, 24, VI e VIII, da Constituição Federal.

Ademais, está dentre as funções institucionais do Ministério Público a proteção do meio ambiente e é a defesa desse um dos princípios regentes da ordem econômica, artigos 129 e 170, VI, respectivamente, da Constituição Federal.

Os dispositivos aqui expostos reforçam a transição do antropocentrismo ao biocentrismo, colocando o meio ambiente, o “ecos”, como centro do sistema constitucional.

Ocorre que, em que pese os “sinais” difundidos no texto da nossa Constituição, os intérpretes ainda vacilam na aplicação desse norte no desempenho das funções diárias. E não é diferente no âmbito dos Tribunais de Contas.

Ao tratar sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, a Constituição Federal acrescenta as fiscalizações patrimonial e operacional, artigo 70, atribuindo tal competência ao Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas. No entanto, não tendo sido detalhada abrangência do termo patrimonial, esses tribunais acabam por ter uma atuação restrita a números e dinheiros, ficando bem aquém de todos os significados atribuíveis à palavra patrimônio.

Todavia, essa interpretação “stricto sensu” de patrimônio é injustificável e necessita de uma urgente reforma.

Desde 1937, quando da edição do Decreto-lei nº 25/1937, já tratava-se de patrimônio histórico e artístico nacional. Em 2000, por meio do Decreto nº 3.551/2000, o legislador foi mais além, admitindo a existência de bens culturais de natureza imaterial como patrimônio cultural brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 também abordou o sentido “lato” de patrimônio, listando, artigo 216, quais seriam os bens de natureza material e imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro.

Na seara ambiental, atribui-se à Floresta Amazônica, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-Grossense e Zona Costeira a qualificação de patrimônio ambiental, artigo 225, §4º, da Constituição Federal.

Em que pese ter a Constituição Federal reservado artigo específico apenas às formações naturais acima, deve-se ser feita uma interpretação teleológica, enquadrando todo o meio ambiente, bem comum do povo, como patrimônio merecedor de proteção pelos poderes e órgãos institucionais.

Nesse sentido, já alertava o doutrinador e Conselheiro Luiz Henrique Lima (2001, p. 19):

De fato, zelar por um patrimônio nacional como a Floresta Amazônica, ou pelo bem de uso comum do povo, que é o meio ambiente ecologicamente equilibrado, passou a representar uma nova e desafiadora tarefa para a centenária instituição, criada

na primeira Constituição republicana sob a inspiração de Rui Barbosa.

Diante do exposto, torna-se óbvia a importância do meio ambiente equilibrado, fazendo-se indispensável a atuação de todos os órgãos, inclusive os Tribunais de Contas, e coletividade no resguardo desse valioso bem.

O presente artigo visa conceituar sustentabilidade de um modo palpável e demonstrar exemplos de boas práticas realizadas por Tribunais de Contas a fim de estimular a concretização da proteção ambiental nos variados desdobramentos do exercício dos poderes e órgãos públicos.

2. SUSTENTABILIDADE: FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

Conforme exposto acima, a Constituição Federal de 1988, seguindo a tendência mundial, é permeada de dispositivos que sinalizam a preocupação com o meio ambiente.

No entanto, não é necessário grande esforço para se perceber que a mera normatização não é suficiente para assegurar o patrimônio ambiental, visto que os meios de efetivar a proteção desse demandam uma atenção diferenciada.

Tamanho a peculiaridade do tema, que o jurista Frederico Amado (2017, p. 26) fala, inclusive, em “*in dubio pro ambiente*” como uma hermenêutica especial para interpretação das regras e princípios ambientais.

Para que se construa o pensamento em volta de o que é um meio ambiente sadio e o que o Estado e a coletividade podem fazer para construí-lo, faz-se indispensável ter em mente o disposto no art. 255, da Constituição Federal, que diz: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Ocorre que tal dispositivo acaba por ser bastante abstrato, o que distancia e dificulta a aplicação do mesmo.

Assim, faz-se interessante reproduzir o que seria sustentabilidade nas palavras do conceituado professor Juarez Freitas, que, em magnífica obra intitulada “Sustentabilidade: direito ao futuro”, apresenta estudo detalhado dessa com conceito, adversidades e soluções. Por ser uma conceituação bastante tangível, cabe a transcrição integral dessa:

Nessa perspectiva, eis o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: trata-se de princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. (FREITAS, p. 43).

Nesse sentido, diversas normas foram editadas tendo – e impondo – como norte a sustentabilidade.

Como exemplo, pode-se citar o art. 6º, XII, da Lei nº 12.187/09, denominada Lei das Mudanças Climáticas, que, ao listar os instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do clima, menciona:

as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduo;

Em cumprimento ao disposto, foi editada a Lei nº 12.349/10, alterando dispositivo da Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos, para acrescentar como objetivo das licitações a promoção do desenvolvimento sustentável, artigo 3º, somando-se ao já estabelecido no artigo 12, VII, que manda considerar o impacto ambiental nos projetos básicos e executivos.

Importante ainda mencionar o artigo 7º, XI, da Lei nº 12.305/10, Lei Nacional de Resíduos Sólidos, que fixa prioridade nas aquisições e contratações para “produtos reciclados e recicláveis” e “bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis”, bem como os artigos 3º e 4º, da Lei nº 12.462/11, Lei do Regime Diferenciado de Contratações, que, respectivamente, reproduz os objetivos da Lei nº 8.666/93 e fixa como diretriz a:

busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

Em que pese os dispositivos transcritos façam parecer que existem fundamentos para uma atuação pró meio ambiente apenas quanto às licitações e contratações, os impactos são bem mais abrangentes, envolvendo diversos aspectos da sociedade e gerando danos em ricochete, conforme bem elucida trecho da obra do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso Luiz Henrique Lima, a seguir transcrito:

Um adicional a ser mencionado é o relativo aos custos decorrentes da degradação ambiental. São efeitos ambientais adversos que afetam o sistema produtivo ou impactam na saúde humana. São custos humanos, econômicos e sociais altíssimos, como, por exemplo, os produzidos por deslizamentos de encostas ou enchentes, resultantes, respectivamente, da erosão e da ocupação desordenada e do

assoreamento, muitas vezes provocado por lixo despejado nos cursos d'água. Contaminações resultantes da poluição atmosférica ou hídrica podem custar muito caro ao já deficiente sistema de saúde pública.

(...)

Numerosos outros estudos têm procurado avaliar os custos que a ausência de medidas adequadas de proteção ambiental impõe ao sistema público de saúde, sobrecarregando suas unidades de atendimento, ocupando seu pessoal e consumindo suas limitadas verbas. E assim por diante, em situações como a perda da fertilidade do solo ou a redução da atividade florestal em função das chuvas ácidas, ou em setores com transporte, energia etc. Por conseguinte, compete ao TCU, em seu papel de guardião da legalidade, economicidade e da eficácia na aplicação dos recursos públicos, zelar pela proteção ao meio ambiente e o respeito à legislação ambiental brasileira.

(...)

Em manifestação subsequente, o mesmo presidente indicou que a atuação do tribunal poderia prevenir significativos prejuízos financeiros ao governo federal – como as despesas decorrentes de multas pelo descumprimento da legislação ambiental, da responsabilidade civil objetiva de reparar danos ambientais causados a terceiros ou obrigações de recuperar o meio ambiente degradado por ação ou omissão de suas entidades -, como também expressivos prejuízos econômicos à nação advindo de limitações extra-alfandegárias, à importação de produtos brasileiros, de medidas punitivas em

consequência da inobservância pelo Brasil de tratados ambientais internacionais, ou, finalmente, da indisponibilidade de recursos naturais necessários às atividades produtivas. (LIMA, 2001, pp. 19 a 21).

No mesmo sentido, são as disposições trazidas por Heitor Delgado Correa e Pierre André da Rocha Andrade (*apud* GOMES, 2008, p.140):

Quando se fala em patrimônio público, muitos ainda têm a visão ultrapassada de que tal conceito apenas engloba os bens e valores em sentido estrito, não fazendo menção ao meio ambiente. Acontece que o meio ambiente deve integrar; para todos os fins, o conceito de patrimônio público, ensejando, da mesma forma, uma fiscalização tão ou mais rigorosa e aprofundada do que a fiscalização tradicionalmente efetuada com relação aos demais bens e valores públicos [...] É neste contexto que se inserem os Tribunais de Contas, como titulares da competência para verificar a aplicação dos recursos públicos, não somente no que se refere ao aspecto contábil-legalista, mas da eficiência, eficácia e efetividade com que esses recursos são aplicados, se estão sendo revertidos para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos e se o meio ambiente está sendo preservado ou transforma- do de forma racional.

Diante do exposto, resta evidente o efeito irradiante que o descumprimento de normas ambientais e o desrespeito ao meio ambiente podem gerar, sendo indiscutível que são prejudicadas áreas afetadas aos Tribunais de Contas, exigindo-se uma postura ativa desses, conforme exemplos trazidos no tópico seguinte.

3. OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A DEFESA DO MEIO AMBIENTE

A respeito da atuação dos Tribunais de Contas em favor da defesa do meio ambiente, além de todas as normativas citadas acima, foi firmado, em

Manaus, em 2010, “Carta da Amazônia”^[1], na qual estes órgãos de controle externo e os demais participantes do I Simpósio Internacional sobre Gestão Ambiental e Controle das Contas Públicas pactuaram a valorização de uma atuação “verde”.

Em verdade, no âmbito do Tribunal de Contas da União, o assunto já vinha sendo tocado desde 1998, quando, por meio da Portaria nº 383, foi aprovada “estratégia de atuação para o controle da gestão ambiental, resultante da implementação do Projeto de Desenvolvimento da Fiscalização Ambiental – PDFA”.

No entanto, foi por meio das auditorias operacionais^[2] que essa atuação ganhou forma no âmbito do Tribunal de Contas da União, sendo a primeira, em 2009, sobre “Levantamento Licenciamento Ambiental de Obras”. Após, foram realizadas outras treze auditorias com tema “meio ambiente”^[3], das quais quatro foram realizadas em 2015: “Auditoria Operacional em Governança de Solos Não Urbanos”, “Acompanhamento do Plano Anual de Outorga Florestal”, “Auditoria de Conformidade no Programa Terra Legal” e “Fiscalização Sistêmica de Gestão Ambiental”, o que demonstra quão em voga está o assunto.

Essa forma de auditoria, por ter maior flexibilidade na escolha de temas e métodos de trabalhos, é também o principal instrumento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Assim, em 2013, foram divulgados os resultados da “Auditoria operacional em unidades de conservação estaduais do bioma Amazônia em Mato Grosso” (2013), Processo nº 17.495-5/13, na qual foram realizadas recomendações à Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Assembleia Legislativa e Governo do Estado. O referido trabalho encontra-se em fase de acompanhamento, tecnicamente denominado “monitoramento”, que garante a avaliação das medidas sugeridas, reforçando o compromisso dos envolvidos.

Há também exemplos de atuação com esse viés “verde” nas demais regiões do país, conforme apresentado por Cristian José de Sousa Delgado no II Congresso Consad de Gestão Pública, no qual menciona o Tribunal de Contas de Rondônia, Rio Grande do Sul e do município do Rio de Janeiro:

Como a sistematização do Direito Ambiental é relativamente nova, a criação do Departamento de Controle Ambiental (DCA), logo após a publicação da lei complementar 467/2008, que modifica a estrutura do Tribunal de Contas Rondoniense, passa agora por uma fase de estruturação. Suas competências estão em fase de atribuição, mediante estudo realizado:

LEI COMPLEMENTAR Nº 467, DE 17 DE JULHO DE 2008.

Dispõe sobre alteração da Estrutura Administrativa da Secretaria Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e da outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE RONDONIA:
Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte

Lei Complementar:

Art. 1o. A Estrutura Administrativa do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, constante do Anexo I da Lei Complementar no 307, de 1o de outubro de 2004 e Anexos I e III da Lei complementar no 421, de 09 de janeiro de 2008, respectivamente, passa a ter a composição disposta no Anexo I desta Lei Complementar.

Art. 2º. Passam a integrar a Estrutura Administrativa da Secretaria Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia 6 (seis) Diretorias Técnicas de Controle Externo de Relatoria, o Departamento de Controle Ambiental e a Divisão Cartorária, nos termos do Anexo I desta Lei Complementar. (Grifo)

Independentemente do pouco tempo de criação do DCA a política ambiental vem sendo apresentada com ações anteriores que já incorporam o espírito de cooperação e a necessidade de unir esforços para alcançar o bem comum do povo na questão ambiental.

(...)

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande Sul também possui atuação constante na área ambiental, recomendando e determinando aos seus jurisdicionados, após auditorias diretas em órgãos ambientais e executivos, medidas relativas à conformidade com a lei ambiental e relacionadas ao EIA e RIMA das obras públicas.

(...)

Também temos a atuação do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, que desde o início dessa década criou comissões ambientais, responsáveis por toda a programação de cursos, palestras, seminários e especializações com o intuito de capacitar os seus servidores na área ambiental e realizar projetos e auditorias mais eficientes. (DELGADO, 2009, fls. 14, 16 e 18).

Por fim, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Piauí, foi realizada, em 2013, auditoria sobre a limpeza pública urbana, cuja conclusão foi apresentada em audiência pública com gestores e representantes dos órgãos de fiscalização e controle, tendo sido diagnosticado, dentre outros, descumprimento da legislação ambiental.

Do exposto, percebe-se que já existem boas práticas no âmbito dos Tribunais de Contas. No entanto, em que pese a completude das auditorias operacionais e a importância da realização de eventos de conscientização, muito ainda pode ser feito com fundamento no texto constitucional e normas

infraconstitucionais. Isso porque tais fundamentos legitimam uma atuação em prol do meio ambiente de maneira difusa, em todas as circunstâncias, mesmo quando os processos não guardam relação direta com o tema.

4. CONCLUSÃO

O direito a um meio ambiente equilibrado não é novidade desta década, pelo contrário, alastra-se desde o século passado. No entanto, acontecimentos recentes demonstram que o assunto vem ganhando destaque especial.

Os motivos principais para essa notoriedade são a maior conscientização da população, motivada pelos novos estudos realizados, e o reconhecimento de que os mecanismos de proteção ainda são insuficientes.

No Brasil, grandes avanços já foram conquistados no aspecto legislativo, não havendo dúvidas que o nosso sistema constitucional objetiva um ambiente sadio. A atuação dos demais poderes e órgãos público, entretanto, ainda está em descompasso com esse ideal.

O que percebe-se na prática, não adentrando-se no mérito dos conflitos de interesses, é a baixa percepção daqueles que atuam na Administração Pública da prerrogativa – e dever – de pautar a atuação em direção a esse propósito.

Nessa sentido, foi realçado o papel dos Tribunais de Contas, importantes instrumentos de controle, indispensáveis à proteção do patrimônio público no sentido “lato”. Ou seja, em todos os aspectos, sejam materiais ou imateriais. Nessa seara, imperioso garantir não só o respeito à natureza, mas também que a sociedade não seja prejudicada e nem arque com administradores sem compromisso com a qualidade do meio que habita.

Buscou-se, assim, por meio do presente artigo, evidenciar o “esverdeamento” da comunidade internacional e nacional, construindo um

espírito de compromisso e exemplificando possibilidades de uma atuação mais consciente por parte daqueles que atuam nos Tribunais de Contas.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. Direito Ambiental. 5ª edição. Editora JusPodivm: Bahia, 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 8.666/93. Publicada em 21 de junho de 1993. “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.”. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 12.187/09. Publicada em 29 de dezembro de 2009. “Institui a Política Nacional sobre Mudanças Climáticas – PNMC e dá outras providências”. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 12.305/10. Publicada em 02 de agosto de 2010. “Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências”. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 12.349/10. Publicada em 15 de dezembro de 2010. “Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de de 2006”. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 12.462/11. Publicada em 04 de agosto de 2011. “Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862,

de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998". Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria nº 383, de 05 de agosto de 1998. "Aprova a estratégia de atuação para o controle da gestão ambiental, resultante da implementação do Projeto de Desenvolvimento da Fiscalização Ambiental - PDFA". Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional. 3ª edição. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (SEPROG), 2010.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARTA DA AMAZÔNIA. In: I SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE GESTÃO AMBIENTAL E CONTROLE DE CONTAS PÚBLICAS. Manaus, 2010.

DELGADO; Cristian José de Sousa. A gestão ambiental e os tribunais de contas. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 2, 2009, Brasília.

GOMES, Fernando Cleber de. O Tribunal de Contas e a defesa do Patrimônio Ambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Instituto Sócio Ambiental – ISA, 1994.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. ICC. Office of the Prosecutor. Policy paper on case selection and prioritisation. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em 07 de abril de 2017.

LIMA, Luiz Henrique. Controle do patrimônio ambiental brasileiro: a contabilidade como condição para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2001.

MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado. Auditoria operacional em unidades de conservação estaduais do bioma Amazônia em Mato Grosso. Tribunal de Contas do Estado. Cuiabá: TCE, 2013.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. Jurisprudência internacional de direitos humanos. Caio Cezar de Figueiredo Paiva e Thimotie Aragon Heemann, Manaus: Dizer o Direito, 2015.

NOTAS:

[1] Segue transcrição da “Carta da Amazônia”:

1. Os Tribunais de Contas do Brasil devem orientar sua atuação no sentido de agregar valor à gestão ambiental, produzindo conhecimento e perspectivas, impulsionando os governos a agir de forma preventiva e precatória, garantindo efetividade às normas internacionais, constitucionais e legais de proteção do meio ambiente.

2. O controle das contas públicas das diversas esferas governamentais deve considerar a competência comum relacionada à proteção do meio ambiente, o que leva à necessária colaboração entre os Tribunais de Contas, nos vários níveis de organização do Estado brasileiro, com intercâmbio contínuo de conhecimento e atuação conjunta, quando indicada.

3. Os Tribunais de Contas deverão promover o estudo das orientações da Organização Internacional de Instituições Superiores de Auditoria (Intosai) e de outros organismos internacionais, buscando a harmonização dos métodos e padrões de auditoria ambiental utilizados no país, adaptando-os, quando necessário, às realidades regionais e locais.

4. Para que os Tribunais de Contas cumpram seu papel constitucional em relação à proteção do meio ambiente é imperativo que incluam as questões ambientais em todas as dimensões das auditorias de sua competência, capacitando continuamente os profissionais e proporcionando-lhes meios adequados para sua atuação.

5. Os Tribunais de Contas envidarão esforços para criar e manter Grupos de Trabalho permanentes ou extraordinários, formados por profissionais da área ambiental das diversas Cortes brasileiras, para continuar o diálogo iniciado no I Simpósio Internacional sobre Gestão Ambiental e Controle de Contas Públicas, buscando a produção e o intercâmbio de conhecimento técnico-científico especializado.

6. Os Tribunais de Contas comprometem-se, desde já, com a realização do II Simpósio Internacional sobre Gestão Ambiental e Controle de Contas Públicas em 2011, em local e data a serem definidos.

[2] Segundo definição da INTOSAI (*apud* MANUAL DE AUDITORIA OPERACIONAL DO TCU, 2010, fl. 11), Auditoria operacional (ANOp) é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública.

[3] A lista das auditorias operacionais com tema meio ambiente realizadas pelo Tribunal de Contas da União está disponível no endereço eletrônico <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/lista-textual.htm?temaRI=Meio%20Ambiente>, visualizado em 13/07/17.

CEM ANOS QUE VIVEM EM NÓS: O DIREITO À MEMÓRIA COLETIVA

LUIZ FERNANDO CABEDA: Desembargador integrante do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, inativo, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, e autor de "A Justiça Agoniza, Ensaio sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no Poder Judiciário" (1998) e de "A Resistência da Verdade Jurídica" (2011, no prelo).

SUMÁRIO: exame retrospectivo da ruptura revolucionária e das estruturas de poder surgidas com o estado soviético. Implicações jurídicas e políticas do impacto de uma nova ordem surgida em 2017 e do seu desaparecimento.

Dedico este pequeno estudo aos que não tiveram tempo e jamais souberam; aos que souberam mas lhes foi imposto o silêncio ou o sacrifício; aos que acreditaram em uma certeza que nada tinha a ver com a verdade e assim reduziram suas vidas a um esquema; aos que descobriram a verdade e a sustentaram, para que outras gerações não tivessem que cometer os mesmos erros; aos que simplificaram tudo atribuindo crimes e culpas só aos outros, pois são eles que têm de ser resgatados das grutas em que encerraram seu pensamento; por fim, dedico este ensaio também e principalmente àqueles que voltaram às fontes para buscar a raiz do entendimento, que recriaram, que expandiram, que levaram até o fim e tiveram a humildade de pensar, como está no verso de Violeta Parra: *mi paso retrocedido, cuando el de ustedes avanza.*

Luiz Fernando Cabeda

**Magistrado de segundo grau, autor
de “A Justiça Agoniza” e “A Resistência
da Verdade Jurídica”**

1. Há cem anos nasceu Violeta Parra, compositora chilena que levou a outros países latino-americanos e europeus os cantos de seu país, inspirados no folclore e na poesia popular. O verdadeiro arrebatamento produzido por sua obra terá tido lugar no coração de muitos, no entanto, mais pela universalidade de seus versos.

Uma das últimas e mais conhecidas canções de Violeta Parra começa assim:

*“Volver a los diecisiete
Después de vivir um siglo
Es como descifrar signos
Sin ser sabio competente”.*

Cem anos já passaram; um século foi vivido desde 1917. Um tempo que tem de ser *reconhecido* pelos que hoje ainda percebem a sutileza de seus versos.

Voltar aos 17 envolve muitos *signos*.

A *sabedoria* para entender esse retorno também pode demorar a chegar e até mesmo não chegar nunca.

Tanto há o retorno a um lado juvenil nas pessoas como ao primórdio dos acontecimentos históricos, quando estes se apresentaram como uma nova aurora.

Umberto Eco não está mais entre nós, com seu humor amoroso e percepção rutilante, para nos ajudar no segundo sentido de metalinguagem em *voltar aos dezessete*, que todavia existe, está latente. Tanto mais que *descifrar signos* é exatamente o que procura realizar a semiótica, área

de conhecimento a que Eco se dedicou a estudar como acadêmico, como depois a brincar como romancista.

Viver nada tem de linear e, portanto, voltar não é simplesmente ir até o que já foi. Violeta Parra sabia que a vida se enreda como a hera sobre o muro e brota como o musgo sobre a pedra:

*“Se va enredando, enredando
Como en el muro la hiedra
Y va brotando, brotando
Como el musguito en la piedra”.*

2. Também há cem anos, Vladimir Ilyich Ulyanov, que escrevia sob o pseudônimo de Nikolai Lenin, negociou com a embaixada alemã na Suíça, onde se encontrava exilado, o retorno à Rússia em viagem de trem pelo território germânico.

A ideia primeiro lhe pareceu louca, em pleno curso da I Guerra Mundial, mas - proposta por um companheiro de exílio tomado por um *insight* que sepultava todas as cautelas - foi afinal encampada por ele.

Havia interesse estratégico do Kaiser e seu alto comando em firmar paz em separado com a Rússia, uma vez que a Alemanha lutava em duas frentes.

A condição estabelecida foi a de que o comboio ficaria blindado, não podendo a comitiva de Lenin desembarcar no território alemão. Por fim, depois de chegar a Hamburgo e cruzar o mar Báltico, além de percorrer áreas de estepe na Escandinávia por trenó, o grupo de exilados continuou a viagem de trem e desembarcou na acanhada Estação Finlândia, em Petrogrado.

Ali, diante de revoltosos que haviam acabado de depor o czar Nicolau II, Lenin lhes incutiu em sucessivos discursos o que ia muito além da revolta, dos seus êxitos e do orgulho por ter vencido a autocracia dos Romanov, que já durava mais de 300 anos: o que estava ocorrendo era uma revolução mundial; o modo de vida na terra mudava; as sociedades não continuariam mais a ser as mesmas; a mobilização não tinha volta e o poder popular

deveria ser empolgado e fortalecido, através dos soviets (conselhos) e do partido (“**Rumo à Estação Finlândia**”, Edmund Wilson).

Essa que ficou reconhecida como “a revolução de fevereiro” contou com forças muito variadas e igualmente decisivas. Da parte dos bolcheviques, assim chamados porque haviam formado a maioria do Partido Social Democrata Russo, o principal comando foi exercido por Liev Davidovich Bronstein, conhecido como Leon Trotski, que articulou a formação e atuação do soviet de Petrogrado. Todavia, o próprio Trotski reconheceu: *a revolução é filha da guerra*. Ou seja, a devastação causada pelo confronto bélico e a hecatombe do sistema czarista *deram vez* à insurgência revolucionária, que já era expressiva desde o final do Século XIX.

O avô de Nicolau II, Alexandre II, havia sido morto em um atentado dos *narodniks*, grupo antagonista do czarismo, cujo nome derivava da expressão *Naródnaia Volia*, Vontade do Povo. Alexandre III, pai de Nicolau II, também foi alvo de atentado, porém abortado. Mais de setenta pessoas foram presas por envolvimento, entre elas o irmão mais velho de Lenin, Aleksandr Ulyanov, enforcado ainda muito jovem.

Pois foi na própria gare Finlândia, e depois no palácio que havia sido tomado pelos bolcheviques da bailarina que era amante do czar, que Lenin renunciou a próxima revolução na Alemanha e, a seguir, além, em outros países, de modo que a ordem capitalista começava a ser superada progressiva e inexoravelmente no mundo.

O governo instalado, porém, aliou liberais, sociais democratas mencheviques (ou minoritários) e socialistas e acabou chefiado por Alexander Kerensky, conterrâneo e colega de Lenin nos bancos escolares, que se havia tornado um grande tribuno, porém pouco capaz na articulação política. Esse *governo proclamatório* tornou-se o alvo dos bolcheviques que, na chamada “revolução de outubro” (dia 25 pelo calendário Juliano então vigente na Rússia; 7 de novembro pelo calendário Gregoriano, adotado em 1918), tomaram o poder em um assalto ao Palácio de Inverno, que havia sido transformado na sede do governo provisório.

Assim, por uma coincidência de datas – e também porque um século já foi vivido – no início de novembro deste ano, *voltamos aos 17*.

3. Há cinquenta anos, em 1967, Violeta Parra entendeu que já havia dado seu recado para o mundo. O cotidiano da vida estava em conflito com tanto sonho, tanta luta.

“Gracias a la Vida”, sim; mas toda vida termina.

No mesmo ano, o médico argentino Ernesto Che Guevara viu chegado ao fim seu périplo, sua bandeira de *marxismo de aventura*.

Che já se movia como uma lenda e essa antiga expressão de tratamento, que se propagou principalmente na região do pampa, veio a ser exata e ironicamente aquilo que a história do capitalismo consagrou como uma *marca*.

Desde o desfecho para a crise dos mísseis em Cuba, na forma de um compromisso de paz (que já havia custado caro a Nikita Khrushchev, secretário-geral do PCUS, derrubado em uma conspiração de outros dirigentes, em 1964), Guevara imaginou um engajamento itinerante, primeiro no Congo, depois na Bolívia.

Quando Fidel Castro se curvou à política internacional da URSS, em troca de ser subsidiado por ela, não havia mais lugar em Cuba para Che Guevara e para o *voluntarismo* que os russos atribuíam a ele e não aceitavam, diante dos riscos que a Guerra Fria supunha e frente aos quais se equilibrava a paz atômica. A incolumidade de Cuba dependia de tal equilíbrio. Sobre as metamorfoses da revolução cubana há um sensível e profundo testemunho, do premiado escritor Reinaldo Arenas, no filme “**Antes do Anoitecer**”, dirigido pelo cineasta americano Julien Schnabel. Hector Babenco considerava – e isto não é pouco - “o melhor filme latino-americano já feito sobre o tema da liberdade”.

Do ponto de vista do marxismo, não existiam *condições objetivas* para a guerrilha de Guevara em terras bolivianas. O país era governado por René Barrientos, um militar de carreira que tivera sua iniciação política com Paz

Estenssoro, ex-presidente reformista que havia estatizado as minas de estanho e tornado o voto universal.

Isto teve um peso imenso: a grande população indígena vinha sendo tradada até então como pária. As minas de estanho eram das últimas grandes riquezas minerais bolivianas, depois que foi exaurida pelos espanhóis coloniais a mais portentosa montanha de prata surgida das profundezas da terra, em Potosí, cuja exploração viabilizou a expansão do mercantilismo, com o surgimento de uma moeda mundial: o brasão impresso no dobrão espanhol deu origem ao sinal de cifrão que hoje conhecemos.

Potosí foi tão importante que está citada na ficção de Cervantes, no Século XVII, e nas análises de Marx, no Século XIX.

Até o primeiro governo de Paz Estenssoro, nos anos 1950, o estanho estava nas mãos da família Patiño, sendo seu expoente máximo o play boy internacional Antenor Patiño, sobre o qual quaisquer feitos mundanos já narrados sempre permitem mais um acréscimo, além do imaginável, pois patrocinou todas as excentricidades que a soberba e o delírio da riqueza permitem.

Na época da chegada de Guevara, Barrientos tinha por uso visitar com seu helicóptero todas as cidades e vilarejos de seu país. Por óbvio, era muito popular. Ele falava quéchua, idioma que remonta aos incas e que o presidente atual do país, Evo Morales, embora seja um índio aymará, não domina. Algo que não chega a ser estranho, já que é uma espécie de Macunaíma dos Andes, sendo *autenticidade* uma palavra que lhe é de todo estranha.

Empreender a derrubada de um governo populista e promover a revolução em lugares remotos, de um país esmagado pela exploração predatória, até hoje parece algo demasiado temerário.

De certa forma, para Guevara também *o cotidiano da vida estava em conflito com tanto sonho, tanta luta*. O que importava mais era deixar um testamento – e isso implicava em direcionar o *voluntarismo* para a morte, empurrando a vida para a redenção -, mas o legado acabou sendo feito de

olhares no infinito, imagens icônicas, indumentária variada, frases abertamente idealistas, desvirtuando sua ação política até o ponto de transformá-la mais em um *roteiro*, de modo que o *espírito de celebridade* encobriu com um manto místico a guerrilha e o episódio da morte, a ponto de fundar em La Higuera um sítio mágico no mapa dos que andam em desatino com a lógica da vida.

A figura icônica de Guevara hoje permite considerar o processo de *entronização da imagem* semelhante ao ocorrido com a pintora mexicana Frida Kahlo, que foi casada com o muralista Diego Rivera e teve uma relação amorosa intensa e duradoura com o revolucionário Leon Trotski, em seu exílio em Coyoacán, terra natal de Frida, pouco antes da picareta de alpinista, manejada pelo catalão Ramón Mercader, destruir seu cérebro, por encomenda de Stalin.

Porque essas linhas da história se cruzam e os personagens reaparecem em coincidências estranhas é algo que o engenho não explica; serão as “malhas que o império tece” de que falou Fernando Pessoa em um verso.

Hoje as figuras típicas da *cultura pop*, um pouco inventadas ou estilizadas, de Frida e Guevara são difundidas em medida parecida e com imensa criatividade, mas vaga e distante é a notícia sobre o que foi real em suas vidas.

Ainda há cinquenta anos, em 1967, um jornalista - que chegou a ter seus textos expurgados da Prensa Latina, a agência de notícias de Cuba castrista - sacudiu a América Latina e, em seguida o mundo, com a sua forma de contar exatamente o que era “real” nesta parte da terra.

Ele inscreveu Macondo, definitivamente, no mapa mundi.

Também falou, à sua maneira, em “después de vivir um siglo”.

Um dos trechos mais conhecidos de “**Cem Anos de Solidão**”, de Gabriel García Márquez, é este:

“O coronel Aureliano Buendía promoveu trinta e duas revoluções armadas e perdeu todas. Teve dezessete filhos varões e dezessete mulheres diferentes, que foram exterminados um por um numa só noite, antes que o mais velho completasse trinta e cinco anos. Escapou de quatorze atentados, setenta e três emboscadas e um pelotão de fuzilamento. Sobreviveu a uma dose de estricnina no café que daria para matar um cavalo. Recusou a Ordem do Mérito que lhe outorgou o Presidente da República.”

Mário Vargas Llosa, entusiasmado com a obra (que chamou **“História de um Deicídio”**), chegou a propor: *façamos as trinta e duas revoluções do coronel Aureliano Buendía, ainda que tenhamos de perdê-las todas.*

Todavia, nenhuma nova revolução foi inventada desde então, muito menos repetida. Hoje Vargas Llosa detém um merecido Prêmio Nobel e descrê em revoluções. Pudera, na vida madura ele só viu prosperar golpes, ditaduras militares e homicídios massivos por motivos políticos na América Latina.

Já a verdadeira revolução literária que “Cem Anos de Solidão” desencadeou, apelidada de ‘realismo mágico’, nos fez entender melhor, repetindo Hegel, *“o que é racional é real”*, mas com este acréscimo importante: *o que é irracional também.*

4. A revolução russa revelou, com o reconhecimento do Ocidente, o trabalho em particular de dois juristas soviéticos: Pyotr Ivanovich Stucka (**“La Función Revolucionária del Derecho y del Estado”**) - ele chegou a ser o primeiro Comissário da Justiça e depois presidente da Suprema Corte -, e Evgueni Bronislávovich Pashukanis (**“A Teoria Geral do Direito e o Marxismo”**).

Esses nomes russos – e os demais aqui reproduzidos - são também encontrados com outras grafias parecidas, pois a transliteração do cirílico para o inglês admite variações, já que realizada a partir da pronúncia.

A tarefa de construção de uma teoria nova, exigida de Stucka e Pashukanis, foi imensa, vertiginosa, acidentada e incompleta. O domínio do

conhecimento das noções básicas do marxismo a respeito de superestrutura e dos institutos desenvolvidos no Ocidente não era o bastante, de modo que os juristas soviéticos se impuseram saber o que significava, por exemplo, a *legalidade revolucionária*. Ela seria uma nova ordem vinculante do Estado? Poderia traçar diretrizes e até mesmo ser um freio às ações políticas da revolução?

Por outro lado, havia uma lógica que precisava ser enfrentada e ela era estranha ao fervor revolucionário:

“O proletariado deve ter uma atitude friamente crítica não apenas face à moral e ao Estado burguês, mas também face ao seu próprio Estado e à sua própria moral. Por outras palavras, ele deve estar consciente da necessidade histórica da sua existência mas também do seu desaparecimento.”

A crítica das *formas jurídicas* feitas pelos dois juristas soviéticos progrediu até voltar-se para a ... *necessidade de permanência* dessas mesmas *formas* enquanto o Direito era, ele próprio, transformado pela revolução.

Por exemplo, um dos postulados mais questionados na ação política era o da anterioridade da pena. A inclinação era a de interpretá-la como *predomínio da forma*, já que a maneira de burlar a nova ordem revolucionária era múltipla e aleatória. No entanto, Pashukanis sustentou:

“Os conceitos de delito e de pena são (...) determinações necessárias da forma jurídica, das quais não nos poderemos desembaraçar senão quando começar o perecimento da superestrutura em geral.”

Isto era demais na era Stalin, que começou antes mesmo da morte de Lenin, no início de 1924, em virtude da enfermidade deste. O jurista escolhido para representar o pensamento soviético sob o stalinismo foi Andrei Wyschinski, que logo veio a ser investido como procurador-geral da URSS, responsável pela acusação nos chamados *processos de Moscou*, nos anos 1930, quando a oposição foi eliminada.

Stucka perdeu seus cargos e viveu no ostracismo nos seus dois últimos anos, mas, tendo morrido antes que a repressão se acentuasse, manteve as honras e o direito a um sepultamento respeitoso. Já Pashukanis foi acusado de *traição ao socialismo* e executado em circunstâncias não esclarecidas, no auge do expurgo stalinista.

As *formas jurídicas* haviam sido banidas, mas com elas “a criança foi jogada fora junto com a água do banho”. A transformação revolucionária – em algo que era sobretudo totalitário - havia pervertido a noção de direito.

5. O novo mundo, que a ‘revolução de outubro’ de ‘17 anunciava, demorou para mostrar a sua face e, quando o fez, ela não correspondia à descrição, era de difícil reconhecimento.

O poder assumido sob o comando de Lenin mudava de métodos e objetivos diante de dificuldades, que não cessavam. O lema “todo poder aos soviets” foi cumprido à risca, porém a organização muitas vezes se mostrava precária, havia revolucionários de várias origens sociais como de etnias, culturas e regiões muito diversas. As discussões poderiam ser intermináveis.

Embora o conhecimento dos passos da revolução francesa fosse surpreendentemente grande, e a vontade de ir além ainda maior, a dispersão não ajudava a governar.

Este curioso registro do cotidiano daqueles dias vertiginosos mostra isso: a aristocrata Alexandra Kollontai, conhecida libertária e feminista que aderiu ao partido bolchevique, também participou muito ativamente daquela ‘vertigem dos dias’, entretendo relações amorosas intensas, finalmente fixadas em um líder marinheiro do forte de Kronstadt. Como as funções no soviets a que eles pertenciam passaram a ser negligenciadas em favor da volúpia do amor, seus camaradas levaram o problema para Lenin resolver e queriam um veredito severo, que foi este, o do cinismo apropriado ao momento: *Kollontai e o marinheiro deveriam ser condenados a...ficar juntos.*

Os soviets (conselhos) eram uma instituição da era dos czares, porém então funcionavam para acomodar a pesada burocracia civil e militar do império, não eram democráticos e muito menos populares. A revolução

tomou talvez sua transformação em comitês revolucionários eleitos como uso adequado de uma *referência* já bem conhecida dos russos. Governar com a divergência *que necessariamente surgia*, porém, não era tarefa para quem guardasse a doutrina.

Cerca de um mês depois da tomada do poder pela revolução de outubro, foram realizadas eleições que já estavam convocadas pelo governo provisório para formar a assembleia constituinte. O partido mais votado, que veio a eleger o presidente do parlamento, não foi o bolchevique (175 deputados) mas o dos socialistas revolucionários (370 deputados).

A assembleia constituinte reuniu-se um só dia em janeiro de 1918, sendo então dissolvida. Foi instituído a partir daí o regime do partido único. Houve, portanto, um golpe de Lenin dentro da revolução. Três meses depois, em abril do mesmo ano, iniciou uma longa e destruidora guerra civil que durou até 1922. Ainda em agosto de 1918 Lenin sofreu um atentado a tiros, sendo atingido por uma bala no ombro e outra próxima ao pescoço. Fanya Kaplan foi acusada, confessou (“Considero Lenin um traidor da revolução”) e sofreu execução sumária. Os arquivos da velha Rússia guardam, no entanto, a incerteza sobre a autoria.

Em 1922 o médico alemão Felix Klemperer extraiu a bala no ombro e, segundo versões, viu-se que ela seria incompatível com a pistola Browning apreendida na ocasião do atentado. Foi considerando perigoso remover a outra bala. Naquele mesmo ano Lenin sofreu um derrame cerebral, a seguir outros, até 1924, quando morreu hemiplégico e mudo. Nesses dois anos ficou afastado do poder. Permaneceu em confinamento na cidade de Gorki, mantendo unicamente a intermediação de Stalin, em que pese Nadejda Krupskaja, mulher de Lenin, protestar com veemência e tentar outros contatos com a direção do partido, sem sucesso.

A última foto de Lenin vivo, em uma cadeira de rodas, permite vê-lo paralisado, em estado de duvidosa lucidez. Ainda assim, durante a enfermidade e em períodos que teve alguma melhora e recuperou a fala, ele ditou seu testamento político, que nunca foi lido ou considerado como documento de orientação política pelos dirigentes bolcheviques, agora reunidos no partido comunista. No documento Lenin alerta sobre o fato de

Stalin haver concentrado demasiado poder e deter “rudeza intolerável” para um secretário-geral; refere Bukharin como “o preferido do partido”, mas carente de estudos sobre dialética e também censura Trotski, que considera “a mente mais brilhante”, por sua oposição ao comitê central, fonte para divisão partidária que ele, Lenin, temia acima de tudo. Por mais inacreditável que pareça, o testamento foi publicado pelo New York Times em 18 de outubro de 1926. Na URSS só veio à luz em 1989, durante o governo de Gorbachev.

Sic transit gloria mundi. A glória real de Lenin foi curta. Durante seu governo foram quebradas as regras que haviam, *como princípios universais e como ambição de progresso civilizatório*, servido para fomentar a crença em uma revolução grandemente transformadora.

A transformação ocorreu e foi grande como nunca.

Porém, foi então que – entre outros episódios de justificação - a família real sofreu execução. Um crime dentro da revolução. Matar crianças sempre foi e será um crime, em qualquer lugar, momento ou circunstância. *C'est tout.* Não deve ser esquecido, porém, que a revolução francesa esconde em seu legado grandioso o fato de haver prendido com apenas 8 anos o filho de Luiz XVI, mantendo-o na prisão até morrer, ainda criança, ao suposto propósito de extinguir uma dinastia.

Lenin também determinou a invasão da Polônia e da Ucrânia. Esta última acabou sendo incorporada à URSS, mas a Polônia resistiu, ganhou batalhas e manteve sua independência. Porém, pagou caro por isso, a partir de 1939, quando foi invadida por Stalin e pelos alemães, repartindo o país, como efeito do pacto Molotov-Ribbentrop.

A respeito da invasão da Polônia, foi recuperado dos arquivos abertos em Moscou o documento preparado por Lavrentiy Beria, chefe da NKVD (sucedida pela KGB a partir de 1954), sobre o qual foi posto despacho de próprio punho de Stalin, autorizando o julgamento sumário dos integrantes presos das tropas “inimigas” polonesas. Em razão disso sobreveio o assassinato em massa de cerca de doze mil oficiais na floresta de Katyn, cercanias de Smolensk, seguido da execução de outros militares poloneses

que se encontravam em prisões, somando cerca de vinte e dois mil mortos (**“Stalin, os Nazistas e o Ocidente”**, Laurence Rees; filme **“Katyn”**, do diretor polonês Andrzej Wajda).

Mais que tudo, esses fatos - que são apenas episódios dentro de uma cadeia imensa - mostram que as revoluções podem cometer seus crimes e que a promessa de emancipação que trazem se transmuda em opressão rapidamente, principalmente quando há uma fabricação de “outros” que necessitam sofrê-la.

A *estereotipação* é ainda uma imensa, cruel e inesgotável fonte para espargir a ‘culpa’ sobre aqueles que “merecem” ser esmagados.

A URSS, conquanto criada sob a ideia de paz entre os povos, ainda invadiu e anexou territórios da Finlândia, sob Stalin (1939), e fez incursões militares punitivas sob Khrushchev na Hungria (1956) e sob Brezhnev na Tchecoslováquia (1968) e Afeganistão (1979).

6. *Não se pode exigir do poder que ele não seja exercido*, diria alguém que leu Machiavel. As pessoas que se sacrificam por uma revolução, porém, pensam estar fazendo algo mais grandioso, que vá além disso.

De grandioso, no entanto, o que se salientou na Rússia soviética foi o culto à personalidade, denunciado por Khrushchev em 1956, mas que continuou, mitigado embora, pois a alma da velha Rússia, mantendo a brutalidade que remonta à formação de seu império, nunca sepultou de todo Ivan, o Terrível ou Pedro, o Grande, e não haveria de sepultar Stalin, até que a própria URSS morreu querendo reformar-se sob a orientação de Mikhail Gorbachev, sendo então inumada por Boris Yeltsin.

Outra nota que seria inverossímil se não se tivesse tornado um *choque de realidade*, como hoje se diz, está no fato de que o relatório Khrushchev de 1956, contra o culto à personalidade e os crimes de Stalin, foi publicado imediatamente ao Congresso do PCUS, mas só na imprensa estrangeira, através da Agência Reuters. Certamente o relatório influenciou a rebelião na Hungria, submetida então a uma ditadura férrea de Mátyás Rákosi, naquele ano.

O mesmo Boris Yeltsin – cuja imagem sobre os tanques que bombardearam o prédio do parlamento russo, quando os golpistas que pretenderam derrubar Mikhail Gorbachev foram derrotados, será tão duradoura como a outra em que ele aparece bêbado dançando em um palanque, em sua campanha para presidente da Rússia – também fez o contrário, exumou os corpos da família real, escondidos meticulosamente nos arredores de Ekaterinburg, e os entregou em cerimônia ‘sagrada’ para a Igreja Ortodoxa.

Uma revolução que celebra seu mentor como uma múmia, sendo que esta se mostra mais jovial do que Lenin aparece fotografado em seu leito de morte, não quer perpetuar-se no tempo, desenvolver-se na história; quer, ao contrário, paralisar o tempo, o que não é uma obra humana. Até a Bíblia esteve errada quando atribuiu a Josué o milagre de parar o Sol para que sua batalha terminasse. O Deus de então, conhecido pelos profetas que escreveram os livros, ainda não sabia da concepção geocêntrica de Copérnico, caso contrário autorizaria parar a rotação da Terra...

Hoje a Rússia é governada por um déspota nacionalista que, tendo feito carreira como oficial da KGB, tornou-se protegido de Yeltsin, talvez porque este não tivesse mais a quem recorrer, depois de precipitar o fim da economia socialista estatizada. Yeltsin agiu para desmontar o proclamado comunismo soviético com a mesma urgência e fascinação que, na velha estação Finlândia, Lenin incutiu nos revolucionários.

Foi Vladimir Putin, como prefeito de Leningrado, quem trocou o nome da cidade – após um plebiscito que patrocinou – para o atual, São Petersburgo. Ele também se reconverteu ao credo da Igreja Ortodoxa, à qual dá grande apoio, prestigiando seu patriarca.

Putin invadiu o lado oriental da Ucrânia e tirou-lhe o território da Criméia.

Os métodos autoritários são, pormenorizadamente, velhos conhecidos de Putin, que domina a prática de perseguir opositores até - com certa frequência - matá-los, além de executar ex-agentes de seu país que caíram em desgraça. Ele também faz um “rodízio de autoridade” com Dimitri

Medvedev: enquanto um é primeiro-ministro, o outro é presidente, mas o poder sempre se desloca para o cargo que Putin ocupa.

A múmia de Lenin e suas estátuas, de um lado, e a decisiva afirmação de rumos contida nas análises políticas que elaborou, de outro, tudo remete a um tempo passado, mal encoberto, mas que não desperta atualidade de interesse em ser reconhecido.

Situações sobremodo irrisórias foram criadas: quando se realizar a Copa do Mundo em 2018, uma das sedes será Ekaterinburg, onde ainda existem monumentos e efígies artísticos de Lenin. Mas foi também ali que a família real foi executada e enterrada. Qual fantasma assombrará, ou melhor, despertará a curiosa, mas distante e volúvel, observação dos turistas esportivos?

Esse lado irrisório e alienado de ver o passado é o tema de uma comédia cinematográfica interessante e provocativa: “**Adeus, Lenin**”, do cineasta alemão Wolfgang Becker. Em ironia não há o que lhe exceda.

Mesmo afastada a indisfarçada propaganda contra as ideias socialistas em geral, que se disseminou na Guerra Fria (mas é muito anterior a ela, bastando lembrar a repressão no início do Século XX, de que é exemplo o vergonhoso *juízo-modelo* de Nicolas Sacco e Bartolomeo Vanzetti, em Boston, EUA, nos anos '20); mesmo sem precisar lembrar que o macarthismo floresceu nos Estados Unidos dos anos '50 usando alguns métodos muito parecidos com aqueles que levaram Stalin à glória no pós-guerra; mesmo assim se haverá de considerar surpreendente que os mais documentados, mais precisos, mais prestigiados por sua autenticidade museus sobre os crimes da União Soviética se encontrem...na Rússia (**Museu da História do Gulag**, do governo da cidade de Moscou; **Museu Virtual Gulag**, da prefeitura de São Petersburgo e, o principal deles, que foi prestigiado por muitos, incluindo o físico Andrei Sakharov - Prêmio Nobel da Paz -, o **Museu Perm-36**, que funciona em antigo campo stalinista de prisioneiros políticos nos arredores da cidade de Kuchino, na região dos Montes Urais). Este último atualmente sofre ataques de Putin, que não deseja dar projeção aos crimes já cometidos na Ucrânia, com a qual hoje luta.

A propaganda que viceja no Ocidente, fazendo proselitismo anticomunista sem estudar o fenômeno político em profundidade, peca de forma *capital* (aceitando-se aqui duplo sentido a essa palavra) ao apontar as vítimas do regime como sendo aquelas contrárias a ele.

O stalinismo só existiu e ainda existe como *prática* política porque resultou na *concentração de poder* que só se impunha por ser brutal e porque isso se fez *em nome* de uma concepção de história que não tinha nada a ver com ela e, sobretudo, porque também se afirmou *ainda mais* contra os que professavam, frequentemente com maior profundidade e grau de convicção, a *praxis* marxista.

Ou seja, a concentração do poder só existiu porque foram dizimados os *iguais* e com isso ficou eliminada a possibilidade de existirem os *diferentes*.

Repetir que ‘as revoluções matam seus filhos’ é bastante simplista, tanto quanto fácil de entender, como qualquer slogan. Porém, a revolução russa matou seus filhos, seus pais, os irmãos camaradas mais dedicados, a memória dos que se sacrificaram, a identidade dos corpos dos que desapareceram. Sem esta *marca da morte* não se pode compreendê-la e superar seus êxitos e fracassos.

7. Em 1911 Lenin visitou com Krupskaja em Paris o casal Paul Lafargue e Laura, ela filha de Karl Marx. O líder russo não estava empolgado com uma revolução iminente. Deixou registro de que ela não ocorreria em seus dias de vida, mas num futuro incerto. Escrevia na época o livro - talvez o único com densidade filosófica - “**Materialismo e Empiriocriticismo**”.

Embora Krupskaja estivesse entusiasmada, o encontro foi desanimador. A conversa morria; nenhuma perspectiva favorável se desenhava. Pouco depois, o casal Lafargue praticou o suicídio sinalizando que a velhice se apresentava difícil demais diante de um sonho irrealizado. O ato comoveu Lenin e ele, estoicamente, aceitou que a impossibilidade da luta política levava a “encarar a verdade frontalmente”.

Sem ter relação com o fato, mas digno de registro, a filha caçula de Marx, Eleanor, também se havia suicidado em 1898, em Londres, na meia

idade e diante de uma vida pessoal particularmente difícil. Seu ex-marido lhe extorquia dinheiro alegando manter o irmão dela, filho adúltero de Marx com a empregada, mas que Eleanor considerava ser filho de Engels.

Paul Lafargue era o que hoje se chama um ativista. Produziu uma vasta obra de cunho político, mas a mais conhecida é um panfleto, surpreendentemente intitulado “**O Direito à Preguiça**”, antecedendo em muito a Domenico Di Masi... Naquele texto defende um recuo para o valor mítico do trabalho, que atribuía ao capitalismo:

“Uma estranha loucura se apossou das classes operárias das nações onde reina a civilização capitalista. Esta loucura arrasta consigo misérias individuais e sociais que há dois séculos torturam a triste humanidade . Esta loucura é o amor ao trabalho, a paixão moribunda do trabalho (...)”.

8. O ocaso do Lenin histórico começou menos de um ano após empolgar o poder, em seguida ao atentado em agosto de 1918. Seguiu-se uma guerra civil devastadora que durou três anos. Antes que ela terminasse (outubro de 1922) Lenin sofreu o primeiro derrame (abril de 1922, poucos dias depois de submeter-se a uma cirurgia para retirada de uma das balas do atentado), do qual só se recuperou parcialmente.

No início do mesmo mês de abril de 1922 Stalin havia sido eleito (foi candidato único) secretário-geral do partido, pois Lenin propôs que alguém coordenasse as ações, que estavam dispersas e sobrecarregavam os líderes. As funções eram mais burocráticas, visavam a dar cumprimento às decisões partidárias. Com o tempo, o cargo de secretário-geral só serviu para acumulação de poder.

Há relatos que falam em enfartes sofridos por Lenin no lugar de AVCs, de qualquer maneira parece haver uma relação, ao menos temporal, com a hipótese de formação de coágulos na cirurgia. Outra versão consta no último texto que Trotski escreveu, com o sentido lógico excepcional, que era sua característica de estilo, onze dias antes de ser assassinado em 1940, em que sustenta o provável envenenamento, já que o próprio Stalin havia

admitido essa possibilidade, alegando que Lenin lhe havia pedido veneno (artigo na internet: “**Stalin matou Lenin ?**”, por Leon Trotski). Em reforço a esta última versão, consta o registro no relatório médico de Lenin que ele sofreu convulsões próximo à morte, o que seria incompatível com um quadro de derrame.

Essa crônica política serve, quando menos, para demonstrar o caráter conspiratório que se havia formado na cúpula dirigente soviética, de tal modo que o espírito do coletivo havia “desmanchado no ar”, para usar uma expressão de Marx e Engels que está no “Manifesto”. Doravante, sob Stalin, os soviets seriam órgão de homologação e legitimação de uma política autocrática. Os debates intensos que eles haviam suscitado outrora virariam unanimidade na submissão e no incontido aplauso ao novo líder. Dissentir era trair. Começava a ser escrita a *novilíngua*, como George Orwell nomeou a semântica de então.

Escrevendo um famoso texto no fragor da invasão da Hungria, em 1956 (“**O Fantasma de Stalin**”), Jean-Paul Sartre disse que a *justificação* da doutrina soviética o fez “desesperar do marxismo oficial”. Acrescentou: “Marx teria desprezado esses burros pomposos que fazem da luta de classes uma ideia platônica ou que a fazem interferir como um *Deus ex machina*”.

A doutrinação apresentada (para justificar a invasão da Hungria) nada tinha a ver com os fatos, não examinava processos, apenas impunha a supremacia da URSS aos países satélites na Europa Oriental, que não a compunham. Após o Exército Vermelho esmagar a insurreição contra o governo despótico local (ditadura de Rákosi), deixando vinte e cinco mil cadáveres (segundo a versão do primeiro-ministro da Índia, Nehru, que a colheu junto a seu embaixador em Budapest), o político reformista húngaro de maior representação, Imre Nagy, foi preso e depois enforcado. Segundo gravações preservadas e hoje conhecidas, não confessou erros nem pediu clemência. Janos Kadar, que o sucedeu por imposição do Kremlin, dissolveu oficialmente os soviets na Hungria, núcleos da rebelião. Enfim, a política da Rússia havia regredido ao marco zero.

Nessa época (1956) Stalin já havia morrido mas, escreve ainda Sartre, não havia como lhe dar 'sucessão':

“Stalin nada deixou atrás de si a não ser um mundo feito por ele, que o renega. A desestalinização, na origem, foi mais uma descoberta do que uma decisão: libertos da grande sombra staliniana, os dirigentes perderam ao mesmo tempo a onipotência e a servidão; ficariam, o que quer que fizessem, mergulhados na coletividade nacional e ninguém mais poderia elevar-se acima dela; a política ‘retrátil’ tornava-se impossível; era preciso preparar uma política de expansão: como restituir vida à burocracia, ao Partido, a esses dois órgãos sangrentos e encarquilhados da dominação staliniana (...)?”.

Sobre o poder stalinista há muitos livros, ensaios ... e fantasias, digressões de encanto, ódio, saudade, despertados naquele tipo humano que é **saudoso do que não conhece...e imagina que aconteceu o que nunca houve, ou vice-versa**. Porém dois filmes são excepcionalmente esclarecedores: “Círculo de Fogo” (**Enemy at the Gates**), do francês Jean-Jacques Annaud, uma das duas ou três melhores películas de guerra da história do cinema.

O filme de Annaud mostra detalhadamente todo o processo de *vinculação da opinião pública* a Stalin, seu compromisso, mitificação, sacrifício e entrega aos objetivos escolhidos pelo dirigente. O outro filme, que complementa o primeiro, é “**Círculo do Poder**” (The Inner Circle), do grande diretor russo Andrei Konchalovsky. Ele trata do *circulo interno* do poder stalinista, através da versão do projecionista de seu cinema particular no Kremlin. A nota importante está no fato de que o projecionista, que se manteve fiel à memória de Stalin até o fim, estava vivo quando o filme foi feito, falou com atores e diretor, deu detalhes, transmitiu impressões, já que

a obra foi baseada em relato seu. Uma nota particularmente bizarra é a de que a estreia do filme deu-se no Natal de 1991. No dia seguinte a URSS foi dissolvida por Gorbachev.

9. Nenhum outro artista superou Constatin Stanislavski ao expor a representação da *cena histórica* da Rússia antes, durante e depois da revolução, enfrentando todos os seus percalços, sobrevivendo a situações extremamente desfavoráveis, aproveitando as oportunidades e deixando uma obra definitiva sobre o papel do ator, o 'sistema' para atuar, que é um método de interpretação e o tornou conhecido no mundo. A par disso, Stanislavski criou casas teatrais, o essencial Teatro de Arte de Moscou e o Teatro Estúdio, este dedicado a peças experimentais, além de haver desenvolvido a ópera naqueles anos difíceis e de ter representado as obras de Tchekhov (Documentário **"O Século de Stanislavski"**, de Peter Hercombe, disponível legendado na internet).

Stanislavski morreu em 1938 com suas atividades completamente cerceadas, chegando a dar aulas e a fazer ensaios em sua própria casa.

Seu sucessor no Teatro de Arte, Vsevolod Meyerhold, foi preso logo após a morte do seu mestre e executado sumariamente tempos depois.

Como a história guarda suas indevassáveis ironias, após Stanislavski ministrar um curso em Nova York sobre seu método, um grupo de artistas locais criou o famoso Actor's Studio, para aplicá-lo. Entre eles estava o imigrado grego Elia Kazan, diretor de teatro e cinema, depois autor de filmes memoráveis como "Clamor do Sexo", "Um Bonde Chamado Desejo", "Vidas Amargas", "Sindicato de Ladrões" e "Viva Zapata!", tendo revelado James Dean, Warren Beatty e Marlon Brando. Pois enquanto Stalin colhia os louros de sua política e se tinha transformado em um *tzar vermelho* nos anos '50 (talvez mais pelo sangue que derramou do que por sustentar a bandeira que Marx coloriu, após a Comuna de Paris de 1871, para homenagear os comunardos mortos), Elia Kazan denunciava artistas de Hollywood como comunistas perante o senador Joe McCarthy...

Vladimir Maiakovski foi 'o poeta da revolução' e parece ter escolhido a morte porque a epopeia à qual deu seu entusiasmo chegou ao fim, em 1930,

com o stalinismo consolidado a partir de 1928, por meio da perseguição aos opositores.

A presença ainda hoje de Maiakovski é tão grande que, nos anos do regime militar no Brasil, um poeta brasileiro pouco conhecido (Eduardo Alves da Costa) escreveu um longo poema (“**No caminho de Maiakovski**”) que, pelos seus versos mais felizes, incitando à irrisignação, foi atribuído ao artista russo e ainda, seguidamente, o é. Na época eles estampavam com frequência as faixas nas passeatas de protesto.

Máximo Gorki, igualmente um escritor esplendoroso, parece ter feito o caminho inverso ao de Maiakovski: inicialmente, alinhava-se aos mencheviques e o curso dos acontecimentos, embora fosse amigo de Lenin, o levou ao exílio na Europa, descontente com a escalada da revolução. Retornou depois, na vigência do stalinismo, e foi transformado em uma ‘glória viva’, porém levado a um modo de vida semi-recluso e sua atuação pública consistia em participar das cerimônias de engrandecimento do regime. Morreu também na glória, que não era mais a glória da revolução, mas a do stalinismo, em plena farsa dos julgamentos de Moscou (1936). Há suspeitas inextrincáveis de que tenha sido assassinado.

Outro que saiu da Rússia para fazer carreira no Ocidente e retornou para um confinamento brando, mas opressivo, foi o compositor Sergei Prokofiev. Stalin não o apreciava e classificava a todos os que estavam na sua condição como *formalistas*. Ele havia escolhido Dimitri Shostakovich como músico oficial, *aprisionando* o talentoso desse artista como *representante* da *classe*. Prokofiev morreu no mesmo dia que Stalin e, como morava perto do Kremlin, não pôde ser enterrado, pois toda a movimentação ao redor da muralha foi proibida, diante do velório (em que morreram pisoteadas centenas de pessoas, dado o sentimento histórico de orfandade) do *guia genial dos povos* (era o título que havia adotado). O corpo de Prokofiev, na obscuridade que sua pátria lhe dedicou então, antes de vir a ser reverenciado *post mortem*, ficou fechado cinco dias no caixão, em casa.

10. A revolução russa no período posterior a Lenin passou a ser reinterpretada. Não havia mais como ignorar que ela tinha muitas faces.

Ainda no período leninista fora implantada a NEP, Nova Política Econômica, um plano que associava a coletivização estatal da atividade agrícola (kolkhoz) com a autonomia para os produtores rurais e também para pequenos negócios, restabelecendo em parte o sistema que permitia a volta dos antigos kulaks (proprietários de terras que dominavam a produção do campo antes da revolução).

Morto Lenin e caído em desgraça Bukharin, conceptor da NEP, a coletivização forçada voltou revigorada. Além disso, a concentração do poder nas mãos de Stalin fez com que os dirigentes não se identificassem uns com os outros. Primeiro, a oposição atribuída a Trotski foi atacada; depois, os que se uniram contra ele foram esmagados.

A revolução vinha mostrando um perfil desconhecido, fora do pregado internacionalismo, pois o governo dela resultante havia feito a invasão de países estrangeiros (pela guerra contra a pacífica Finlândia em 1939, por conquista de território, a Rússia chegou a ser expulsa da Liga das Nações). O Estado russo usava a força armada para impor reformas econômicas e políticas de expropriação, mas, principalmente, mergulhava em disputas pelo poder que, em tempos de monarquia, seriam classificadas como *intrigas da corte*. Este último aspecto transparecia quando eram classificadas tendências no comitê central e no próprio politburo de esquerda e direita.

Mas o PCUS não era então, todo ele, um partido de esquerda? Não era assim visto pelo mundo? Como poderia ser identificada uma direita dentro dele? Afinal, todos os que dirigiam o partido não eram adeptos da revolução?

O jogo inteiramente fisiológico estabelecido pela centralização do poder sob comando de Stalin deu vezo a denúncias sucessivas de traição, o que não obstava a aliança com 'traidores' de antes para eliminar outros 'traidores' depois. A propósito, criou-se extensa nomenclatura de imputações: desvio pequeno burguês, idealismo, formalismo, traição ao socialismo, aliança com o capitalismo...

Os anos de 1930 marcaram profundamente essa crise expressa na cizânia e nas perseguições. Elas já estavam instaladas quando ocorreu no

fim de 1934 o assassinato de Serguei Kirov, líder muito popular de Petrogrado que havia sido o deputado mais votado para integrar o politburo, no congresso do PCUS realizado no início do mesmo ano (Stalin havia sido o menos votado, embora já exercesse a secretaria-geral).

O crime não ficou esclarecido quanto à motivação, embora o *qui prodest* apontasse para a cúpula que estava no poder, pois foi ela que iniciou imediatamente os expurgos em massa. Stalin havia montado o que ficou conhecido como *apparatchik*, praticava largamente o *kompromat*. A NKVD era uma polícia política que atuava internamente no país, como em qualquer outra ditadura no curso da história, tinha um prédio-quartel com a cadeia de Lubianca.

Instalou-se a *razão equívoca*, aquela em que os atos são justificados *em nome de...* Todo o comando revolucionário de 1917 foi eliminado através do que ficou conhecido como Processos de Moscou. O último a cair foi Leon Trotski, em 1940, exilado no México. Ele primeiramente, em face do seu grande prestígio que não viabilizava a eliminação de imediato, foi confinado em Alma-Ata, no Kazaquistão. Ali escreveu uma obra preciosa, seminal (“**Revolução e Contra-Revolução na Alemanha**”), em que aponta o erro da política soviética ao apoiar o confronto com os sociais-democratas em terras alemãs, pois isso só beneficiaria – como aconteceu – a ascensão dos nazistas.

Entre aqueles executados por Stalin os mais destacados eram Lev Kamenev, Grigori Zinoviev, Alexei Rykov, Karl Radek, o jovem marechal Mikhail Tukhaichevsky, Ievgueni Preobrajenski (que havia sido o secretário-geral do partido antes de Stalin), Nikolai Bukharin e Vladimir Antonov-Ovseenk, comandante militar importante, tanto na tomada do poder em 1917 como, a seguir, ao reprimir as resistências à nova ordem. Contudo, é importante que se lembre do stalinismo como uma força dominante e totalitária porque também dizimou milhares de outros militantes anônimos, dirigentes partidários intermediários e integrantes do congresso do PCUS em 1934.

Stalin passou a governar com uma nova elite dirigente afeiçoada a ele, moldada na subserviência e disposta a executar como um *diktat* fielmente

sua política, nela despontando Nikita Khrushchev, Viatcheslav Molotov, Lavrentiy Beria, Anastas Mikoian, Andrei Gromiko, Nikolai Bulganin, Georgiy Malenkov, Andrei Jdanov e Leonid Brejnev. Nenhum deles tivera papel relevante na revolução. Igualmente, nenhum deles conhecia ou expressava o marxismo com alguma competência que pudesse ser notada. Stalin também valeu-se de alguns poucos velhos bolcheviques, desde que inteiramente submissos, como Mikhail Kalinin, que ao fim emprestou seu nome para a antiga cidade de Königsberg, em cujas ruas transitaram Immanuel Kant e Hannah Arendt. Hoje se chama Kaliningrado e é um enclave russo no Báltico. Em seu último livro, **"A Festa da Insignificância"**, Milan Kundera aponta esse fato como o lado irrisório da vida; irrisório para todas as vidas, para a vida de todos.

Para que se tenha ideia mais precisa do grau de submissão, a mulher de Molotov foi presa ao fim do período stalinista, quando o líder articulava o que entendia ser a "conspiração dos médicos". A esposa de Molotov era médica e judia. Mantinha correspondência com uma irmã que havia emigrado para Israel, logo ao fim da guerra, quando o Estado judeu foi criado. Levada a questão para o politburo, Molotov votou pela soltura de sua mulher e o restante do colegiado contra. Molotov então dirigiu uma carta a Stalin (que foi recuperada) pedindo para reconsiderar seu voto, um dia depois, pois havia posto seus interesses pessoais acima dos do partido...e votou então pela prisão da própria mulher.

Depois que Stalin morreu em 1953, reinstalou-se o comando por triunvirato, a *troika*, que imediata e sumariamente matou Lavrentiy Beria, temendo seu domínio sobre a KGB, mas logo o poder foi empolgado só pelo novo secretário-geral Nikita Khrushchev, que assim pôde promover a desestalinização, o então chamado *degelo*, fazer a denúncia dos crimes políticos e do culto à personalidade, em 1956, e reabilitar vítimas. Todavia, não desnudou os gulags e, afinal, foi derrubado por uma conspiração da *nomenklatura*.

Com Brejnev iniciou-se um longo período (1964/1982) que, ao fim, era comandado por uma *gerontocracia*. Morto Brejnev, as opções políticas eram deprimentes: foi convocado o chefe da KGB, Iuri Andropov, homem já doente e com pouca expressão popular e internacional. Morreu em dois anos

de governo inexpressivo, conquanto ortodoxo, e foi sucedido por outro líder ainda mais velho, Konstantin Chernenko, o último antigo bolchevique que chegou a conhecer Lenin. Assumiu o poder com sinais visíveis de decrepitude e morreu em um ano. Foi quando Mikhail Gorbachev surgiu como opção para o partido renovar-se, mas a renovação - vinda através da *glasnost* e da *perestroika* – foi o que levou desta vez a própria URSS à morte. Para entender melhor esse último período agônico, muito além do jardim das teorias escatológicas, há documentação, imagens e depoimentos preciosos que estão nos vídeos “**Entrevistas de Gorbachev**”, na internet, bem como no documentário “**Adeus, camaradas**”, do diretor russo Andrei Nekrasov.

11. Foi um italiano tísico, dedicado, talentoso, que passou onze anos na prisão, dela saindo para morrer em abril de 1937 e autor de uma obra singular, a maior parte dela escrita no cárcere, que acrescentou muito ao marxismo clássico, talvez porque – como assinalou um biógrafo – “na prisão tinha descoberto que, bem além das classes, havia todo um mundo desconhecido a explorar”.

Antônio Gramsci teve sua formação intelectual identificada com a escola historicista de Benedetto Croce. Guardava, portanto, a *matriz idealista*, porém poucos foram tão longe na interpretação expansiva do marxismo como ele.

Inicialmente, “Gramsci atribuía à revolução poderes taumatúrgicos: tornava bons os maus e fazia nascer o homem novo. (...) A vitória da revolução comunista na Rússia, onde não era esperada, parecia acentuar o caráter providencial do processo histórico” (“**O Prisioneiro – A Vida de Antonio Gramsci**”, Aurelio Lepre).

Isto nada tinha de estranho: considerar a “tarefa histórica” e a “missão histórica do proletariado” sob uma concepção *redentora*, de certa forma decorria de um *providencialismo* já encontrado no escritor ítalo-francês Joseph de Maistre (1753/1821), que examinou detidamente a revolução francesa.

É verdade que Maistre fez uma clássica abordagem conservadora, mas igualmente singular, pois introduziu o conceito de *contra-revolução* quando – e isso mostra sua perspicácia – a revolução francesa ainda se desenvolvia.

Segundo ele, se as revoluções decorriam de forças incontroláveis, elas trariam também embutida a contra-revolução, movimento antagonista destinado a restabelecer o equilíbrio rompido. Daí afirmar “a revolução conduz os homens mais do que eles a conduzem” (“**Joseph de Maistre e suas Considerações Sobre a França Revolucionária**”, artigo de Laurent de Saes, acessível pelo meio eletrônico). A frase recebeu variações como “não são os homens que fazem as revoluções, as revoluções é que se servem dos homens”. Essa refinada constatação foi sofrendo aperfeiçoamentos até ganhar uma conotação francamente marxista, a despeito de sua origem: “não são os revolucionários que fazem as revoluções, são as revoluções que fazem os revolucionários”.

O idealismo e mesmo o providencialismo, portanto, não podem ser opostos como um vício intransponível ou que macule abordagem do jovem filósofo sardo no Século XX. A expansão que o marxismo teve através do pensamento de Gramsci guarda uma densidade renovadora. Diz seu biógrafo citado que “Gramsci estava convencido, assim como Marx o estivera, da primazia do Ocidente: por esse motivo, considerava que somente no centro capitalista do mundo, e não na Rússia, Lenin poderia ter elaborado uma concepção marxista da revolução”.

Pode-se dizer, sem muita chance ao erro, que foi isso o que aconteceu. Porém, a oportunidade histórica para aplicar essa concepção marxista, elaborada em torno do capitalismo do Ocidente, deu-se onde “o elo da corrente era mais fraco”, na expressão de Lenin, ou seja, na senhorial, teológica e arcaica Rússia, que ainda mantinha a servidão camponesa e que se achava então devastada pela I Guerra Mundial.

Ela também era a pátria da mais poderosa literatura de impacto social: uma *ficção insurgente e emancipadora*. Lá ainda existia um mundo soterrado, o das “**Almas Mortas**” de Nicolai Gogol, dos códigos de honra que levaram um gênio como Tchaikovsky ao suicídio (que ainda teve de ser disfarçado como infecção pelo cólera) ou da repressão que internou

Dostoiévski dois anos em prisão na Sibéria (daí a “**Recordação da Casa dos Mortos**”), depois de havê-lo submetido a um fuzilamento simulado.

Foi em virtude disso que Gramsci escreveu:

“A determinação, que na Rússia era direta e lançava as massas nas estradas ao assalto revolucionário, na Europa central e ocidental complica-se com todas estas superestruturas políticas criadas pelo maior desenvolvimento do capitalismo, torna mais lenta e mais prudente a ação das massas e, portanto, pede ao partido revolucionário toda uma estratégia e uma tática bem mais complexas e de mais fôlego do que aquelas que os bolcheviques necessitaram no período entre março e novembro de 1917”.

Porém, Gramsci frequenta o presente ensaio menos para se discutir aquelas que são conhecidas como “categorias gramscianas” e mais para acompanhar os descaminhos da sua frase mais conhecida, repetida *ad nauseam* por bocas imprudentes: “*Pessimisme de l’Intelligence, Optimisme de La Volonté.*” Trata-se obviamente de uma combinação conceitual idealista que *a priori* não é analítica e menos ainda dialética.

Esse aforismo foi utilizado pela primeira vez por Gramsci num artigo de abril de 1920 para o jornal “L’Ordine Nuovo”, sob o título “Discorso agli Anarchici”, em que criticava a “fraseologia anarquizante”, manifestando-se em favor de “um outro mundo possível”, uma “forma histórica superior e total” (“**Otimismo da vontade, pessimismo da razão**”, tese de doutorado na UNESP de Roberto Dalla Santa, acesso pela internet).

Curiosamente, “um outro mundo possível” foi o slogan utilizado pelo Forum Social Mundial realizado inicialmente no Brasil. Frase igualmente um pouco mística, uma vez que a lógica indica constatação bem diferente: *muitos outros mundos são possíveis, inclusive aqueles que são piores do que onde eu vivo.*

Depois, já em 1929, Gramsci voltou a usar a mesma oração em uma carta a seu irmão Carlo:

“(...) Parece-me que em tais condições [I Guerra], prolongadas durante anos, e com tais experiências psicológicas, o homem deveria alcançar um grau máximo de serenidade estoica, e adquirir a convicção profunda de que ele é, em si mesmo, a fonte das próprias forças morais, de que tudo depende dele, de sua energia, de sua vontade, da férrea consciência dos fins que se propõe, e dos meios que emprega para realizá-los – a ponto de jamais desesperar, e não cair nunca mais naqueles estados de espírito – vulgares e banais – a que se chamam pessimismo e otimismo. Meu estado de espírito sintetiza esses dois sentimentos e os supera: sou pessimista com a inteligência mas um otimista com a vontade”.

Pois a *fortuna crítica* dessa frase serve para ilustrar os descaminhos no reconhecimento *do que é* e do que *deixa de ser* marxismo.

Primeiro, o tradutor e principal divulgador das obras e pensamento de Gramsci entre nós, Carlos Nelson Coutinho negou um vínculo entre a afirmativa do filósofo italiano e o escritor francês Romain Rolland, sustentando que não se encontra nada parecido na obra deste último. Imagina Coutinho que a frase “teria saído de um livro de uma colaboradora de Rolland, a alemã Malwida Von Meysemburg, e seria de autoria do historiador suíço Jakob Burckhardt, numa classificação dos gregos como dotados de *‘pessimismo da concepção do mundo e otimismo do temperamento’*” (“**Dilma Rousseff erra ao citar Gramsci**”, artigo de Irapuan Costa Júnior, jornal Opção, edição nº 2008, de 29/12/2013 a 04/01/2014).

Essa elucubração tão própria dos escolásticos fez Coutinho improvisar... *em vão*. Na verdade, Romain Rolland havia produzido a resenha de um trabalho de Raymond Lefevbre, a que deu o título de “Le Sacrifice d’Abraham” e publicou no jornal “L’Humanité”, órgão do partido comunista francês. Ali Rolland escreveu “é essa íntima fusão – que, para mim, constitui o homem verdadeiro – de pessimismo da inteligência, que penetra toda ilusão, e otimismo da vontade”.

Parece tão óbvio que Gramsci, como militante e depois dirigente do PCI, partido comunista italiano, tivesse fácil acesso ao jornal francês. Foi dele que extraiu a expressão, que utilizou pelo menos duas vezes, e que acabou marcando ‘defeituosamente’ sua obra.

Por que defeituosamente?

Porque se trata de uma abordagem idealista. Tanto no texto original de Rolland como na carta que Gramsci enviou ao irmão há referências a “valores”, “homem verdadeiro”, “a fonte das próprias forças morais”, “férrea consciência”.

Apesar do filósofo italiano haver tentado dar uma conotação dialética, a afirmativa apenas revela uma esperança de superação, que ele provavelmente usou porque a realidade política da Itália se mostrava ruim com a ascensão do fascismo, mas que o entendimento disso não deveria levar ao esmorecimento, mas à vontade de lutar.

A obra de Gramsci é tão mais importante para ficar marcada por uma frase emprestada, ainda mais de conteúdo idealista, cujo uso em circunstâncias determinadas nada tem de errado, mas que para definir um pensamento sofisticado é uma redução deformadora.

Não é tudo.

Uma pesquisa sobre o uso adaptado da famosa frase mostra uma surpreendente variação de sentido, mas, para vergonha nossa – ou para vilipendiar o cadáver de Gramsci – a malsinada frase acabou tendo o pior uso por Dilma Rousseff. Na sua boca ficou assim: “*O pessimismo dá inteligência. O otimismo dá vantagem*”...

A corrupção da linguagem talvez seja o início de toda a corrupção...

A obra de Gramsci continuará a ser estudada, apesar dessas aberrações. Seu conceito de *hegemonia* é importante, pois a predominância das forças sociais não fica presa nas relações econômicas, mas se expande. O pensamento de Gramsci permitiu ver que não é verdade que o Ocidente

não fez sua revolução. Aceitar o contrário significaria atribuir à revolução um sentido de *milagre transformador*.

Nem todas as revoluções são *concentradas* e executadas sob comando político. Muitos que guardam o *ideário da revolução* não se dão conta de que adotam um modelo de ideal que tem raízes platônicas. Esse ideal entra em choque com a realidade e passa a exigir uma *imposição* para se consolidar. É exatamente isso que ficou conhecido como “socialismo real”.

Maquiavel escreveu: “as armas são justas quando não há nenhuma esperança a não ser nelas”. Isto é definitivo e correto; é a razão primordial para a ruptura. Porém o que eram “as armas” no tempo de Machiavel e o que são hoje? O desprestígio público, por exemplo, atualmente pode ser obtido por *armas* que não eram sequer pensadas no tempo de Machiavel, assim como a destruição de carreiras, a discriminação ou mesmo a ruína econômica de concorrentes.

Muitos esquecem que as mais caras e preciosas propostas revolucionárias cultivadas em todos os tempos foram escritas à luz de velas e candeeiros. Hoje há – em grau superlativo, como nunca antes - um “saber revolucionário”, proporcionado pela ciência, pelas conquistas tecnológicas e pela cultura, paralelo à atuação política. Gramsci mostrou-se sensível a isso. A percepção de que ele havia expandido o marxismo foi notada até pelo seu antigo camarada de militância no partido socialista, então levado ao poder despótico na Itália. Mussolini registrou em uma de suas obras: “Se Gramsci se encontrasse naqueles dias na União Soviética e não na Itália, teria morrido de chumbo e não de doença”.

12. Nenhuma interpretação do marxismo foi tão ampla, depois de Gramsci, como a de Herbert Marcuse, filósofo alemão exilado nos Estados Unidos. Foi, na verdade, a última *interpretação totalizante* das transformações produzidas desde meados do século XIX, sob impacto da 1ª e da 2ª revolução industrial. Poucos reuniram a experiência e o conhecimento amplo de Marcuse. Ele participava das investigações da chamada Escola de Frankfurt e permaneceu ligado aos seus integrantes até o fim. Estudou na Universidade de Friburgo e foi orientado por Martin Heidegger. Iniciou-se assim na fenomenologia e no nascente

existencialismo. Aprofundou o pensamento de Freud servindo-se das referências de outros autores, como Wilhelm Reich, e ampliando os temas freudianos expostos em obras como **“O Mal-Estar na Civilização”**, de modo a estabelecer os vínculos da psicanálise com a história e os temas marcadamente sociais e políticos.

Marcuse soube ser profundo e irruptivo, pôde reinterpretar o acervo de Marx pondo-se à altura desse autor.

Em meados dos anos 1950, surgiu **“Eros e Civilização”**, livro que trouxe os conceitos de “sociedade afluyente” e “princípio de desempenho”, sendo que este decorria do que Freud já havia identificado como *princípio da realidade* (em oposição ao *princípio do prazer*). A alienação do trabalho ganhou outros contornos, diferentes do marxismo clássico, pois nada mais tinha a ver com o *conceito de valor*: “quanto mais completa for a alienação do trabalho, tanto maior é o potencial de liberdade”, uma vez que esta é identificada com um *tempo amorfo* em que as ‘verdadeiras’ escolhas passaram a se realizar.

Para Marcuse, o ponto de cisão – clivagem, diriam os pedantes – deu-se quando “as pretensões utópicas da imaginação ficaram saturadas de realidade histórica.” A atividade humana então também ficou demasiado vinculada ao funcionamento do sistema e a liberdade foi deposta em favor de um *homem unidimensional*.

O movimento de renovação igualmente mudou. As *causas* para a contestação passaram a ter outra motivação e também outros participantes :

“Essa Grande Recusa é o protesto contra a repressão desnecessária, a luta pela forma suprema de liberdade – ‘viver sem angústia’. Mas essa ideia só podia ser formulada sem punição na linguagem da arte. No contexto mais realista da teoria política ou mesmo da Filosofia, foi quase universalmente difamada como utopia”.

A enorme repercussão e as controvérsias em torno de “**Eros e Civilização**” levaram Marcuse a escrever o que chamou de “Prefácio Político”, em 1966, auge do prestígio de suas ideias. Ali ele anotou que “o conceito marxista estipulou que somente aqueles que estavam livres dos benefícios do capitalismo seriam possivelmente capazes de transformá-lo numa sociedade livre”.

Todavia, a *sociedade afluyente* havia mudado: “A nova boêmia, os *beatniks* e *hipsters*, os andarilhos da paz – todos esses ‘decadentes’ passaram agora a ser aquilo que a decadência, provavelmente, sempre foi: pobre refúgio da humanidade difamada”.

Ao mesmo tempo, Marcuse manifestou-se contra a *idolatria do labor* :

“No processo de automação, o valor do produto social é determinado em grau cada vez mais diminuto pelo tempo de trabalho necessário para a sua produção. Consequentemente, a verdadeira necessidade social de mão-de-obra produtiva declina, e o vácuo tem de ser preenchido por atividades improdutivoas. Um montante cada vez maior do trabalho efetivamente realizado torna-se supérfluo, dispensável, sem significado”.

No prefácio à segunda edição de “O Capital” Marx escreveu: “Em Hegel, a dialética encontra-se de cabeça para baixo. É preciso colocá-la sobre seus pés para descobrir o grau racional sob a capa mística”.

Ora, Marcuse fez precisamente isso, mas em relação à base social considerada na obra do próprio Marx.

Embora possa ser percebido um processo de *quebra* na análise marxista, na verdade o que há é a continuidade, já que o capitalismo tem como principal característica se recompor e, se recompondo, circunscreve em outros termos seu modo operacional, inverte ou amplia a cadeia produtiva, inventa necessidades, introduz novas tecnologias, em resumo, se reinventa.

Num outro texto igualmente poderoso, “**A Ideologia da Sociedade Industrial**”, Marcuse descreve o fenômeno que identificava em meados do Século XX:

“A particularidade distintiva da sociedade industrial desenvolvida é a sufocação das necessidades que exigem libertação – libertação também do que é tolerável e compensador e confortável – enquanto mantém e absolve o poder destrutivo e a função repressiva da sociedade afluyente. Aqui, os controles sociais extorquem a necessidade irresistível para a produção e o consumo do desperdício; a necessidade de trabalho estupefaciente onde não mais existe necessidade real; a necessidade de modos de descanso que mitigam e prolongam essa estupefação; a necessidade de manter liberdades decepcionantes como as de livre competição a preços administrados, uma imprensa livre que se auto censura, a livre escolha entre marcas e engenhocas. (...)”.

Marcuse ainda ingressa no tema dos enganos que a própria expressão das palavras cria, e os desvenda com esta proposta dialética:

“Os esforços para reaver a Grande Recusa na linguagem da literatura têm o destino de ser absorvidos por aquilo que refutam”.

Num capítulo que titula “O fechamento do universo da locução” reporta-se a Roland Barthes:

“Dans l'état présent de l'Histoire, toute écriture politique ne peut que confirmer un univers policier, de même toute écriture intellectuelle ne peut qu'instituer une para-littérature, qui n'ose plus dire son nom. (No estado atual da história, todo escrito político pode apenas confirmar um universo policial, assim como todo escrito intelectual pode apenas produzir paraliteratura que não mais ousa dizer o seu nome)”.

Nos tempos modernos nunca ninguém havia ido tão longe, mas Marcuse deu ainda um passo, socorrendo-se de seus amigos e contemporâneos:

“Nada resta da ideologia a não ser o reconhecimento daquilo que é – modelo de um comportamento que se submete ao poder arrasador do estado de coisas estabelecido (Theodor Adorno). A contradição clara reafirma seu direito contra esse empirismo ideológico: ... ‘aquilo que é não pode ser verdadeiro’ (Ernst Bloch)”.

Marcuse conclui esse pensamento, e assim parece também concluir sua obra, *“o mundo da experiência imediata – o mundo em que nos encontramos vivendo – deve ser compreendido, transformado e até subvertido para se tornar aquilo que verdadeiramente é”.*

Porque a teoria desenvolvida por Herbert Marcuse, se não caiu no esquecimento, tornou-se tão pouco ‘instrumental’?

Para alguns, ou para muitos, a sua interpretação das mudanças sociais estava simplesmente errada:

“Passados mais de 30 anos dessas profecias e ‘utopias sexuais’ e há quase 20 anos da sua morte, acontecida em 1979, Marcuse, maldosamente chamado por alguns de ‘guru surrealista’, eclipsou-se. Ao invés da Grande Recusa, da rejeição ao consumismo, o contrário. As massas acotovelam-se atrás de bugigangas. O poder de fogo dos outsiders mostrou-se píffio. O establishment continuou a amortecer os pedregulhos jogados contra ele, confirmando ‘a derrota da lógica do protesto’.

‘Che’ é grife e marca de cerveja!

Uma das imagens suas que nos resta é de uma assembleia no Audimax em Berlim, em 1967, na qual ele ilumina o ambiente enfumaçado e anárquico com sua

poderosa cabeça branca. Mas parece que, apesar do esforço e da concentração dos circundantes, não o entendiam. O apóstolo da Grande Recusa terminou formando um exército de um homem só. (“O Apóstolo da Grande Recusa”, artigo do historiador Voltaire Schilling no jornal ZH de 25/07/1998).

Caberia repetir Ernst Bloch, citado por Marcuse: “*aquilo que é não pode ser verdadeiro*”.

A ampla teoria do filósofo alemão não está fundada em uma metodologia *errada*, ou *ilusória*, nem desconsidera os fenômenos reais de sua época.

O que ocorreu foi o enfoque que Marcuse fez, como ele afirma decisivamente, na *sociedade industrial* e suas conquistas. Logo a seguir, em data que certamente a História fixará em algum momento dos anos 1980, iniciou um novo ciclo – como sustenta o atual governo chinês – uma nova era: a globalização.

Então, tudo mudou.

O novo processo é o mais abrangente que se poderia conceber, ele é *expansivo ad infinitum*, engloba todos os saberes e poderes, os recursos onde quer que estejam, as metas mutantes determinadas por cada fase importante de avanço tecnológico, numa instabilidade que não é só consentida como desejada, pois cria novos afluxos, novas metas a serem alcançadas.

Nenhum dos que buscaram, pelo método científico, entender os novos acontecimentos, logrou alcançar até agora mais do que os gurus, sejam eles econômicos ou simplesmente místicos. Estamos em um novo ‘marco zero’, mas munidos de todo o conhecimento cumulativo que a civilização conquistou e, pela primeira vez, somos capazes de manejá-lo em toda a sua extensão. E também suportamos o peso imenso das adaptações (passadas) do *princípio do prazer*, mas as metamorfoses também vêm de um *futuro*

antecipado para o qual é direcionada uma ânsia de realização sempre incompleta e incerta sobre qual a gratificação que será obtida.

Desde Marcuse nenhuma outra teoria *totalizante* foi inventada.

A globalização jaz exposta ao reconhecimento que, um tanto atônitos, agora lhe negamos.

Em “**Razão e Violência**”, R. D. Laing e D.G. Cooper situam bem o que hoje acontece:

“A história precisa ser sempre reescrita, destotalizada e retotalizada, pois como totalização está perpetuamente desatualizada. Não estará jamais completa até o momento em que haja uma parada no tempo. Aqui, o indivíduo é o único ponto de partida metodológico possível. Através de sua ‘praxis’, a dialética não é o produto da história; é o movimento original de sua totalização feito por ele com base na totalização que a história dele faz”.

Como a história, nesse passo, imita a natureza, que é indiferente ao indivíduo, caberia apenas acrescentar para honrar Marcuse: “*O alcance da escolha aberta ao indivíduo não é o fator decisivo para a determinação do grau de liberdade humana, mas (sim) o que pode ser escolhido e o que é escolhido pelo indivíduo”.*

13. Em 1949 uma nova revolução se fez “filha da guerra”, na expressão já transcrita de Trotsky, no caso a II Guerra Mundial.

No final de outubro de 2017, as encruzilhadas surpreendentes da história marcam o fim do 19º Congresso do PCC, o partido fundado por Mao Zedong (esta é a nova transliteração feita pelo chineses para Mao Tsé Tung), coincidindo com data em que, pelo calendário Juliano, foi realizada a “revolução de outubro” na Rússia.

É importante considerar os eventos desse Congresso, não porque seja inovador, mas exatamente porque propõe a continuidade da política

chinesa, mas assumindo a identificação e as implicações *supra revolucionárias* de tal política.

Por primeiro, é de boa cautela tomar como autênticas só as notícias divulgadas pela agência chinesa Xinhua Net, evitando a polêmica sobre aceitação de outras fontes (embora haja uma convergência básica nas informações).

O atual líder chinês, Xi Jinping, esteve desterrado na aldeia de Liangyiahe por sete anos, durante a Revolução Cultural, último delírio grotesco do já senil Mao Zedong, a partir de 1966, mas que ainda mostrava sua inegável capacidade para tirar poder de supostos opositores, a quem qualificava como burocratas.

No Ocidente, a manobra de Mao suscitou a distribuição em massa do Livro Vermelho, que continha citações suas. Até Jean-Paul Sartre e Simone de Beauvoir chegaram a ser detidos quando distribuía nas ruas o jornal maoísta “La Cause du Peuple”, sob influência de Benny Lévy, secretário de Sartre e editor daquela folha. O fato de Benny, após a morte do filósofo, ter se reconvertido ao judaísmo e, segundo suas palavras, passado “de Mao a Moisés”, mostra bem a leviandade das posições ‘filosóficas’ no Ocidente.

Na aldeia, Xi Jinping realizou trabalhos rústicos e submeteu-se a condições duras de vida, a título de reeducação, sendo reabilitado com sua família a partir da morte de Mao, sob o regime reformador de outro que havia “caído em desgraça”, Deng Xiaoping.

No 19º Congresso, o PCC assume oficialmente que continua guiado pelo marxismo-leninismo, que agora é definido como uma “alma”, mas acrescido do “pensamento de Mao Zedong, a Teoria de Deng Xiaoping, a Teoria da Tríplce Representatividade e o Conceito de Desenvolvimento Científico” e declara que “os enriquecerá no futuro”. Assim sendo, vigora uma *doutrina cumulativa* em que os *contrários se acrescentam*. Tudo é um *caminho*, já escolhido; a segunda “Longa Marcha” chinesa significará segui-lo em ordem até um patamar superior, com a certeza de que ele virá.

Essa composição ideológica significa que “o Pensamento representa os êxitos na adaptação ao Marxismo sob o contexto chinês”. Essas declarações visam a conduzir o país à “Nova Era”, que será estabelecida paulatinamente, até ser concluída por volta de 2049, quando o PCC completará um século no poder.

Ora, a *nova era* nada mais é do que a globalização. A China é o país que mais fortemente encampou esse movimento econômico que marca a história atual. É também o maior beneficiário dele. A mais intensa transferência de tecnologia de todos os tempos possivelmente foi feita dos países ocidentais mais avançados, além do Japão e Coréia do Sul, para a China, a partir do governo de Deng Xiaoping.

A China conquistou a “terceira via” que foi buscada em vão no Ocidente. O sistema de governo centralizado, sob comando e disciplina partidária, com controle de manifestações públicas e censura aos meios eletrônicos, tem produzido resultados não só evidentes como ainda espetaculares e o Ocidente não quer, há muito, “democratizar” a China.

O que ficou da revolução chinesa?

Que estranhos caminhos ela tomou?

Nada disso interessa fora da pesquisa de um *scholar*, pois a “segunda revolução da China” consiste no fato dela assumir *politicamente* o papel de implementar e ser fiadora da globalização.

Enquanto uma teoria que explique esse movimento incoercível permanece pendente, e não há nem mesmo uma nomenclatura estabelecida para os fenômenos que provoca, tudo o que se recolhe são conceitos como “hipermodernidade” (Gilles Lipovetski), (hipernomadismo) (Jacques Attali), “retrotopia” (Zygmunt Bauman), “pós-socialismo” (Alain Touraine), “precarizado” (Guy Standing) além de alguns movimentos, como as propostas do filósofo italiano Giorgio Agamben de um “poder destituente” para *resistir à ordem de imposição*, bem ao contrário de seu ilustre conterrâneo socialista Norberto Bobbio, que procurava *estabelecer a ordem*, encontrando a coerência de um *sistema normativo*.

Em marco de 2017 reuniu-se o Congresso Nacional do Povo, o parlamento da China, com foco na elaboração de seu *primeiro* Código Civil. No curso do ano, Xi Jinping visitou faculdades de ensino jurídico pedindo-lhes empenho nos estudos para estabelecer um Estado de Direito no país.

Isto quer dizer que um país riquíssimo, tornado poderoso e ascendente, através de processos econômicos que se impuseram por serem resultantes de forças sociais em busca de progresso, poder ou hegemonia, pode também carecer da superestrutura que ocupou o pensamento de tantos, a ponto de parecer que ela era a determinante do avanço dos povos.

Este é o estágio em que nos encontramos: equilíbrios improváveis e até imprevisíveis teoricamente (China); ímpetus irruptivos mas também autodestrutivos (Primavera Árabe); incapacidade de superação, com o retorno cíclico aos dilemas anteriores (Argentina, Ucrânia); destroçamento institucional (Venezuela), manejo desorganizado e desorganizador do poder político, tornando-o promíscuo (Bolívia, Paraguai, Brasil e, atualmente, os ... EUA), subsistência de das formas arcaicas e duradouras de tutela associadas ao atraso em muitos países periféricos, tantos que nem cabe nomeá-los, para os quais parece que só a China globalizada volta seu interesse.

14. Toda revolução é um surto de êxitos que não se finalizam. Provocam a ruptura mas os resultados da mudança não se sustentam nela. O que vem depois é uma construção árdua e é durante ela que as propostas revolucionárias encontram os seus coveiros.

Fica então, como um fogo fátuo, a vagar entre os sonhadores e os desesperados, a ideia “*do que poderia ter sido e que não foi*”, mas é aí as revoluções transformadas morrem pela segunda vez, porque *revolução* nunca será apenas uma ideia; ela é uma transformação social de ruptura com o que se encontra estabelecido, porque não há mais vigência de uma ordem antiga, recusada e superada por concepções novas.

Há, portanto, revolução tecnológica; há revolução científica; há revoluções conceituais e normativas, há revoluções basicamente políticas, há revoluções que envolvem crenças, costumes, mitos, onde quer que a

transformação se imponha e onde a ruptura crie um novo começo, que é sempre recomeço, pois quem revoluciona não recua a nenhum marco anterior, mas estabelece o seu próprio.

As revoluções russa e chinesa atravessaram seus pântanos de miséria econômica e humana mas a marca dos grandes fracassos foi sinalizada de maneira diferente. Os reveses agrícolas do período de Mao Zedong, conquanto devastadores, não levaram ao trauma político de vincular o esforço revolucionário a eles. Tanto é assim que a China ainda cultiva a *ideia do caminho*, tão antigo que remonta ao pensamento de Confúcio e Lao Tsé. O que mais importa é a acumulação da experiência. Assim, Mao figura ao lado de Xiaoping, seu antagonista, no “Pensamento” do PCC.

Já na Rússia, os conflitos que a revolução enfrentou ou provocou formaram uma coleção de traumas, pois foram examinados sob a óptica do Ocidente – que os povos asiáticos do vasto império russo e depois da URSS tanto fizeram por adotar.

A política da recoletivização forçada de Stalin provocou, em 1932 e 1933, a fome generalizada, mas ela chegou ao grau de dizimação na Ucrânia, grande produtora agrícola, que teve sua produção confiscada. Esse período recebeu o nome de Holodomor, neologismo que guarda o sentido de sacrifício pela fome. Essa foi uma das formas de genocídio praticadas no Século XX, junto com a perseguição aos armênios pela Turquia otomana e os massacres do Khmer Vermelho no Camboja. Ainda no período stalinista foram frequentes as *remoções*, em que populações inteiras eram trasladadas de inopino para outra região. Assim aconteceu, por exemplo, com os tártaros da Criméia, levados para o Uzbequistão.

Em 2017 a Rússia é talvez o país da terra que, oficialmente, mais ignora a revolução russa de 1917. O PCUS foi proscrito em 1991, mas ainda existe um forte partido comunista da federação russa, à margem do poder desde o governo de Boris Yeltsin. Ao mesmo tempo o 19º Congresso do partido comunista chinês projeta que completará o ciclo de ingresso na globalização em 2049. Hoje só a China tem um programa espacial em desenvolvimento para colonização da lua. Ela acredita que o sistema de integração

econômica global é tão abrangente, tão expansionista, que somente poderá ser superado por outro de caráter interplanetário.

A Grande Recusa que Marcuse identificou frente à sociedade industrial hoje se manifesta, marginalmente embora, em relação à globalização. Porém, sem alternativas, sem análise objetiva do fenômeno, sem decifrar os novos mecanismos operacionais do sistema. Talvez o que mais marque a sociedade globalizada em oposição à sociedade industrial sejam as noções de *mercadoria e valor*.

Ninguém saberia prever como e porque existem produtos importantes para a vida de todas as pessoas que, conquanto realizados por uma tecnologia sofisticada, são oferecidos sem custo para os usuários, como os programas da Oracle e o navegador Mozilla. Outros se remuneram tendo em vista a exposição que alcançam na internet, pelo número de *seguidores*, pois assim atingem a um público potencial para os fins comerciais subsumidos

As formas de aquisição de riqueza não são mais aquelas clássicas do lucro (juro, salário, renda e aluguel), pois há bens imateriais em abundância que têm – como nunca tiveram – significado econômico. Também podem ser vendidos, com grande ganho, sites e programas do meio eletrônico apenas pelo potencial de renda futura atribuído a eles.

A produção de bens também é finalizada em lugares aleatórios, juntando peças ou elementos fabricados em outros quadrantes, onde é mais barato fazê-las. O trabalho tradicional é transformado em outras formas instáveis, que mudam, de tal maneira que o Banco Bilbao Vizcaia – BBC inaugurou no México uma unidade que não tem nenhum empregado. Toda ela é operada por via remota, sendo a filial visitada periodicamente para reposição e limpeza, através de serviço terceirizado. Esse caso é apresentado como um exemplo de precarização das relações que antes eram mais estáveis, envolviam papéis determinados na produção e assim eram *reconhecidas*.

Há traços evidentes de *canibalismo social* no processo de globalização, mas certamente os chineses percebem isso e tratam de controlar seus

efeitos, já que se trata de *um caminho* iniciado e que não permite outras escolhas, depois de empreendido. Também não deve ser esquecido que as revoluções industriais, tão espetaculares em seus resultados, foram igualmente sórdidas nos piores efeitos que produziram: acidentes de trabalho, exploração da mão de obra, doenças de confinamento e exclusão social.

A propósito desses efeitos, um dos mais notáveis economistas do Século XX, John Kenneth Galbraith (“**A Era da Incerteza**”) recolheu o que chamou de “uma lenda” envolvendo John D. Rockefeller, capitalista exponencial dos EUA, fundador de uma *dinastia* econômica. No tumulto dele, sua faxineira inglesa teria escrito esses “versos exuberantes”, assim considerados por Galbraith, pois bem mostram que os grandes empreendimentos da era do capitalismo industrial produziram os seus horrores, e estes também precisavam de um *requiem* :

*“Não pranteiem, meus amigos,
não chorem nunca por mim.
Pois nada mais vou fazer,
Nada, jamais, enfim.”*

15. Antonio Gramsci pôde desenvolver sua análise original do marxismo porque afastou-se do pensamento soviético a partir de 1924, sendo que o ponto de ruptura ocorreu quando a embaixada da URSS em Roma ofereceu um almoço (no mês de julho) em homenagem a Mussolini, com quem a Rússia queria ter boas relações. Poucos dias antes, em 10 de junho, o deputado socialista Giacomo Matteotti havia sido sequestrado e morto por milícias fascistas (“**O Delito Matteotti**”, filme do diretor Florestano Vancini). Os socialistas e comunistas italianos viviam sob o jugo do fascismo desde 1922.

Graças ao distanciamento, a partir de então Gramsci elaborou sua teoria, que nada mais tinha a ver com o estado soviético. A permanência de seu pensamento ainda hoje se deve a isso.

O caminho para *normatizar* os princípios revolucionários foi ficando mais difícil na medida em que as revoluções foram identificadas não mais pelo que pretendiam, mas pelo que efetivamente produziram.

Hoje elas têm de ser avaliadas desde um estágio da civilização que não é mais aquele que existia quando esses grandes eventos clássicos foram deflagrados.

Tudo o que atualmente pensamos, cogitamos ou praticamos se dá *dentro da globalização*. É ela que surpreende todos os conceitos estabelecidos e os desmancha no ar. Por isso o caminho de *não normatizar* tem-se apresentado como o mais *inteligente* do ponto de vista prático ... mas tal senso utilitário resulta em um método abstenseísta: não saber, não entender, não valorizar, etc, pode levar a um cotidiano confortável, até que essa *retomada da alienação* se surpreenda com fatos incontornáveis, talvez brutais, talvez avassaladores, na primeira esquina.

Não é por acaso que o tema da revolução implique, frequentemente, na abdicação de normatizá-la. Assim ela “vive” no museu de cera dos sonhos. Mas convém lembrar um inteligente *graffiti* posto sobre o muro de um prédio abandonado em Porto Alegre, que acabou sendo lacrado, como é comum em nossas cidades decadentes: *se desalojam nossos sonhos okuparemos seus pesadelos*.

Seria o caso de fazer a *doxografia* revolucionária, de colher as principais apreciações sobre esses movimentos sísmicos que, tais os das placas tectônicas, recompõem o mundo?

A “era dos extremos”, do antagonismo social fundado em interesses de classe, acabou?

Teremos agora apenas a versão degradada de um onipresente extremismo desesperado?

16. Um tema da filosofia clássica, recorrente na obra de Nietzsche, é o do destino, o *fatum*, como preferia o escritor alemão. Quando se colocam muitas perguntas em torno da revolução – o que ela efetivamente é, o que

a desencadeia, como termina, a que extremos leva, quando se dá a sua superação – é o momento de abrir a possibilidade de examinar as curvas tortas da história, seus torvelinhos, pois a linha reta, nesse caso, é uma abstração.

Quem corrigia os desmazelos dos personagens no teatro grego era o coro que, através das anunciações do corifeu ou dos cânticos (ditirambos), restabelecia as notícias do mundo exterior, as ordens dos deuses ou os imperativos dos reis e tiranos.

Por que o ilustre economista John Kenneth Galbraith foi buscar o exemplo de uma lenda para ilustrar os excessos do capitalismo industrial? Seria mesmo uma lenda?

Da mesma forma, há uma fábula sobre Tales de Mileto, conhecido como o fundador da filosofia grega, e ela foi comentada ainda na Antiguidade por outros filósofos, inclusive Platão (“A Escada dos Fundos da Filosofia”, Wilhelm Weischedel).

Tales, já célebre porque havia previsto um eclipse solar e usado a matemática para programar uma boa safra das oliveiras, caminhava pela noite observando as estrelas e caiu em um buraco. Sua serva trácia ri e comenta algo como: *enquanto queres saber o que se esconde no céu não vês o que está oculto diante dos teus pés.*

O gracejo explicaria o caráter especulativo da filosofia. Entretanto, o conhecimento filosófico evoluiu e hoje ele abrange também o buraco que está oculto sob os pés.

As questões relativas ao destino, que vagueiam e se escondem na variação imensa das subjetividades, encontram o mundo objetivo – o buraco que está sob nossos pés – em uma narrativa exemplar do escritor italiano Antonio Tabucchi, “Sostiene Pereira” (Sustenta Pereira), levada ao cinema com o feliz título dado no Brasil “Páginas da Revolução”, dirigido por Roberto Faenza, com uma trilha musical soberba de Ennio Morricone e contando com uma das últimas interpretações de Marcello Mastroiani.

O velho jornalista Dr. Pereira está arrasado fisicamente, padece uma viuvez demasiado pesada e encontra equilíbrio emocional dedicando-se aos fatos da cultura, que resenha ainda com interesse e sensibilidade. Então as curvas do destino transtornam sua vida, na bela Lisboa de Salazar, que ainda guardava alguns ambientes da *belle époque*, já que Portugal não havia participado da carnificina na I Guerra Mundial.

A palavra latina *fatum* deu ao idioma luso o termo “fado”, nome da expressão musical única dos portugueses. Pois é um belíssimo fado que interpreta os transtornos do Dr. Pereira, assim:

*“O segredo a descobrir está fechado em nós
O tesouro brilha aqui, embala o coração, mas...”*

Nenhuma obra recente foi mais feliz em propor o tema da subjetividade e do *acaso determinante*, diante de uma imposição adversa do mundo exterior, do que o livro de Tabuchi e o filme de Faenza (e ainda do que o fado musicado por Morricone).

Splendor hominis àquele que, em qualquer tempo, toma conhecimento disso, age com confiança e se libera.

17. *Volvemos a los diecisiete.* Este pequeno trabalho tinha que ser realizado como memória de um testemunho de passagem, que não chega a ser um rito, mas que exige uma forma de expressão um pouco mais permanente, pois trata de fins e começos, de destinos que pareceram grandiosos e acabaram no sacrifício opaco, de escolhas e papéis que resultaram marcados por uma importância que nunca quiseram ter.

Onde estão os sacrificados?

Onde estão os propósitos, estudados diligentemente até o fundo de todas as suas implicações, dos que decidiram agir para emancipar a todos e a si mesmos?

Onde está, por fim, a própria memória de que tudo isso aconteceu, não foi inventado, mas que – se tivesse sido inventado, à maneira de García Márquez – seria tão somente para lembrar o que aconteceu.

Em alguns momentos da vida – mas, *peelo menos, uma vez*, até para os mais descuidados - nos será dada a oportunidade de embarcar no trem alemão.

Iremos tomá-lo?

Seguiremos até o fim da viagem ou desembarcaremos antes?

Chegaremos à velha Estação Finlândia dispostos a iniciar uma transformação?

Cem anos reviverão na consciência dos que completarem a viagem.

Ainda sabemos pouco: “*O segredo a descobrir está fechado em nós*”.

_____ (LFC-out/2017)

DEFINIÇÃO DE CONTROLE PARA FINS DE VERIFICAR A OCORRÊNCIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO REALIZADOS POR FUNDOS DE INVESTIMENTOS

PEDRO HENRIQUE PEREIRA CORREA:
Técnico Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo: O ordenamento jurídico pátrio apresenta regras que visam a defesa da ordem econômica, através de medidas tendentes a garantir a manutenção da livre concorrência. Nesse diapasão, o presente estudo pretende analisar a definição de controle no âmbito de atos de concentração realizados por fundos de investimento, tendo em vista as peculiaridades desse instituto e a necessidade de se coibir a prática de atos que prejudiquem a livre concorrência através da utilização indevida de tais fundos, mesmo sem a titularidade da maioria das ações sociais.

Palavras-chave: Direito Econômico; Controle Societário; Fundos de investimentos; Sistema de controle da concorrência.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. A DEFINIÇÃO DE CONTROLE; 2.1. O CONTROLE SOCIETÁRIO; 2.1.1. O CONTROLE SOCIETÁRIO NOS TERMOS DA LEI DE SOCIEDADES POR AÇÕES; 2.1.2. TIPOS DE CONTROLE SOCIETÁRIO; 2.1.2.1. CONTROLE INTERNO; 2.1.2.2. CONTROLE EXTERNO; 2.1.3. OUTRAS FORMAS DE CONTROLE SOCIETÁRIO; 2.1.4. O ACORDO DE ACIONISTAS; 2.1.5. CONTROLE SOCIETÁRIO CONTRATUAL; 2.2 AS VÁRIAS FORMAS DE CONTROLE E AS CONSEQUÊNCIAS 3. DEFINIÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO; 3.1. ESPÉCIES DE FUNDO DE INVESTIMENTO; 3.1.1. FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES – FIP; 3.1.2. VENTURE CAPITAL; 3.1.3. PRIVATE EQUITY; 3.2. A PECULIARIDADE DOS FUNDOS DE VENTURE CAPITAL E PRIVATE EQUITY; 4. O SISTEMA DE CONTROLE DA CONCORRÊNCIA APLICÁVEL ÀS FUSÕES, AQUISIÇÕES; 5. DO CONTROLE SOCIETÁRIO UTILIZADO PELOS FUNDOS DE INVESTIMENTO; 6. CONCLUSÃO.

1. Introdução

O sistema brasileiro de defesa da concorrência, recentemente alterado pela Lei número 12.529, tem como objetivo:

[...] a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (BRASIL, 2012)

Tendo em vista que o destinatário final de tal sistema é a coletividade que se beneficia da livre concorrência e iniciativa, o mini sistema do direito concorrencial deverá ser interpretado sempre com vistas ao bem estar da ordem econômica e concorrencial.

Ressalta-se, todavia, que a atividade legislativa, em qualquer lugar, não consegue acompanhar a evolução da práxis, de forma que fica a cargo do intérprete e dos aplicadores do direito buscar soluções ante os casos concretos aplicando eles as normas e princípios que norteiam o ordenamento. É nessa falta de regulação expressa que o presente trabalho se debruça.

Hoje, são várias as modalidades e formas de se investir. Desde de títulos da dívida pública, passando por ações na bolsa de valores, investimentos privados, em caderneta de poupança, renda fixa, etc. Cada vez mais comum, inclusive como forma de planejamento societário e tributário, está a utilização de fundos de investimento.

Os fundos de investimentos, a serem definidos posteriormente neste trabalho, são entes nos quais os quotistas, aportam capital com vistas a receber, em curto ou longo prazo, retornos financeiros. Dentre os vários tipos de fundo, tais como imobiliário de direitos creditórios, estão os Fundos de Investimento em Participações (FIP).

Os FIP são caracterizados pela participação mais ativa nas empresas e negócios em que investem, ou seja, há um traço maior de controle dos rumos da empresas investidas. Assim, o aporte dos FIP é muito mais que mero aporte de capital, sendo que existe um controle de fato sobre as condutas das empresas pelos FIP.

Visto tal poder de controle sobre as investidas, é necessário estudar se os FIP, apesar da participação societária inferiores a patamares que a qualificam como controladoras, exercem de fato poder capaz de

controlar mercados e condutas e eventualmente lesar a ordem econômica e concorrencial.

2. A definição de controle

Antes da análise do problema que se apresenta e do que é controle societário propriamente, será necessário definir o que é controle.

O Dicionário Michaelis possui o seguinte verbete:

controle con.tro.le (ô) sm (fr contrôle) 1 Ato de dirigir qualquer serviço, fiscalizando-o e orientando-o do modo mais conveniente. 2 Aparelho que regula o mecanismo de certas máquinas; comando. [...] C. social, Sociol: processo pelo qual uma sociedade ou grupo procura assegurar a obediência de seus membros por meio dos padrões de comportamento existentes. (MICHAELIS, 2013)

Fábio Konder Comparato (1976) relembra bem que na língua portuguesa, o vocábulo invoca a noção de poder ou de dominação. Tal noção de dominação não significa apenas o fraco poder de regulamentação ou de fiscalização.

Tal sentido do vocábulo controle é corroborado em vários textos normativos do ordenamento pátrio, podendo citar o Art. 116 da Lei 6.404/76 (Lei das S.A) na sua alínea B fala que o acionista controlador é aquele acionista que: “b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”.

Além do referido dispositivo legal, temos o art. 20, § 2º da antiga lei de defesa da concorrência fala que

Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa (BRASIL, 1994)

Assim, podemos concluir que para o sistema jurídico brasileiro, a noção de controle está intimamente ligada à noção de poder e de dominação.

2.1. O controle societário

Uma vez consolidada que a noção de controle reflete poder e dominação, é necessário discorrer sobre o que é de fato o controle societário, quais as suas espécies.

A Lei das Sociedades por Ações estrutura os seguintes órgãos de administração da sociedade: assembleia geral; conselho de administração; diretoria; e o conselho fiscal. Cada um desses órgãos tem suas competências privativas previstas na legislação que não podem ser alteradas. Ressalta-se que a lei permite que sejam criados outros órgãos com competências diversas para auxiliar na administração societária.

Em termos hierárquicos, o órgão com maior poder societário se encontra na Assembleia Geral, uma vez que é de sua competência exclusiva a eleição e destituição, a qualquer tempo, dos administradores e fiscais da companhia. Assim, aqueles que apresentam a sociedade perante terceiros e perante o mundo fático são subordinados à assembleia geral, logo, à vontade dos acionistas.

Como bem aponta Thiago Mascarenhas de Souza e Silva:

O controle em uma sociedade anônima se relaciona com a noção de dominação dos seus órgãos societários, em especial, o controle manifesta-se por meio dos poderes decisórios da assembleia de acionistas como necessária legitimação para o seu exercício. A noção de controle, portanto, relaciona-se com o poder de dominação de uma acionista nos órgãos societários, em especial, da assembleia geral de acionistas (SILVA, 2010)

Comparato (1976, p. 121) em sua obra clássica sobre o poder de controle nas sociedades anônimas ensina que o controle é “O direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Controlar uma empresa

significa dispor dos bens que lhes são destinados, de tal arte que o controlador se torna o senhor de sua atividade econômica” (grifo nosso).

Nessa esteira, Orlando Gomes, Doring Cunha Pereira (1995) e Thiago Mascarenhas de Souza e Silva (2010) ensinam que a qualificação jurídica do controle é a afeta à qualificação jurídica de propriedade e consiste na faculdade de dispor e administrar a propriedade de terceiros, no caso, os acionistas e de influenciar e dominar as atividades e diretrizes da companhia em função do interesse dos acionistas.

2.1.1. O controle societário nos termos da Lei de Sociedades por Ações

O art. 116 da Lei de Sociedade por Ações define controle da seguinte forma:

Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia

A doutrina majoritária segue Modesto Carvalhosa no entendimento de que o art. 116 da Lei de Sociedade por Ações possui um teor qualitativo, em detrimento do teor quantitativo. Assim, não basta a maioria da participação acionária, para ser considerado controlador, o acionista deve deter o exercício de fato de determinados poderes.

Nesse sentido, Carvalhosa (1991, 422) brilhantemente assenta que o acionista controlador não necessariamente é o acionista que detém a maior proporção do capital social.

Além disso, a Lei de Sociedade por Ações traz a noção de bloco de controle, ou seja, o controlador não necessariamente é somente um

acionista, podendo ser vários acionistas que estão vinculados por um acordo de voto, ou sob controle comum.

Ressaltamos que a legislação e doutrinas internacionais vem considerando aspectos quantitativos para determinar acionistas controladores, uma vez que nessas nações, em especial nos Estados Unidos, a participação acionária se encontra muito dispersada, detendo as companhias mais acionistas que as brasileiras.

2.1.2. Tipos de controle societário

2.1.2.1. Controle interno

Fábio Konder Comparato define controle interno como a capacidade de influenciar de forma efetiva as deliberações tomadas em sede de assembleia geral em razão da sua propriedade acionária.

No campo societário, o ensaio mais relevante é o realizado por Berle e Means, *the modern Corporation and the private property*. Tal trabalho propôs a classificação de controle interno.

Tendo como campo de estudo as companhias norte americanas, os autores (1967, p. 5) classificaram o poder interno como: (1) controle exercido por quase a totalidade das ações; (2) controle majoritário; (3) controle por meio de mecanismos legais sem a propriedade majoritária; (4) controle minoritário; e (5) controle gerencial.

No controle exercido pela quase totalidade das ações, as ações dom direito a voto de determinada companhia é detida por um único acionista, de forma que a propriedade da companhia, assim como o controle estão concentrados em um único ente.

No controle majoritário, mais da metade do capital votante está concentrado na mão de um acionista ou na mão de um único bloco de controle. A formação de tal bloco de controle se dá em razão de acordos entre acionistas, sejam temporários ou permanentes. Nessa hipótese, como ensina Comparato, existe o controle compartilhado.

No controle por meio de mecanismos legais, o controle ocorre em razão de estruturação e pessoas jurídicas ou da própria companhia que permitem que uma pessoa, mesmo com participação acionária pequena, consiga fazer com que outros acionistas acompanhem a sua decisão. É o caso de emissão de ações sem direito a voto ou da estrutura de pessoas interpostas.

No controle do minoritário, o acionista que apesar de possuir menos da metade do capital votante, consegue determinar os rumos da companhia e eleger a maioria dos administradores. Essa hipótese ocorre quando o capital social da companhia está altamente pulverizado, de forma que para se obter o controle, é necessário menos que a metade do capital social.

Por fim, no controle gerencial, o capital social se encontra tão diluído que os próprios administradores da companhia exercem o controle sobre a mesma.

Souza e Silva (2010, p. 95) sintetiza:

Controle interno é uma modalidade relacionada à participação acionária de um acionista perante os demais. O acionista ou grupo de acionistas controlador é capaz de influenciar as deliberações da assembleia geral e o funcionamento dos órgãos societários, pois possui a maioria dos direitos de voto e, ainda, pode eleger a maioria dos administradores (SILVA, 2010, p. 95).

2.1.2.2. Controle externo

Esse tipo de controle não decorre do mecanismo de voto, ou seja, não é de dentro da companhia, mas sim de fora. É o controle exercido, por exemplo, em razão de certas relações econômicas e financeiras, tais como com fornecedores, clientes, que em razão da sua posição “encontram-se numa peculiar situação de influenciar com supremacia nos destinos da sociedade” (SILVA, 2010, p. 95). A dependência financeira pode e deve ser interpretada como fonte de controle, só que externo (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 1976, p. 96).

Para se caracterizar o controle externo, a doutrina (PEREIRA e SILVA) elencam as seguintes características: (i) influência de ordem econômica; (ii) influência sobre toda a atividade desenvolvida pela empresa controlada; (iii) que a subordinação seja duradoura; e (iv) que não seja possível que a subordinada saia da influência sem que sofra grande prejuízo econômico.

2.1.3. Outras formas de controle societário

Não obstante a classificação realizada pela doutrina, a prática societária e contratual traz novas formas de controle de uma sociedade que não as descritas acima. Podemos citar o controle por ações preferenciais.

A legislação societária permita que os estatutos sociais estructurem as sociedades de acordo com as suas necessidades. Nesse sentido, existe uma estrutura geralmente utilizada pelos fundos de *private equity* e de venture capital, que importa em controle.

Tal estrutura se encontra no fato dos fundos possuírem as chamadas super PN, ações preferenciais que além do direito de voto, possuem maiores prerrogativas e poderes que as ações ordinárias. Dentre tais poderes, podemos elencar o direito a veto em determinadas matérias, o direito de escolha de grande parte dos representantes, dentre outros.

Essas estruturações fazem, com que, por exemplo, os detentores de ações preferenciais representativas de, por exemplo, 10% do capital social, tenha um controle de fato da maioria do capital social. Assim, apesar de não se incluir nas classificações usualmente utilizadas, tal estrutura é de fato um controle.

2.1.4. O acordo de acionistas

Outra forma de controle é a existência de um acordo de acionistas. O acordo de acionistas é definido por Carvalhosa citado por Thiago Mascarenhas como:

Contrato regido pelas normas de validade de qualquer negócio jurídico privado, celebrado entre acionista de uma mesma companhia. Tal acordo

estipula regras par ao exercício do voto e à negociação dos signatários do pacto (SILVA, 2010, p. 106)

Com a celebração de um acordo de acionistas, cria-se um liame contratual subjetivo entre os acionistas que visa a regular o direito de voto exercido nas assembleias. Em outras palavras, o acordo de acionistas existe, dentre outros objetivos, para dominar as votações, indicando como deverá ser votados determinadas matérias, independentes de sua participação acionária. Há verdadeira unificação do direito de voto.

Assim, mais uma vez, determinado acionista em razão de alguma característica sua, detém o controle de fato uma vez que domina todas as deliberações visto a existência de um acordo de acionistas da Companhia.

2.1.5. Controle societário contratual

Por fim, existe ainda, o que se assemelha ao controle externo, o controle feito em virtude de relações contratuais. Não é difícil na prática empresarial a existência de contratos, seja de mútuo, arrendamento, leasing, dentre outros, que preceituam uma série de obrigações e medidas a serem tomadas pelas companhias para a manutenção dos contratos.

Essas obrigações são verdadeiro controle das decisões societárias uma vez que não cumpridas acarretam sérias penalidades, como o vencimento adiantado das obrigações, a incidência de maiores juros, etc. Assim, não há um controle societário da sociedade, mas sim um controle contratual da mesma.

Esse controle não poderá ser descartado em eventual análise de um ato de concentração, uma vez que, gera, em regra os mesmos efeitos de um controle acionário e poderá levar a eventuais lesões à ordem econômica e concorrencial.

2.2. As várias formas de controle e as consequências

Como demonstrado nesta primeira parte do trabalho, são muitas as formas de se controlar uma companhia. Devendo, no estudo de eventual ato de concentração, a autoridade governamental competente se

debruçar sobre todos os instrumentos jurídicos existentes para a verificação se há ou não um controle.

3. Definição de fundos de investimento

Fundos de investimento é a comunhão de recursos de pessoas com o objeto de ter retornos financeiros a partir de aplicação em títulos e valores mobiliários.

A Comissão de Valores Mobiliários, autarquia competente para regular os fundos de investimentos define fundos de investimento como: condomínios constituídos com o objetivo de promover a aplicação coletiva dos recursos de seus participantes. São registos por um regulamento e têm na Assembleia Geral seu principal fórum de decisões (CVM, 2009).

Os fundos se apresentam como um mecanismo organizado com vistas a captar e investir recursos no mercado financeiro, de forma a se tornar uma forma objetiva de investimento.

Os fundos de investimento apresentam uma série de vantagem de vantagens e desvantagens. Entre as desvantagens, está o fato do investidor delegar a terceiro a administração de seus recursos, de forma a retirar a autonomia nas tomadas de decisões.

Entretanto, existem uma séries de vantagens, tais como a gestão profissional os recursos, maior diversificação na aplicação dos recursos de forma a tentar minimizar eventuais perdas decorrentes prejuízos pontuais. Temos o acesos a outros mercados uma vez que o tamanho dos valores aportado pelos fundos é de grande uma monte visto que ele representa um conjunto de investimentos menores.

Além disso, existe uma redução dos custos de transação que são diluídos entre todos os investidores.

3.1. Espécies de fundos de investimento

São vários as espécies de fundos de investimentos, citaremos as mais comuns e depois explicaremos a espécie de fundo objeto do presente trabalho.

Fundos de Curto Prazo: nesse tipo de fundo, deve se investir somente em títulos públicos federais ou privados que tenham classificação baixa de risco e com prazo máximo de 375 dias. Os Fundos Referenciados são os investimentos que acompanham a variação de um indicador de desempenho, o chamado *benchmark*;

Os Fundos de Renda Fixa aplicam seus recursos preponderantemente em ativos que estejam relacionados com a renda fixada. Os Fundos de Ações, também chamados de fundo de renda variável, investem em ações na bolsa de valores ou no mercado de balcão organizado.

Nos Fundos Cambiais, o investimento é realizado em ativos relacionado com variações de moeda estrangeiras. Fundos de Dívida Externa aplica investimentos em títulos representativos da dívida externa da União.

Os Fundos Multimercado envolve vários fatos de risco, diversificando a máximo os destinos dos investimentos; Fundo de Investimento em Direitos Creditórios tem como objeto a aplicação em direitos e títulos representativos de créditos originários de operações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil e prestação de serviços;

Os Fundo de Investimento Imobiliário tem seu foco nos empreendimentos imobiliários, tal como a construção e a aquisição de imóveis para posterior locação ou arrendamento; Fundo de Índices são fundos de investimento que visam acompanhar as variações e rentabilidade de determinados índices de referência; Fundo de Investimento em Participações que será estudado mais a fundo no próximo tópico.

3.1.1. Fundos de investimento em participações - FIP

O art. 2º da Instrução CVM número 391 de 16 de Julho de 2003 define:

O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à

aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração.

É características desse tipo de fundo de investimento a participação mais ativa nas sociedades investidas, tendo um controle maior sobre os rumos tomados pela sociedade. É bastante comum que as sociedades investidas sejam reestruturadas de forma a prever uma série de prerrogativas do fundo de investimento.

3.1.2. Venture Capital

O venture capital é o investimento de risco realizado em empresas embrionárias, as chamadas *start up* companies. Geralmente, os fundos de venture capital investem em novos produtos e nichos mercadológicos, tendo sua grande participação nas áreas de tecnologia e informação. Tais áreas são áreas de grande possibilidade de crescimento.

O investimento é realizado com vistas no potencial do novo produto ou serviço no futuro. Por estar em fase inicial, a participação acionária adquirida pelo Fundo de Investimento em Venture Capital é baixo, o que faz com que quando ocorra a saída do fundo da empresa, o chamado estágio de desinvestimento, o retorno ocorra em percentuais bem mais elevados que a média.

Uma característica interessante dos fundos de *private equity* é que o aporte não é realizado somente com os valores, mas também com know how de gerenciamento de empresas.

Com o passar do tempo, o investimento em dinheiro somado com o *know how* faz com que o valor de mercado da participação acionária do fundo de investimento se eleve muito.

3.1.3. Private Equity

Diferente do venture capital, os fundos de *private equity* é a atividade de investimento realizadas em empresas já formadas, mas que necessitam de entradas de recurso pra realizarem expansões em vistas a realizar novos projetos e/ou o lançamento de novos produtos.

3.2. A peculiaridade dos fundos de *venture capital* e *private equity*

Uma peculiaridade existente nos fundos de *private equity* e nos fundos de venture capital é a presença efetiva dos fundos de investimentos no cotidiano da empresa. Por se tratarem de empresas que precisam de uma melhoria de gestão, os fundos de investimento em *venture capital* e *private equity*, os fundos geralmente colocam pessoas especializadas para auxiliar ou gerenciar as empresas investidas.

Assim, apesar da participação acionária dos fundos de investimentos não ser suficiente para dominar as deliberações societárias, eles possuem grande influência e gerência sobre as condutas e diretrizes das sociedade, uma vez que possuem pessoas dentro da própria sociedade em cargos que detém grande poder de decisão.

No Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é responsável pela regulamentação e fiscalização da atuação dos fundos de investimento em *private equity* e *venture capital*, bem como da atuação de seus gestores/administradores.

A tais fundos são aplicáveis as Instruções CVM nº 209/94 (Fundos Mútuos de Empresas Emergentes –venture capital), e CVM nº 391/03 (Fundos de Investimento em Participações – aos dois tipos de fundo).

Seja qual for a formatação do fundo, haverá necessidade de prévio registro perante a CVM (artigo 7º da Instrução CVM nº 409/2004), e sua gestão, normalmente, é confiada a uma entidade especializada, instituição financeira com capacitação técnica para administrar e gerir o patrimônio comum dos quotistas.

4. O sistema de controle da concorrência aplicável às fusões, aquisições

O atual sistema de controle da concorrência tem seu texto legal base a lei 12.529 de 2011 que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Para fins da referida lei de concorrência, são considerados como ato de concentração:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

O foco do nosso estudo se apresenta no item II, visto que o presente trabalho se presta a afirmar que há aquisição de controle societário dos fundos de investimentos.

É necessário que se considere também o conceito de grupos econômicos, de forma a justificar a necessidade de informar um ato de concentração.

A resolução número 2 de maio de 2012 do CADE, dá a definição do que são grupos econômicos, a saber:

§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art.

88 da Lei 12.529/11 e do preenchimento dos Anexos I e II dessa Resolução, cumulativamente:

I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e

II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou

indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente:

I – os fundos que estejam sob a mesma gestão;

II – o gestor;

III – os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e

IV – as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

Visto os conceitos, não é difícil na prática dos investimentos que os fundos de investimentos, quando somados às suas empresas investidas, passam a configurar um grupo econômico, sendo necessária a comunicação de atos de concentração sob pena de incorrer nas penalidades previstas na legislação concorrencial.

5. Do controle societário utilizado pelos fundos de investimento

A média de participação dos fundos de investimento de *private equity* e *venture capital* costuma ser de 10 a 25% do capital social das empresas. A um primeiro olhar, não é possível vislumbrar a forma como os fundos exercer o controle societário.

A legislação societária permite que os estatutos sociais prevejam as mais variadas formas de estruturação da sociedades, seja de sua administração, ou seja, nas formas de seus valores mobiliários. A partir dessa licença poética, por assim dizer, da legislação, os advogados e consultores realizam verdadeira engenharia jurídica.

A mais comum das formas criadas é a criação das chamadas ações preferenciais robustas, ou Super PN. Tais ações, além dos privilégios exigidos pela legislação ainda contam com o direito de voto, o direito de veto,

o direito a votar em determinadas matérias em separado e com exigência de unanimidade.

Assim, mesmo que a participação societária seja em torno de $\frac{1}{4}$ do capital social, o controle dos acionistas detentores de Super PN é quase que total sobre a empresa.

Para melhor explanação, vamos a um exemplo. A Companhia XYZ S.A. possui capital social de R\$1.000,00 reais dividido em 800 ações ordinárias e 200 ações preferenciais com direito a voto, ao valor nominal de R\$1,00 cada. O Fundo de Investimento A é titular de todas as ações preferenciais. Dessa maneira, é titular de 20% do capital social.

Aplicando-se somente a lei de sociedades anônimas, é quase impossível afirmar que o Fundo A possui controle da sociedade, uma vez que não detém a maioria do capital votante.

Todavia, o estatuto social da XYZ S.A. prevê a necessidade de aprovação da totalidade das ações preferenciais em matérias essenciais à sociedade, como é o caso da eleição de diretores, realização de negócios acima de determinado valor, aumento ou redução de capital, entrada em novo segmento.

Além disso, é comum que as sociedades investidas possuam acordo de acionistas prevendo que o Fundo de Investimento indicará mais da metade dos conselheiros, ou seja, mais da metade da administração da companhia está em pessoas indicadas pelo Fundo A.

Assim, mesmo sem a titularidade de mais da metade das ações, o Fundo de Investimento A possui total controle e domínio da vida da sociedade, sendo considerado então como controle conforme já demonstrado no presente trabalho.

Dessa forma, uma vez que há aquisição de controle, e os fundos de investimento cumprindo os requisitos do art. 88 da Lei de Concorrência, deverá comunicar o ato ao CADE para análise da possibilidade de lesão à ordem econômica e concorrencial.

6. Conclusão

Foi demonstrado que o controle de uma sociedade não se dá somente mediante a titularidade da maioria das ações representativas do capital social de uma sociedade, podendo inclusive uma pequena parte do capital social controlar toda a empresa. Assim, não se pode considerar para fins da legislação de concorrência a definição de controle da legislação societária.

O controle de uma sociedade deverá ser analisado do ponto de visto fático, analisando toda a estrutura societária existente dentro da companhia, com vistas a analisar como o controle se dará dentro daquela sociedade.

A definição de controle a ser considerada pelas autoridades da concorrência deverá ser a mais ampla possível, com vistas a verificar na prática se determinada operação poderá gerar consequências negativas para a concorrência.

Tendo em vista que vários fundos de investimento concentram seus investimentos em determinados ramos de negócio, mais importante se apresenta a fiscalização do CADE nas aquisições e investimentos realizados, uma vez que se um fundo de venture capital investir em mais de 3 empresas de determinado ramo, muito certamente ele influenciará todo o mercado, podendo ditar condutas que se efetivamente aplicadas gerarão efeitos negativos à concorrência.

De tal maneira, se mostra imperativa a fiscalização do CADE nos investimentos realizados por fundos de investimento que se enquadram no art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência.

7. Referências bibliográficas

BERLE, Adolf. A.; MEANS, Gardiner C.. The Modern Corporation and Private Property. London: New Brunswick, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. Acordo de acionistas. São Paulo: Saraiva, 1984.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO; Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Thiago Mascarenhas de Souza. O Controle Societário nas companhias de investimento de fundos de *private equity* listada na BM&FBOVESPA. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E ÉTICA NO DIREITO

LORENA RODRIGUES LISBOA:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Brasília.

Resumo: Ao analisarmos as normas principiológicas gerais que regem uma sociedade, em confronto com as regras positivadas no Ordenamento Jurídico, devemos atribuir maior importância aos princípios ou às regras? Hans Kelsen e Ronald Dworkin estabelecem um importante embate teórico nesse campo, de forma que o primeiro afirma serem as regras as únicas com validade e importância para sociedade, não havendo lacunas de interpretação nos casos concretos. Já Dworkin, defende que os princípios devem ser analisados com maior vigor, uma vez que as regras positivadas não abarcam todas as variáveis dos casos levados à Justiça. Nesta visão, em face de lacunas na aplicação do direito positivo, as regras devem ser analisadas, fundamentalmente, com base em princípios, que estariam em camada hierarquicamente superior na pirâmide dos ordenamentos jurídicos. Tudo isto em atenção aos princípios éticos e de integridade moral.

Palavras-chaves: Análise Principiológica. Ética no Direito. Integridade Moral.

Abstract: *By analyzing the general principiological rules governing a society in clash with positivadas rules on legal system, we must attach great importance to the principles or rules? Hans Kelsen and Ronald Dworkin lay an important theoretical struggle in this field, so that the first affirms that only the rules have validity and importance to society, with no interpretation gaps in specific cases. Dworkin argues that the principles should be analyzed with greater force, since written rules do not cover all the variables of cases brought to justice. In this view, in light of shortcomings in the implementation of positive law, the rules must be analyzed fundamentally based on principles that would be in the hierarchically higher layer in the pyramid of legal systems. All this in mind the ethical principles and moral integrity.*

Introdução

A integridade moral e a ética são elementos essenciais à aplicação da justiça e à garantia dos direitos fundamentais. Não há como dissociar esta prática vivenciada nos Tribunais dos conteúdos ministrados nas escolas e universidades. Por outro lado, a liberdade interpretativa atribuída ao Poder Judiciário se impõe, apenas, nos limites desses elementos, não podendo jamais sobrepor-se a eles.

De fato, existem normas que não mais atendem às demandas sociais ou são aplicáveis de forma insatisfatória, trazendo a imprescindibilidade do ativismo interpretativo por parte do Poder Judiciário. Tal situação não exime, entretanto, a responsabilidade deste Poder de se ater a ética e a moral, para a manutenção dos preceitos fundamentais que asseguram direitos invioláveis conquistados pela sociedade. Habermas, neste aspecto, defende “(...) a ética do Discurso como a abordagem mais promissora na atualidade.” (HABERMAS, 1989).

Desenvolvimento

Por mais que haja um direito positivado e objetivo, sua aplicação se distancia da mera incidência da norma sobre o fato. Com o passar do tempo, o justo se dissocia da objetividade que carregava, ganhando uma subjetividade crescente, trazendo como consequência a punibilidade de ações tidas como bárbaras, mesmo não havendo uma norma que as especifiquem.

O positivismo descreve os ordenamentos como sistemas exclusivos de regras, sendo esta uma das razões de sua falha, excluindo diversos outros padrões que contam com a fundamentação principiológica. Em contrapartida, os sistemas jurídicos modernos já apoiam nos princípios, enunciadas de forma genérica e abstrata, sem descrição específica de sua aplicação e sanção.

Para Dworkin, os direitos fundamentais, juntamente com os princípios, estão na base do ordenamento jurídico, e os demais fundamentos atuam no cumprimento desses princípios, que são base da constitucionalidade das normas. Ele defende claramente a necessidade de se criar sempre uma teoria comprometida com a justiça e com a integridade,

mantendo, assim, o comprometimento com o conceito de direito em sua origem. O que é ou não justo, entretanto, sofre uma mudança constante de percepção, conforme se recicla a sociedade e suas ideologias.

A inserção da ética e da integridade no direito têm se mostrado como a melhor forma de se lidar com ele. Por carregar uma leitura principiológica e aberta para o tempo, traz a possibilidade de mudança e renovação, sempre se preocupando prioritariamente com a garantia democrática da liberdade e da igualdade, como exposto por Habermas:

“Enquanto normas morais nos dizem, primordialmente, o que devemos fazer e o que devemos uns aos outros, o direito moderno é o primeiro lugar prefigurado para (designed to) a distribuição de liberdades individuais – para a determinação das esferas privadas em que todos são livres para fazer o que quiserem. Direitos fundamentais, de outro lado, são derivados dos deveres de outras pessoas para conosco, eis que, no campo do direito, direitos e deveres, uma vez que obrigações jurídicas somente resultam da restrição mutua de liberdades igualmente concedidas.” (HABERMAS, 1999)

A integridade surge como um limite a partir do qual muitas coisas na história vão ser rejeitadas e cujas consequências não serão contadas. Dessa maneira, levando em conta esses episódios de ruptura total com a tradição para que sejam lembrados e nunca mais se repitam.

O ensino do direito deve também se preocupar com esse caráter ético e garantidor de justiça do direito. Deve sempre estar claro que estes preceitos prevalecem frente a qualquer que seja o caso, havendo a necessidade de se aplicar o direito visando o alcance do justo a cada parte, sendo mais importante se fazer um juízo de valor do que a aplicação seca e pragmática da lei positivada.

Aos estudantes deve ser esclarecida a impossibilidade de o legislador prever todas as possibilidades passíveis de ocorrer diante de um caso concreto. Este futuro aplicador do direito deve ser capaz de compreender que cabe a ele aplicar os princípios éticos e morais que fundamentaram os casos futuros no Tribunal, sempre lutando pela dignidade da pessoa humana, como previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

As leis dispostas nos textos legais são gerais e abstratas, requerendo sempre uma análise cuidadosa em face do caso concreto. A estes, será aplicado o direito espelhado na integridade, na ética e na justiça. Dworkin propõe uma barreira de fogo que impeça que outras áreas interfiram no direito, de forma que a solução de problemas do direito deve sempre estar limitada a existência da integridade.

Diante disso, nasce a necessidade de atender às vontades sociais sem sacrificar o direito e a segurança jurídica. É claro que, mesmo diante de toda a abertura do direito e a sua necessidade de associação à justiça, o direito deve impor normas que garantam a coexistência dos indivíduos em uma sociedade, ideia que se coaduna aos escritos de Habermas:

“(...) a legitimidade do direito não deve ser reduzida à validade moral, nem deve o direito ser completamente separado da moral.”
(HABERMAS, 1999)

A ampla capacidade de interpretação do Judiciário deve se restringir ao uso moral da razão própria, no âmbito do controle de constitucionalidade. De forma que o principal objetivo está intrínseco à análise de uma possível violação de um princípio fundamental constitucional.

Na concepção de Dworkin, ser imparcial não quer dizer se desligar de qualquer tipo de juízo de valores. Não há neutralidade, e sim vida, expressando drama e humanidade, além do compadecimento com as necessidades de outrem. Direito se assume como uma ferramenta de fidelidade e reparo, de forma a ser fiel ao conteúdo da lei, mas também reparar as injustiças contidas neste.

O caso Elmer exemplifica um clássico uso principiológico. Por mais que os juízes tenham acesso ao texto jurídico, estes divergiam quanto à aplicabilidade deste ao caso concreto, em que Elmer assassina seu avô para não perder a herança. Mesmo estando positivado o direito à herança, o princípio moral de que ninguém se favorece de sua torpeza possui grande relevância e é usado como fundamento principal na solução do caso. Estando clara a importância da ética e da moral na elucidação do caso, não partindo esta de uma análise única do texto da lei. O direito serve melhor a sociedade se veicular a uma preocupação moral com a justiça. Nas palavras de Ronald Dworkin:

Constituição de *princípios* que estipule critérios morais, de grande alcance geral, que o governo deve respeitar, mas que deixe a cargo dos estadistas e juízes decidir o que esses critérios significam em circunstâncias concretas. Segundo esse modo de ver a Constituição, o verdadeiro significado das cláusulas de processo legal justo e de igual proteção irá depender da melhor e mais exata compreensão da liberdade e da igualdade. (DWORKIN, 2003)

O caso Brown v. Board of Education se apresenta também como um claro exemplo do uso dos princípios na solução de contendas. Este foi, na verdade, a consolidação de cinco casos separados ouvidos pela Suprema Corte sobre a questão da segregação nas escolas públicas. Os casos eram: Brown v. Board of Education of Topeka (Kansas), Briggs v. Elliot (Carolina do Sul), Davis v. Board of Education of Prince Edward County (Virgínia), Boiling v. Sharpe (Distrito de Columbia), e Gebhart v. Ethel (Delaware). Embora os fatos de cada caso fossem diferentes, a questão principal em todos era a constitucionalidade da segregação aceita pelo Estado nas escolas públicas.

Não obstante tenha reconhecido algumas reivindicações dos queixosos, o Tribunal Distrital que ouviu os casos julgou em favor dos conselhos escolares e, então, os demandantes recorreram a Suprema Corte dos EUA.

Quando os casos chegaram à Suprema Corte em 1952, todos os juízes concordaram, em decisão unânime, que a segregação nas escolas era inconstitucional. Embora argumentos fundamentados nas desigualdades tangíveis tenham sido levantados, o de maior força foi a constatação de que escolas separadas para brancos e negros eram inerentemente desiguais. Dessa forma, decidiu-se que, mesmo se fatores tangíveis, como instalações, professores e suprimentos fossem iguais, a segregação era, em si, desigual e, portanto, uma violação da 14ª emenda. Para tanto, a NAACP forneceu os resultados de testes sociológicos que demonstravam uma tendência das escolas segregadas em fazer as crianças negras se sentirem inferiores às crianças brancas, comprovando os efeitos nocivos da segregação sobre as crianças negras.

Com *Brown*, a Corte efetivamente revogou o precedente baseado no caso *Plessy v. Ferguson* de 1896, que havia permitido a segregação racial disfarçada de “separados, mas iguais”. O caso *Brown* serviu, ainda, como catalisador para o movimento dos modernos direitos civis, inspirando uma reforma da educação e criando as bases legais para contestação da segregação em todos os setores da sociedade.

Conclusão

Diante de todo o exposto, se torna nítida a imprescindibilidade da análise principiológica, pois nos casos de lacunas do direito, onde a interpretação não faz clara para casos concretos, resta apenas a análise dos princípios para obter resultados satisfatórios. Como, por exemplo, o caso dos exploradores de caverna, onde a população julgava os escavadores como inocentes, visto que, embora tenham atentado contra uma norma exposta do ordenamento, os princípios de razoabilidade e bom senso do direito mostram que eles deveriam ser inocentados, já que o direito natural à vida se encontrava em escala hierarquicamente superior às normas positivadas no ordenamento.

Referências

DWORKIN, Ronald M. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Rev. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades públicas**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 2ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1987 (1963).

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. De Almeida. Tempo brasileiro, Rio de Janeiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: reflexões de um autor**. Tradução para fins acadêmicos: Paulo Henrique Blair de Oliveira, a partir do publicado na *Denver University Law Review*, vol 76:4, p. 937-942. 1999.

“History - Brown v. Board of Education Re-enactment”. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>

“Brown v. Board of Education”. Disponível em: <http://www.civilrights.org/education/brown/?referrer=https://www.google.com.br/>

O PODER CONSTITUINTE

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:

Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: Apresenta-se este artigo com o propósito de auxiliar o leitor quanto ao Poder Constituinte no que tange a Constituição da República Federativa do Brasil, sua concepção, bem como classificações à luz da doutrina.

Palavras-chave: Poder Constituinte; Constituição Federal.

Abstract: This article is presented with the purpose of assisting the reader with regard to the Constituent Power with regard to the Constitution of the Federative Republic of Brazil, its conception, as well as classifications in the light of doctrine.

Keywords: Constituent Power; Federal Constitution.

Introdução

A concepção de Poder Constituinte surge no século XVIII, esboçada por Emmanuel Sieyès, meses antes da Revolução Francesa distribuía, em forma de panfleto, um manifesto intitulado “Qu’est-ce que le Tiers État”, traduzindo para nossa língua materna, “O que é o Terceiro Estado?”.

A França, neste período, apresentava uma sociedade dividida em três Estados. O primeiro e o segundo Estados, formados pelo clero e pela nobreza, os quais eram detentores do poder, comandando as decisões políticas, através do autoritarismo, que regiam todo o País. O terceiro Estado, formado pela maioria esmagadora da população francesa, era composto pela burguesia, proletariado e desempregados.

A teoria deflagrada por Sieyès, é a reivindicação dos membros do terceiro Estado contra o absolutismo exercido pelo clero e pela nobreza. O

documento redigido por Sieyès expõe a necessidade de restauração do poder político da França baseada na vontade da Nação.

O Poder Constituinte institui uma nova ordem. Eis que se dá a convocação de Assembleia Nacional Constituinte para elaboração de Direitos Francesa. Destarte, de acordo com documento pactuado pela nação, surge a Constituição.

Desta feita, temos que o Poder Constituinte é a vontade soberana de um povo, tendo organizadas suas diretrizes políticas e sociais. Portanto, a titularidade do Poder Constituinte, na concepção de Sieyès, pertence ao povo, visto que, decorre da soberania popular, que expressam suas vontades através de seus representantes.

Por fim, com brilhantismo Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa: *“o povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte, mas jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada pela elite”*.^[1] Eis a distinção entre quem possui a titularidade do Poder Constituinte e quem realmente o exerce.

Segundo aponta Michel Temer:

O titular seria o povo. Exercente é aquele que, em nome do povo, implanta o Estado, edita a Constituição. Esse exercício pode dar-se por vias diversas: a) pela eleição de representantes populares que integram “uma Assembléia Constituinte”; ou b) pela revolução, quando um grupo exerce aquele poder sem manifestação direta do agrupamento humano.^[2]

1. Espécies de Poder Constituinte

O Poder Constituinte é classificado em: Originário; Derivado; Difuso e Supranacional.

Em relação ao Poder Constituinte Originário este é subdividido em histórico ou revolucionário.

Por seu turno, o Poder Constituinte Derivado possui sua subdivisão classificada em: reformador; decorrente; e revisor. Abordaremos detalhadamente cada espécie e suas subdivisões, quando houver, no transcorrer deste trabalho.

1.1. Poder Constituinte Originário

O Poder Constituinte Originário, também denominado genuíno, de primeiro grau, inicial ou inaugural. Ocorre pelo rompimento por completo de determinada ordem jurídica existente e instaurar uma nova ordem jurídica

no Estado, instaurando uma nova Constituição, ou, também, pode dar-se pela elaboração de uma primeira constituição. Como bem sintetiza Flávia Bahia: “É o poder criador, é o poder institucionalizador de uma Constituição central.”^[3]

Destarte, o Poder Constituinte Originário, caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado.

A característica de inicial se dá, visto que, ocorre a elaboração de uma nova ordem jurídica, exercida através da nova Constituição.

Devido ao rompimento da ordem jurídica anterior, surgem as características que o tornam ilimitado e autônomo, já que, não está limitado pela ordem jurídica anterior e tampouco limitar-se pelos direitos anteriormente positivados.

Na compreensão de Michel Temer existe limitação, porém apenas procedimental, conforme segue: “[...] a limitação se dirige à atividade da Assembléia Constituinte, mas ela iniciou-se no momento em que houve a escolha dos seus representantes”.^[4]

No mesmo entendimento em que há limitações ao Poder Constituinte Originário, dispõe Paulo Branco no trecho a seguir:

[...] se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações. Por isso, um grupo que se arroge a condição de representante do poder constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido como poder constituinte originário. Afinal, só é dado falar em atuação do poder constituinte originário se o grupo que diz representá-lo colher a anuência do povo, ou seja, se vir ratificada a sua invocada representação popular. Do contrário, estará havendo apenas uma insurreição, a ser sancionada como delito penal. Quem tenta romper a ordem constitucional para instaurar outra e não obtém a adesão dos cidadãos não exerce poder constituinte originário, mas age como rebelde criminoso.^[5]

Vale ressaltar, para fins didáticos, que a teoria jusnaturalista afirma que o Poder Constituinte Originário não é ilimitado, como nos aponta Bernardo Gonçalves Fernandes: “ele irá guardar limite em cânones do

Direito Natural, como a liberdade, igualdade, não discriminação, ou seja, cânones do "homem em razão de ser homem". [6]

A fim da manifestação de sua vontade, ao Poder Constituinte Originário não lhe é imposta forma ou procedimento para realizar a constitucionalização, eis a natureza de poder incondicionado.

De acordo com Canotilho que sintetiza tais características da seguinte maneira:

[...] o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autónomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autónomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve 'dar-se' uma constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo [7]

No que tange as subdivisões do Poder Constituinte Originário em histórico ou revolucionário. O Poder Constituinte Originário histórico é o que edita a primeira Constituição do Estado, em contrapartida, o Poder Constituinte Originário revolucionário é aquele que rompe a ordem constitucional vigente, instaurando um novo ordenamento jurídico, através da elaboração de uma nova Constituição.

1.2. Poder Constituinte Derivado

O Poder Constituinte Derivado (também denominado de segundo grau, instituído ou constituído), deriva do Poder Constituinte Originário, tendo seu exercício limitado disposto na própria Constituição.

Segundo Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino: *"É um poder jurídico porque integra o Direito, está presente e regulado no texto da Constituição Federal"*. [8]

Desta feita, o Poder Constituinte Derivado possui as seguintes características: subordinado; condicionado; e limitado.

Subordinado, já que deve respeitar os fundamentos estabelecidos, pelo Poder Constituinte Originário, dispostos na Constituição. Condicionado, pois, qualquer reforma, deve ser realizada harmonicamente à Constituição Federal. Limitado, visto que, deve obediência as normas de elaboração

impostas, bem como ao conteúdo da Constituição Federal que não pode sofrer alteração.

O Poder Constituinte Derivado, como visto, é dividido em reformador, decorrente ou revisor.

1.2.1 Poder Constituinte Derivado Reformador

A sociedade vive em constante evolução. A fim de acompanhar a evolução da sociedade existe o Poder Constituinte Derivado Reformador, que cria normas constitucionais, com intuito de adequar a Constituição as necessidades e anseios presentes na sociedade. Na sintética definição do Poder Constituinte Derivado Reformador de Luciano Dutra: *“Poder de editar emendas à Constituição. O exercício deste Poder compete ao Congresso Nacional”*.^[9]

Cabe destaque ao apontamento posto por Michel Temer, conforme o transcrito: *“Já agora, entretanto, a produção dessa normatividade não é emanção direta da soberania popular, mas indireta, como também ocorre no caso da formulação da normatividade secundária (leis, decretos, sentenças judiciais)”*.^[10]

Por fim, temos definido que o Poder Constituinte Derivado Reformador é a possibilidade de modificação da Constituição, que se dá através das emendas constitucionais (arts. 59, I e 60 da CF/88), ou seja, de acordo com as normas e limitações instituídas pelo Poder Constituinte Originário. As emendas constitucionais são limitadas de acordo com sua natureza procedimental, circunstancial, temporal e material.

1.2.1.1. Limites Procedimentais quanto à iniciativa de Proposta Emenda Constitucional

Disposto no caput do artigo 60 da Constituição Federal que estabelece em seus incisos, I, II e III, de competência relativa concorrente, só poderá ocorrer emenda constitucional a partir de proposta apresentada por no mínimo um terço dos deputados ou um terço dos senadores, Presidente da República, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas.

Em relação as Assembleias Legislativas, se faz necessário a adesão da proposta por maioria relativa.

1.2.1.2. Limites Procedimentais quanto a votação de Proposta de Emenda Constitucional

A proposta de Emenda Constitucional, conforme disposto no artigo 60 §2º da Constituição Federal, deverá ser debatida e votada em cada Casa

do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em dois turnos. Haverá aprovação da respectiva Emenda Constitucional se em ambas as Casas se obtiver (3/5) três quintos dos votos dos respectivos membros.

1.2.1.3. Limites Procedimentais quanto a promulgação de Proposta de Emenda Constitucional

No que tange a promulgação de Emenda Constitucional, apresenta-se disposta no artigo 60, §3º da Constituição Federal, o qual dispõe que a promulgação será efetuada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Após aprovação de Emenda Constitucional pelo Congresso Nacional, esta não irá para a sanção presidencial.

1.2.1.4. Limites Circunstanciais

A Constituição Federal dispõe em seu art. 60, §1º, quanto aos limites circunstanciais, ou seja, determinadas circunstâncias onde não poderá ocorrer o trâmite de Emenda Constitucional.

As hipóteses dispostas na CF são: intervenção federal; estado de defesa ou estado de sítio. Caso ocorra norma constitucional, decorrente do Poder Constituinte Derivado Reformador, durante o período de limitação circunstancial, esta será inconstitucional.

1.2.1.5. Limites Temporais

Conforme disposto no artigo 60, §5º da CF/88: “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

1.2.1.6. Limites Materiais

Refere-se as vedações expressas na Constituição Federal, o legislador originário, impôs limites às reformas constitucionais evitando alterações na substância da Constituição.

As limitações, dispostas no art. 60 §4º da Constituição Federal de 1988, são denominadas limitações materiais explícitas, por seu turno, existem limitações que decorrem do sistema constitucional, as quais são denominadas limitações materiais implícitas.

1.2.2. Poder Constituinte Derivado Decorrente

Como o Poder Constituinte Derivado Reformador, também é jurídico, definido pela capacidade das unidades da federação (Estados, Distrito Federal e Municípios) elaborarem suas próprias Constituições (Estados) e Lei Orgânica (Distrito Federal e Municípios).

Segundo Pedro Lenza: *“Estados têm a capacidade de auto organizar-se, desde que, é claro, observem as regras que foram estabelecidas pelo poder constituinte originário”*.^[11]

Destarte, de acordo com art. 25 e no art. 11 do ADCT, na elaboração cabe obediência aos princípios dispostos na Constituição Federal.

1.2.3. Poder Constituinte Derivado Revisor

Instituído pelo Poder Constituinte Originário, possibilita, após 5 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, uma única revisão.

A revisão, realizada mediante votação por maioria absoluta do Congresso Nacional, realizada em sessão unicameral (art. 3º do ADCT).

O Poder Constituinte Derivado Revisor teve sua limitação disposta nas cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88). Somente seis Emendas Constitucionais de revisão foram editadas em (1994), e conforme exposto, não há mais possibilidade de revisão, visto que, o Poder Constituinte Derivado Revisor teve sua eficácia exaurida.

1.3. Poder Constituinte Difuso

Caracteriza-se pelo poder atribuído aos agentes políticos de adequação da Constituição Federal de uma forma inespecífica, ou seja, a adaptação do texto constitucional, sem alterações, às evoluções ocorrentes na sociedade.

1.4. Poder Constituinte Supranacional

Não admitido em no ordenamento jurídico brasileiro. Encontra-se caracterizado pela possibilidade de criação de instituições supranacionais, visando determinada vontade de integração e relativizando a soberania dos Estados, p.ex., União Europeia.

2. Considerações finais

O Poder Constituinte pode ser posto em nosso ordenamento jurídico de quatro formas distintas. O Poder Constituinte Originário na formulação de uma nova ordem jurídica, rompendo com a anterior, como foi o caso da Assembleia Constituinte, e posterior promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Já o Poder Constituinte Reformador se refere as possíveis alterações ou emendas constitucionais, previstas e limitadas pelo Poder Constituinte Originário. Neste mesmo sentido, o Poder Constituinte Reformador Decorrente dispõe a possibilidade às unidades federativas de auto-organização, desde que, respeitados os princípios, requisitos e hipóteses dispostos na Constituição Federal.

Em relação ao Poder Constituinte Reformador Revisor, por já ter sido praticado a época de 1994, teve sua eficácia exaurida.

Por fim, o Poder Constituinte Difuso é atrelado a interpretação da norma constitucional, sem alteração de seu texto, com o intuito de atender as necessidades da sociedade em constante evolução.

3. Referências Bibliográficas

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. Recife: Armador, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. 3ªed. São Paulo. Forense, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador. Juspodium, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19ªed. São Paulo. Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G., *Curso de direito constitucional*, 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16ªed. São Paulo. Forense, 2017.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOTAS:

[1] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15.

[2] TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33.

[3] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. Recife: Armador, 2017. p. 26.

[4] TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

[5] G. F. Mendes, I. M. Coelho, P. G. G. Branco, *Curso de direito constitucional*, 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 275.

[6] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador. Juspodium, 2017. p. 123.

[7] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 91.

[8] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16ªed. São Paulo. Forense, 2017. p. 81.

[9] DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. 3ªed. São Paulo. Forense, 2016. p. 54.

[10] TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

[11] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19ªed. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 334.

A PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DA SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIAS

LUIZA TEODORO DE MENDONÇA:

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 representou um importante marco para a implementação dos direitos sociais no Brasil ao prever o acesso à saúde de forma gratuita e universal. Nesse contexto, diante das dificuldades naturais de concretização dos preceitos constitucionais pelos entes federativos, sejam de ordem financeira, sejam de ordem técnica, o Poder Judiciário passou a ser rotineiramente acionado pela população, de acordo com o que comumente passou a ser denominado fenômeno da “judicialização da saúde”. Assim, tendo em vista tal cenário, constitui objeto do presente artigo uma breve análise dos instrumentos atualmente utilizados pelo Judiciário para melhor conduzir o crescente número de ações relacionadas ao direito à saúde que são rotineiramente ajuizadas, com enfoque na aplicação da chamada corrente da “saúde baseada em evidências”. Para tanto, utiliza-se como referência o método utilizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; Judicialização da saúde; saúde baseada em evidências.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL; 3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE; 3.1 A Audiência Pública nº 4 do STF; 3.2 Proposições do Conselho Nacional de Justiça – CNJ; 4 DA SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIAS; 4.1 Conceito; 4.2 Visão do Supremo Tribunal Federal; 4.3 Atuação do Judiciário segundo a política da saúde baseada em evidências: experiência de Minas Gerais; 5. CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde é um tema constante nas discussões jurídicas atuais, notadamente quando o fenômeno é analisado sob bases como a teoria dos direitos fundamentais e a separação dos poderes. Especificamente, quando se fala em judicialização da saúde, os debates doutrinários e jurisprudenciais são muito voltados a temas como o clássico embate entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, ou à eterna discussão dos limites de atuação do judiciário nas políticas

públicas propostas pelo executivo, dentro da divisão estabelecida pelo princípio da separação dos poderes.

Por outro lado, muito pouco se discute sobre os meios pelos quais tal fenômeno pode ser melhor conduzido. Em simples palavras, a partir do reconhecimento da existência da judicialização dos direitos ligados à saúde como uma realidade inarredável, mostra-se pertinente o estudo sobre quais seriam os instrumentos que melhor poderiam conduzir os magistrados em suas decisões, tendo sempre como norte os princípios basilares previstos na Constituição Federal.

Nesse contexto é que a aplicação da chamada “saúde baseada em evidências” passa a exercer um papel de significativa importância dentro do Direito. Adotada pelo Sistema Único de Saúde como fundamento para a definição dos tratamentos que serão ofertados pela rede pública, tal corrente busca, a partir de estudos científicos consolidados, reduzir as incertezas da imensa gama de informações que são rotineiramente veiculadas sobre os mais variados tipos de doenças.

Na linguagem jurídica, um estudo fruto da “saúde baseada em evidências” pode ser determinante para o magistrado alcançar a melhor solução das demandas que lhe são submetidas. Com efeito, diante da enxurrada de ações que são rotineiramente ajuizadas buscando o custeio público de tratamentos ditos “experimentais”, certo é que o conhecimento científico dos reais efeitos de cada medicamento constitui fator decisivo para a concessão ou não do pedido da parte. Tal conclusão é ainda reforçada diante do fato de que grande parte desses tratamentos experimentais possui um alto valor, capaz de interferir de forma significativa no planejamento financeiro proposto para a execução da política pública.

Assim, para a melhor compreensão dos elementos envolvidos na temática, em um primeiro momento será abordada a visão geral dos princípios básicos que regem o direito à saúde no Brasil. Mais adiante, serão brevemente apresentadas algumas medidas que já foram adotadas pelo Judiciário para promover a racionalização das decisões judiciais relacionadas à saúde. Ao final, serão desenvolvidos os aspectos concernentes à corrente da “saúde baseada em evidências”, com foco na experiência vivenciada no Estado de Minas Gerais.

2 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido de forma universal e igualitária. Como direito social e fundamental do ser humano, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) prevê a assistência à saúde de forma gratuita a qualquer pessoa. Trata-se, portanto, de um direito público subjetivo com garantia constitucional. Nesse sentido, inicialmente, assim prevê o art. 6º da CF/88:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifos nossos)

Mais adiante, no TÍTULO VIII, “*Da Ordem Social*”, é previsto na Constituição Federal seção específica, denominada “*DA SAÚDE*”, composta pelos artigos 196 a 200, onde são traçadas as diretrizes gerais que devem nortear a concretização do direito garantido de forma genérica no art. 6º. Vejamos o que dispõe o art. 196:

Art. 196. A **saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifos nossos).

A Carta Magna traz apenas as diretrizes gerais para o acesso à saúde. O art. 196 supracitado tem natureza programática, ou seja, depende de complementação legislativa ordinária. Nesse contexto, foi editada a Lei nº 8.080/90 que trata com profundidade a matéria relativa à divisão de competências estabelecidas no Sistema Único de Saúde, bem como os princípios e diretrizes básicas para a saúde no Brasil.

Nesse ponto específico, destaca-se o que prevê o art. 2º da dita Lei nº 8.080/90:

Art. 2º A saúde é **um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício**”. (grifos nossos)

Para entender melhor a abrangência do direito à saúde, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declara que a saúde é um estado de total bem-estar físico da sociedade e não apenas a ausência de doenças. Vale explicitar, ainda, o conceito trazido pelo autor Howerston Humenhuk:

“A saúde também é uma construção através de procedimentos. (...) A definição de saúde está vinculada diretamente a sua promoção e qualidade de vida. (...) O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve

objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios”.^[1]

Diante desse cenário, pode-se concluir que o direito à saúde é indissociável do próprio direito à vida. Dessa forma, o Estado, em suas três esferas, União, Estados/Distrito Federal e Municípios, deve garantir a qualquer pessoa o acesso a um sistema de saúde pleno e eficaz, de forma gratuita e universal.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Por força do que prevê a Constituição Federal, no Brasil, a saúde é um direito que deve ser ofertado de forma gratuita e universal. Ou seja, como princípios basilares do Sistema Único de Saúde, a universalidade e a gratuidade impõem, em um primeiro momento, a obrigação de atendimento público e gratuito a todo aquele que necessitar, sem qualquer discriminação de ordem econômica. Tenha o indivíduo condições econômicas para custear o atendimento, ou não, o tratamento deve ser ofertado de forma integral e gratuita.

Todavia, na prática, diante das inúmeras dificuldades vivenciadas no país, sejam de ordem financeira, sejam de ordem técnica, certo é que nem toda a pessoa que busca o atendimento público consegue o tratamento desejado. Tal se verifica, principalmente, por duas razões básicas: ou o SUS não possui o tratamento específico requerido como uma das opções da política disponibilizada; ou, mesmo sendo disponibilizado pelo SUS, o tratamento não pode ser efetivamente realizado por motivos de escassez de recursos financeiros.

Como resultado dessa aparente contradição entre o que prevê a Constituição e o que é vivenciado na prática, rotineiramente o Poder Judiciário, como guardião da lei, passou a ser acionado pela população. Busca-se, com frequência, através de ordens judiciais, a disponibilização de tratamentos médicos que não foram tempestivamente ofertados pela rede pública.

Em breve síntese, esse é o panorama que originou o chamado fenômeno da “judicialização da saúde”, que atualmente consome uma imensa força de trabalho do Judiciário. Como decorrência lógica, para conseguir atender essa nova demanda inesperada, o Poder Judiciário teve que aprofundar seus estudos sobre o tema, de modo a proporcionar diretrizes a serem seguidas pelos magistrados, na busca da construção de decisões que melhor harmonizem a obrigação imposta pela Constituição com a realidade vivida pelos entes públicos.

Nesse sentido, abaixo são demonstrados os principais estudos que foram realizados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça.

3.1 A Audiência Pública nº 4 do STF

A Audiência Pública nº 04, realizada pelo Supremo Tribunal Federal nos meses de maio e abril de 2009, visou esclarecer questões técnicas, científicas, políticas e econômicas que refletem no direito à saúde e sua consequente judicialização. Além disso, pretendeu analisar a questão da divisão de competência para a prestação da saúde em seus níveis de complexidade e avaliar como essa divisão reflete nas políticas públicas de saúde.

A realização de tal audiência foi um marco para a discussão das consequências advindas da judicialização da saúde, tendo contado com a participação de autoridades dos mais diversos seguimentos ligados ao direito à saúde, a exemplo de: advogados, defensores públicos, magistrados, promotores, professores, médicos, gestores na área de saúde e usuários do Sistema Único de Saúde.

Para ilustrar a abrangência da Audiência nº 04, vale citar trecho da abertura e apresentação feita pelo SR. MINISTRO GILMAR MENDES que explicou, em breves linhas, a tensão existente entre o Judiciário e os gestores que responsáveis pelas políticas públicas de saúde:

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema.

[...]

No contexto em que vivemos, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem o direito à

saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais.^[2]

3.2 Proposições do Conselho Nacional de Justiça – CNJ

Após os resultados da Audiência Pública nº 4, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ constituiu uma equipe de trabalho que resultou na elaboração da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010^[3], a qual esboça diretrizes aos magistrados quanto às questões judiciais relacionadas à assistência à saúde. Já em abril do mesmo ano, o CNJ publicou a Resolução n. 107^[4], que instituiu o Fórum Nacional para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum Nacional.

O Fórum Nacional é coordenado por um Comitê Executivo Nacional e constituído por Comitês Estaduais. Em 2014, o CNJ promoveu sua I Jornada de Direito da Saúde^[5] com a finalidade de reunir autoridades das áreas da saúde e do direito para debater os principais temas relacionados à judicialização da saúde e, principalmente, produzir e aprovar enunciados interpretativos voltados à uniformização de entendimentos, com a finalidade de auxiliar os magistrados em suas decisões. Já em 2015, ocorreu a II Jornada de Direito da Saúde^[6], com a publicação de mais enunciados sobre o tema.

Dentre as medidas implementadas pelo CNJ, destacam-se, de modo geral, as seguintes orientações: i) incentivo à celebração de convênios para a elaboração de notas técnicas; ii) instruir as causas com relatórios médicos, descrição da doença (inclusive CID) e prescrição dos medicamentos com posologia exata; iii) evitar a autorização do fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental e iv) quando possível, ouvir os gestores, preferencialmente por meio eletrônico, antes da apreciação de medidas de urgência.

4 DA SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIAS

4.1 Conceito

Inicialmente, faz-se necessário traçar um conceito do que seria a “saúde baseada em evidências”. Para tanto, cita-se a definição extraída da obra “Saúde Baseada em Evidências” de Paula Lima Bosi:

[...], saúde baseada em evidências (SBE) é definida como o elo entre a boa pesquisa científica e a prática clínica. **Portanto, ela pode ser definida como saúde baseada na redução da incerteza.** Essa redução da incerteza pode ser feita por meio da melhoria e do rigor da metodologia – para prevenção

dos vieses –, do aumento do tamanho amostral em cada estudo ou da realização de metanálises, para diminuição dos efeitos do acaso. Enfim, essa redução pode ser obtida pela realização de sínteses críticas, ou seja, revisões sistemáticas e, com elas, diretrizes baseadas em evidências, para utilização na prática dos profissionais da saúde (ATALLAH, 2004; EL DIB; ATALLAH, 2006). **Portanto, a saúde baseada em evidências consiste em tentar melhorar a qualidade da informação na qual se baseiam as decisões em cuidados de saúde. Ela ajuda o médico a evitar ‘sobrecarga de informação e, ao mesmo tempo, a encontrar e aplicar a informação mais útil.** (grifos nossos)^[7]

4.2 Visão do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, na decisão paradigma proferida na Suspensão de Tutela Antecipada 175 (Ceará), de relatoria do MINISTRO GILMAR MENDES, tratou sobre o tema da “saúde baseada em evidências”, afirmando que o Sistema Único de Saúde se filiou a esta corrente. Segundo a Corte Suprema, a inexistência de evidências da efetividade de um tratamento pode ser a fundamentação para a negativa de fornecimento do medicamento na via judicial.

Além disso, explicita que o Estado tem o dever de garantir o que compõe as políticas públicas de saúde e não toda e qualquer alternativa terapêutica requerida pela parte. Para melhor esclarecer, é válido citar trecho da decisão:

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com

cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. (STF. **AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 175 - CE**, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 17/03/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publ. 30-04-2010)

4.3 Atuação do Judiciário segundo a política da saúde baseada em evidências: experiência de Minas Gerais

Diante desse novo paradigma da judicialização da saúde, o Estado de Minas Gerais implementou medidas e firmou parcerias para concretizar os preceitos advindos da política da “medicina baseada em evidências”.

Dentre as várias medidas implementadas, destacamos, no presente estudo, o convênio celebrado em fevereiro de 2014 entre o TJMG, o Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de Saúde – IBEDESS, a Cooperativa de Trabalho dos Médicos do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais – HC Coop UFMG e o Núcleo de Avaliações de Tecnologias em Saúde –NATS, objetivando a prestação de serviços de suporte técnico médico aos magistrados.

Sobre o objeto da citada parceria, colaciona-se trecho elucidativo extraído do próprio sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Em fevereiro de 2014, foi assinado convênio entre o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), o Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de Saúde (Ibedess), a Cooperativa de Trabalho dos Médicos do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais – HC Coop UFMG – e o Núcleo de Avaliações de Tecnologias em Saúde (Nats), para prestação de serviços de suporte técnico médico. O convênio tem por objeto a elaboração de documentos técnicos da área de saúde para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quando da apreciação de questões clínicas apresentadas em ações judiciais envolvendo a assistência à saúde.^[8]

Em outra notícia, veiculada no sítio eletrônico da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, há a indicação do valor que representou o convênio:

Em Minas Gerais, uma das providências de maior sucesso foi a implantação de um serviço de suporte técnico aos juízes, por meio do Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde (Nats), vinculado ao Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Antes disso, sem informação médica ou farmacológica, muitas vezes os juízes decidiam sob pressão, obrigando o Estado a comprar medicamentos de determinada marca, quando havia produtos equivalentes, já referendados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), mais baratos e acessíveis. A assessoria técnica do Nats atendeu essa carência.^[9]

Assim, como fruto do referido serviço de suporte técnico, o repositório do TJMG conta hoje com: 524 notas técnicas, 778 respostas técnicas e 33 pareceres técnicos.

Especificamente sobre a forma como os estudos técnicos são apresentados, basicamente, diante de um questionamento feito pelo magistrado da causa, o profissional responsável irá, com fundamento nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas adotados pelo SUS, apresentar as considerações aplicáveis ao caso, concluindo, ao final, pela pertinência, ou não, do pleito da parte.

Como exemplo de caso concreto já analisado, trazemos trechos extraídos da Nota Técnica Nº: 19/2017 NATJUS-CEMED, solicitada no Processo nº 00257894120178130301, originado da 2ª Vara Cível, da Infância e Juventude e Juizado Especial Criminal da Comarca de Igarapé –

MG. Na oportunidade, para subsidiar a sua decisão, a magistrada da causa encaminhou para análise técnica os seguintes questionamentos:

Solicito nota técnica acerca da pertinência da prescrição de uso do medicamento CINACALCETE para o tratamento de doença renal crônica terminal (CID 18.0) e Osteo Distrofia Renal (CID 25.0).

Segundo o relatório médico que instrui o pleito judicial, a hipertrofia da glândula tornou-se refratária ao tratamento clínico com Vitamina D e ajuste de nível sérico de cálcio e fósforo. A solicitação pertine à apreciação de pedido liminar formulado nos autos de ação civil pública sob o n. 00257894120178130301.

A despeito da existência de notas técnicas específicas deste medicamento, as quais concluem que o medicamento não foi estudado suficientemente para comprovação de sua eficácia no tratamento da doença em questão, observo que tais notas foram elaboradas no ano de 2014, pelo que reputo prudente verificar se houve alteração na conclusão do trabalho técnico.[\[10\]](#)

Em resposta ao pleito do juízo, após tecer as considerações pertinentes ao caso, o profissional responsável pela elaboração da Nota Técnica apresentou a seguinte conclusão:

Conforme os elementos apresentados, a prescrição do medicamento Cinacalcete é pertinente ao caso em tela; preenche os critérios de inclusão no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas – Distúrbio Mineral e Ósseo na Doença Renal Crônica do Ministério da Saúde.

Conforme se observa, na situação analisada, houve a oferta conclusiva de subsídios técnicos para a fundamentação da decisão a ser tomada no processo. A partir de simples leitura da Nota Técnica, foi possível identificar que o medicamento pleiteado pela parte faz parte dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas adotados pelo SUS para tratamento da doença em tela.

5. CONCLUSÃO

Como direito universal e gratuito, o acesso à saúde deve ser garantido pelo Estado a todo aquele que dele necessitar. Todavia, para ser efetivo, o

direito à saúde precisa contar com políticas bem estruturadas, voltadas à promoção eficiente dos recursos estatais, de forma a contemplar, com segurança, o maior número possível de atendimentos, mesmo diante da natural limitação financeira típica dos entes públicos. De fato, diante da impossibilidade fática de oferta de todo e qualquer tipo de tratamento médico, mostra-se necessário a adoção de critérios seguros, que selecionem as opções terapêuticas mais eficientes, com base em estudos e resultados satisfatórios.

Ademais, tratando do fenômeno da judicialização da saúde, revela-se fundamental que também os magistrados tenham à sua disposição todos os dados científicos relativos ao caso submetido à apreciação judicial. Somente assim será possível realizar um verdadeiro juízo de valor sobre a conveniência ou não da concessão do tratamento pleiteado pela parte, tendo por parâmetro o impacto de tal medida sobre os cofres públicos. Como exemplo, se o tratamento pleiteado não apresenta dados seguros de maior eficácia do que quando comparado à opção ofertada pelo Sistema Único de Saúde, por certo não fará sentido o dispêndio de recursos públicos no caso.

Nesse contexto, a adoção das medidas de racionalização elaboradas pelo Conselho Nacional de Justiça, aliada ao reconhecimento da “medicina baseada em evidências” como importante diretriz a ser seguida, se mostram essenciais. É o que revelou o modelo implementado no Estado de Minas Gerais, que poderá (e deverá) ser seguido pelos demais entes federativos.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado federal, Centro Gráfico, 1988. 292p. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 22/02/2016.

BRASIL. Lei Federal Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 22/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 175 - CE**, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 17/03/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publ. 30-04-2010

BOSI, Paula Lima. **Saúde baseada em evidências**. Disponível em <<http://disciplinas.nucleoad.com.br/mwg->

[internal/de5fs23hu73ds/progress?id=6gAPPzRtfRi1_vSVOJ2jzUyDNPhbus egRtyt9TeVDM4](http://www.conteudojuridico.com.br/internal/de5fs23hu73ds/progress?id=6gAPPzRtfRi1_vSVOJ2jzUyDNPhbus egRtyt9TeVDM4)> Acesso em 14/03/2016.

HUMENHUK, Hesterston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em Acesso em 21/03/2016.

NOTAS:

[1] HUMENHUK, Hesterston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em Acesso em 21/03/2016.

[2] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/ane xo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf. Acesso em 03/11/17.

[3] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>. Acesso em 03/11/17.

[4] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>. Acesso em 03/11/17.

[5] Para mais informações consultar: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco es/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>

[6] Para mais informações consultar: <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>

[7] BOSI, Paula Lima. **Saúde baseada em evidências**. Disponível em <http://disciplinas.nucleoad.com.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=6gAPPzRtfRi1_vSVOJ2jzUyDNPhbus egRtyt9TeVDM4> Acesso em 14/03/2016.

[8] Disponível em: Acesso em 03/11/17.

[9] Disponível em: Acesso em 03/11/17.

[10] Disponível em: Acesso em 03/11/17.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO SOB A ÓTICA DO MUNICÍPIO DE PALMAS.

NAYARA LOPES GONÇALVES:

Graduanda do Curso de Bacharel em Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

EVANDRO BORGES ARANTES

(Orientador)^[1]

RESUMO: O presente artigo tratará dos desafios encontrados quanto às decisões judiciais e tutela da saúde, buscando encontrar soluções para a diminuição das demandas judiciais, através de pesquisa doutrinária, legal e jurisprudencial, aborda-se a prestação da saúde pública no Brasil, bem como os mecanismos para a implementação desse direito e seu controle. Tendo como foco observar a divisão de competências e atribuições constitucionais, sendo determinadas pelos magistrados medidas liminares e sentenças impondo deveres ao município sem a observância das pactuações tripartites, repasse de recursos, e outras questões, que vêm sobrecarregando sobremaneira o ente municipal. Obrigando ao município muitas vezes arcar com o custo de medicamentos ou procedimentos de alto custo e complexidade, não atentando para as competências originárias dos Estados e da União.

Palavras-chave: Direito à saúde. Responsabilidade Solidária. Judicialização da Saúde.

ABSTRACT: This article will deal with the challenges encountered regarding judicial decisions and health protection, seeking to find solutions for the reduction of judicial demands, through doctrinal, legal and jurisprudential research, the provision of public health in Brazil, as well as mechanisms for the implementation of this right and its control. With the objective of observing the division of powers and constitutional attributions, being determined by the magistrates injunctions and sentences imposing duties to the municipality without the observance of the tripartite agreements, transfer of resources, and other issues, which have been supercharging the municipal entity. Forcing the municipality often to bear the cost of drugs or

procedures of high cost and complexity, not paying attention to the powers originating in the States and the Union.

Key words: Right to health. Solidary Liability. Judicialization of Health.

Sumário: Introdução. 1. A saúde como direito fundamental - 2. A Judicialização da saúde - 3. A Responsabilidade Solidária entre os entes da federação - 4. A responsabilidade solidária sob a ótica do município de Palmas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde está positivado no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental social e subjetivo, conforme disposto no artigo 6º da Constituição Federal. Neste liame, o artigo 196 da Carta Magna aduz que a saúde é direito de todos e dever do Estado. O referido preceito era entendido apenas como norma programática, sendo necessário que houvesse norma regulamentando a forma efetiva pela qual seria efetivado este direito.

A implantação do Sistema Único de Saúde – SUS ocorreu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a criação de duas leis orgânicas da saúde, sendo a prima a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS) instituindo entre as três esferas do governo e atribuindo as responsabilidades no que se refere às ações e execução dos serviços de saúde. A segunda lei a ser instituída foi a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que estabeleceu a forma de gestão do sistema.

Cabe ao Poder Público criar e programar políticas públicas a fim de garantir redes assistenciais para o acesso universal e igualitário, uma vez que o direito a saúde é um direito fundamental a vida.

Devido ao fato de a Administração Pública não estar conseguindo garantir plenamente o direito à saúde, o Poder Judiciário tem sido suscitado sequencialmente a intervir para solucionar o litígio entre o cidadão e o Estado, o que se denomina judicialização da saúde. O cidadão (paciente)

faz uma provocação ao Poder Judiciário, com vistas a obter o fornecimento de prestações materiais (medicamentos, procedimentos cirúrgicos, leites e tratamentos médicos diversos), na busca da concretização do direito social a saúde.

Analisando que os recursos do Estado são finitos e os pleitos infinitos, existe uma necessidade de a concretização do direito à saúde ocorrer por meio de Políticas Públicas. Sendo estas pensadas e desenvolvidas pelo Ministério da Saúde e repassadas aos demais Entes da Federação.

Considerando que não há a cautela necessária por parte dos magistrados no julgamento das ações judiciais envolvendo medicamento, procedimentos cirúrgicos, tratamentos dentários, entre outros. Uma vez que, esses analisam apenas o pleito da parte promovente, não observando a legislação vigente, bem como as políticas públicas criadas para atender a demanda da população.

Sendo assim, este artigo tem como objetivo ampliar o conhecimento sob o olhar jurídico no que se refere à judicialização da saúde e a responsabilidade solidária entre os entes da federação no que tange ao município Palmas. Motivado pela vivência diária na Secretaria Municipal de Saúde de Palmas analisando as ações judiciais de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, que pleiteiam medicamentos, procedimentos cirúrgicos, entre outros.

Assim, serão abordados os direitos fundamentais à saúde a fim de compreender a obrigação da prestação de atendimento à saúde *latu sensu* por parte do Estado a sociedade e apresentando a política do Sistema Único de Saúde e a eficácia dos direitos sociais. Em seguida, foi examinada a judicialização da saúde e os seus efeitos na Administração Pública.

Posteriormente, discutiremos sobre a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios frente à necessidade de observação das políticas públicas, sociais e econômicas previstas nas normas que disciplinam o fornecimento de diversos tratamentos médicos. Por fim uma análise da responsabilidade solidária sob a ótica do município de Palmas.

1. A Saúde como direito fundamental

Os direitos fundamentais são essenciais para o estudo do direito à saúde, uma vez que este surgiu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil como direito fundamental.

Para Bulos (2012) direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social.

Necessário se faz entender a evolução do direito a saúde. No Brasil os direitos fundamentais evoluíram com a Constituição da República Federativa de 1988, que em seu artigo 5º elencou os direitos e garantias fundamentais, inserindo em seu § 2º:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (Brasil,1988).

O direito à saúde foi incluído neste conjunto de regras de direitos fundamentais e dispõe ser a saúde direito de todos e dever do Estado em seu artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Brasil, 1988).

Segundo Sarlet (2007) o direito à saúde é um direito fundamental social que apresenta duas dimensões, quais sejam: 1) defensiva (direito de defesa): leva em consideração o fato de que se a saúde de uma pessoa

pode ser prejudicada, é necessário impedir ingerências por parte do Estado; 2) prestacional (direito à prestação) impõe ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito, determinando que o Estado tenha o dever de garantir para de forma concreta a saúde a todos.

O mesmo autor nesse contexto:

A saúde é um direito social fundamental, ligado, juntamente com outros (assistência social, previdência social e renda mínima), ao direito à garantia de uma existência digna, no âmbito do qual se manifesta de forma mais contundente do seu objeto com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. A vida assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, precondição da própria dignidade da pessoa humana (SARLET, 2007 p. 185).

Sendo assim a saúde é um direito público subjetivo disponível de todos, cabe ao Poder Público criar e programar políticas públicas a fim de garantir redes assistenciais para o acesso universal e igualitário, uma vez que o direito a saúde é um direito fundamental a vida. Oportuno ressaltar, o conceito de política pública afirmado por Maria Paula Dallari Bucci:

Programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito. (BUCCI, 2006 p. 14)

A Lei no 8.080, de 1990 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços, o artigo 4º vem conceituar o Sistema Único de Saúde sendo um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições

públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 198 da Constituição Federal dispõe que o SUS é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, sendo determinada a aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, com vista a assegurar a efetivação do direito à saúde.

Segundo Lessa (2014), o direito à saúde pode ser caracterizado como típico direito-dever fundamental, pois institui a Constituição que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado assegurando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação.

O artigo 196, da Constituição Federal de 1988 aponta de maneira explícita que cabe ao Estado a responsabilidade de garantir o direito à saúde a todos. Ao analisar o referido artigo, Barroso, afirma que:

No referido artigo, encontramos também que o dever do Estado em relação à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Aqui estamos diante de um Estado Interventor, e, também, diante da primazia da ação estatal positiva na defesa do direito à saúde- e jamais da inércia- e conectando-se, essencialmente, à ideia de um direito social da saúde. (BARROSO, 2009, p. 14).

O Sistema Único de saúde é custeado pela sociedade através da arrecadação de impostos. A Lei Complementar (LC) nº 141 trata sobre os valores mínimos do custeio que deve ser realizado pela União, Estados e Município, bem como estabeleceu critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, regulamentando a Emenda Constitucional nº 29 que assegura os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

Para que o SUS possa ser efetivo quanto à integração e à coordenação das ações, visando a tão almejada integralidade da atenção, torna-se imperativo promover a efetiva cooperação entre as três esferas de governo, assentada em bases jurídicas sólidas, que definam claramente os papéis e responsabilidades comuns e específicas de cada ente, que potencializem os recursos financeiros e integrem a formulação de políticas, de planejamento e coordenação e de avaliação do sistema, incluindo os mecanismos de interação e de cogestão para lidar com conflitos, sendo assim irá ser abordado no próximo tópico um breve resumo sobre a Judicialização da saúde.

2. A Judicialização da Saúde

No Brasil, durante a década de 90, o conceito de Judicialização da saúde, surgiu em decorrência das discussões sobre a assistência medicamentosa aos portadores do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

De acordo com Borges (2007) a judicialização, em termos genéricos, é a influência do Poder Judiciário sobre as instituições políticas e sociais, e apesar da grande relevância jurídica, não tem sido, ainda, suficiente para diminuir com a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, pois a judicialização continua sendo um meio do cidadão conseguir a efetivação do direito quando esse não é prestado de forma eficaz.

A Judicialização é um fenômeno de busca por meio da justiça, de medicamentos ou demais tecnologias que os usuários não conseguem obter diretamente no Sistema Único de Saúde em razão do déficit do Estado em garantir esse direito o Poder Judiciário vê-se obrigado a solucionar o litígio entre o cidadão e a Administração Pública. Soares e Deprá (2012), por sua vez, conceitua ser um fenômeno de busca, por meio da Justiça, de medicamentos ou demais tecnologias que os usuários não conseguem obter diretamente no Sistema Único de Saúde (SUS).

O Supremo Tribunal Federal - STF, preocupado com a judicialização da saúde, realizou, em 2009, a Audiência Pública no 04, conhecida como

Audiência da Saúde, a fim de discutir o assunto e tomar decisões sobre algumas questões surgidas com a judicialização da saúde.

O STF, após a realização da Audiência da Saúde, com as informações colhidas nas apresentações e debates, julgou a Suspensão de Tutela Antecipada 175 (STA 175), na qual firmou alguns posicionamentos, dentre eles o de que é possível a intervenção do poder judiciário nas políticas públicas, sem que a intervenção configure ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, e fixou alguns parâmetros a serem observados pelos magistrados no julgamento de demanda judicial de assistência à saúde.

Também o Conselho Nacional de Saúde (CNS), após a audiência pública da saúde, editou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, referente à assistência à saúde, e, posteriormente, a Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

Fato é que a judicialização, na área da saúde pública, tem impactado significativamente sobre a forma de gestão, assistência e planejamento de ações, com reflexos sobre a forma de organização da estrutura administrativa e sobre as questões orçamentárias, nesse sentido será abordado no próximo tópico a Responsabilidade Solidária entre os entes da Federação.

3. A Responsabilidade Solidária entre os entes da federação

Estudar a forma que a judicialização da saúde afeta os municípios é de suma importância, uma vez que o Judiciário, deve observar a divisão organizacional federativa do Sistema Único de Saúde - SUS estabelecida na Lei nº 8.080/1990 e em outras normas do SUS, para não prejudicar o planejamento da gestão e orçamento.

A promoção e preservação da saúde cabem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios conforme preceitua o artigo 23, da Constituição Federal. O artigo 30, inciso VII, por sua vez, confere aos Municípios o dever de prestar serviços de atendimento à saúde, com o auxílio técnico e financeiro da União e do Estado. A CF define um modo de

cooperação entre União, Estados e Municípios, esses devem em comunhão de esforços, incrementar o atendimento à saúde da população, para que haja a responsabilidade solidária entre os entes.

Ao mesmo passo que as decisões proferidas pelos magistrados, visando tutelar o direito dos cidadãos ao acesso integral à saúde, possuem um viés positivo, de garantia do mínimo existencial, a forma como tais decisões vêm impondo obrigações aos municípios, com base no princípio da solidariedade, evidencia seu viés negativo, em particular quanto ao ônus de terem que prestar serviços e fornecer medicamentos de alta complexidade, que são de responsabilidade dos Estados brasileiros.

Para os juízes, em geral, questões relativas ao orçamento público, como a escassez de recursos e a não previsão de gasto, bem como o não pertencimento do medicamento pedido às listas de medicamentos do SUS, não são razões suficientes para se denegar o pedido de um tratamento médico, dado que este encontra respaldo no direito à saúde assegurado pela Constituição Federal.

O fato é que a maioria dos municípios possuem orçamentos menores e infraestrutura e são menos desenvolvidos que estados e União. Isso foi levado em consideração pela distribuição de competências dentro do SUS que, em regra, atribuiu aos municípios ações e serviços de saúde de baixa ou média complexidade - a chamada estrutura federativa do SUS.

Para Barroso (2009) pode-se dizer que, atualmente, observa-se uma proliferação de decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos irrazoáveis.

Não obstante esse fato é consolidado o entendimento no Judiciário brasileiro de que o paciente pode pleitear judicialmente bens e serviços de saúde a qualquer ente da federação-município, estado ou União-, independentemente da divisão de competências, das normas do SUS, ou do custo daquilo que se pede.

O financiamento da saúde é tripartite, cabendo a cada ente aplicar um percentual de suas receitas. Especificamente no caso dos recursos da União vinculados à saúde e depositados no Fundo Nacional de Saúde, sabemos que parte deles deve ser transferida aos estados e municípios, em

conformidade aos critérios previstos no artigo 17 da Lei Complementar 141, de 2012. O rateio dos recursos se funda em três eixos: a) necessidades de saúde municipal e estadual, sob a dimensão demográfica, socioeconômica, geográfica e epidemiológica; b) serviços em rede; e c) avaliação de desempenho.

A atuação do juiz deve estar fundamentada no princípio da igualdade e da reserva orçamentária e não podendo ocupar a espera do Poder Executivo, sob pena de pôr em risco a cláusula pétrea da separação dos poderes.

Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que o invoca sempre que um ente da federação alega não ser de sua responsabilidade, mas de outro ente, o que está sendo requerido judicialmente. Como exemplo desse posicionamento, há muito tempo consolidado no STF, observa-se o trecho transcrito:

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. (Suspensão de Liminar no 228, julg. 14/10/2008, publ. 21/10/2008).

Essa posição, determinando que em matéria de saúde pública a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária (todos podem responder por qualquer demanda judicial em matéria de saúde), encontra-se de tal forma consolidada que tramita no STF a proposta de se criar uma súmula vinculante com o seguinte conteúdo:

A responsabilidade solidária dos Entes Federativos no que concerne ao fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das

Pessoas Jurídicas de Direito Público. (Proposta de Súmula Vinculante nº 4)

A edição de uma súmula vinculante com esse conteúdo significaria vincular oficialmente os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, em quaisquer das esferas da federação, a esse entendimento conforme artigo 103-A da Constituição Federal o que seria especialmente oneroso aos municípios. Estes se veem obrigados a fornecer tratamentos de altíssimo custo e complexidade que, de acordo com a divisão de competências do SUS, deveriam ser fornecidos pelos governos estaduais ou pelo Ministério da Saúde, os quais dispõem de recursos financeiros e previsão orçamentária para tanto.

Não há hierarquia entre os entes federados, o que há é a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo. Os gestores da saúde, no âmbito da União, Estados e Municípios, procedem à divisão administrativa de competência através das chamadas reuniões intergestoras bipartite (Estados e Municípios) e tripartite (União, Estados e Municípios). Nessas reuniões - Comissões Intergestoras - os gestores da saúde discutem, em instância colegiada, a pactuação de aspectos operacionais e de regulamentação das políticas de saúde no âmbito da gestão do Sistema Único de Saúde – SUS, nesse sentido será abordado no capítulo seguinte a responsabilidade solidária sob a ótica do município de Palmas.

4. Responsabilidade Solidária sob a ótica do Município de Palmas

Na análise das crescentes decisões ou sentenças proferidas nas ações ordinárias ou em ações originárias do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins em desfavor do município, que buscam garantir o direito à saúde, verificou-se a necessidade de aperfeiçoar a solução das demandas judiciais relacionadas à saúde, com condutas que resultem em respostas adequadas aos cidadãos, de acordo com os princípios e diretrizes preconizadas legalmente para o SUS, respeitando as competências legais enquanto esfera municipal e a modalidade de gestão pactuada pelo município na adesão ao pacto pela saúde.

Em atenção a Recomendação Nº 31, de 30 de março de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, que recomenda aos Tribunais a adoção de

medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, considerando o elevado número de litígios referentes ao direito à saúde, bem como o forte impacto dos dispêndios sobre os orçamentos públicos, na determinação de tratamentos de alto custo, quando o sistema possui alternativas já experimentadas e eficazes.

Com vistas à sustentabilidade do Sistema único de Saúde, tal proposta justifica-se, em síntese, no dever da política preventiva de judicialização do direito à saúde, para efetivação do direito humano fundamental previsto de forma expressa na Constituição Federal, na interdisciplinaridade intrínseca do tema, a envolver necessariamente diversos campos científicos (de saúde, social e jurídico), bem como no subsídio ao Poder Judiciário Tocantinense, enquanto ente estatal, e demais auxiliar da justiça a agir como guardião do direito constitucional à saúde no âmbito de sua jurisdição.

Uma importante ferramenta de apoio é o Núcleo de Apoio Técnico que foi instituído para subsidiar os Magistrados, Representantes do Ministério Público e Defensoria Pública na formação de juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes nas ações relativas ao SUS - Sistema Único de Saúde.

O Núcleo de Apoio Técnico tem competência de subsidiar os magistrados e demais operadores do direito com informações relacionadas ao Sistema Único de Saúde e emissão de pareceres técnicos, fortalecer o diálogo entre o Poder Executivo, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Instituições de Ensino e Sociedade Civil, realizar estudos, estimular debates e propor medidas de gestão que contribuam para a redução das ações judiciais no âmbito do SUS, bem como para a melhoria da assistência à saúde pública.

Nesse aspecto, torna-se importante a constatação de que as demandas compartilhadas com a esfera estadual (bipartite) não estão de fato sendo realizadas por ambos os entes o que tem onerado a Administração Pública Municipal suscitando a possibilidade de ação de

regresso a fim de compensar os impactos financeiros das demandas que embora possuindo no polo passivo os dois entes acabam por serem executadas exclusivamente pelo município.

Entre essas ações há pleitos de todos os tipos, partindo desde o fornecimento de fraldas descartáveis até a realização de cirurgias de alta complexidade e tratamentos no exterior, algumas vezes até experimentais. O que há em comum entre todas essas ações é que não há a observância de qual o Ente Federativo responsável pela realização do procedimento ou pelo fornecimento do medicamento.

Assim, apesar da existência de políticas públicas voltadas a efetivação do direito à saúde a população, os magistrados estão considerando essas secundárias, determinando que os Entes Públicos cumpram com as obrigações de efetivação do direito à saúde, ainda que não seja de sua alçada e que não possua previsão orçamentária para tal.

CONCLUSÃO

A organização federativa da política de saúde tem paralelo com a noção de divisão de competências entre níveis de governo na federação, princípio esse estendido para a gestão do SUS: União, estados e municípios devem “cooperar”, como prevê a decisão do STF, ou seja, dividir competências, conforme as capacidades financeiras e técnicas de cada esfera de governo.

É de suma importância ressaltar que a cooperação é um dos princípios estruturantes das federações, mas não o único. Dizer que a gestão é compartilhada e que deve haver cooperação não significa que todos os entes devem igualmente ser responsabilizados pela disponibilização de tratamentos e serviços dos mais variados níveis de complexidade e a responsabilidade de cada ente.

Assim sendo, cada Município, mesmo que se encontre em gestão plena, só é obrigado a prestar os serviços a ele atribuídos pela política de saúde do Estado ao qual se encontra vinculado.

O Judiciário, ao adotar as teses de que há responsabilidade solidária dos entes da federação para compor o polo passivo de ações demandando bens e serviços de saúde e de que o acesso a bens de saúde não se restringe àquilo que foi previamente definido em listas públicas, parece estar, indiretamente, redesenhando a política de assistência farmacêutica

do SUS no que tange à distribuição de competências entre os entes federados.

Cumpra ressaltar, que apesar do Município não ser o responsável pela efetividade da obrigação, de acordo com as leis que estabelecem as políticas públicas, tem que dar cumprimento a decisão judicial de qualquer forma, ainda que não possua previsão orçamentária ou recursos financeiros para tal, sendo, muitas vezes, necessário a retirada de recursos de outras áreas ou que eram destinados a prestação dos serviços de saúde a coletividade, para atendimento de um caso concreto.

Deste modo, não há inércia por parte do Poder Público na efetivação do direito à saúde, entretanto a demanda é bastante superior as possibilidades e as finanças, situação que se agrava em decorrência das inúmeras demandas judiciais ajuizadas diariamente e deferidas sem que haja observância das leis, decretos, portarias e resoluções do Ministério da Saúde, bem como das políticas públicas.

Portanto observa-se uma proliferação de demandas judiciais que não são cumpridas por todos os entes da federação, sendo o município responsabilizado pela maior parte dessas, condenando a Administração Pública Municipal ao custeio de tratamentos e ao fornecimento de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas e muitas vezes sem comprovação científica.

Um dos efeitos para administração é o fato de gerar um elevado grau de incerteza ao gestor público, não apenas sobre quanto recurso público precisará disponibilizar para a compra de medicamentos demandados judicialmente, mas também sobre o impacto nas contas públicas e os cortes necessários em outras despesas e políticas.

Com a conclusão deste trabalho foi possível perceber uma proliferação de demandas compartilhadas que não são cumpridas por todos os entes da federação, havendo assim uma necessidade de um diálogo horizontal entre os entes, atentando com os princípios que regem o Sistema Único de Saúde, bem como os princípios da Administração Pública e as pactuações realizadas através das chamadas reuniões intergestoras.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** < [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude - judicializacao - Luis Roberto Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf) > Acesso em: 16 set. 2017.

BORGES, Alice Gonzalez. **Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas.** Revista

Brasileira de Direito Público (RBDP), ano 1, nº 1, abr/jun, 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BORGES, Dandy Jesus. **Responsabilidade constitucional solidária e divisão administrativa de competências dos entes federados no âmbito da saúde pública.** Disponível em: . Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Entes federados têm responsabilidade solidária**

na assistência à saúde, reafirma STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver>

NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287303. Acesso em: 16 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 29, 13 de setembro de 2000. Altera os artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm >. Acesso em: 31 jul. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006. p.14. Disponível em: . Acesso em 22 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 68, de 21-12-2011 São Paulo: Saraiva, 2012. P. 780

CANEDO, Alessandro de Paula. **Vara da fazenda pública especializada na comarca de Palmas: uma forma de aperfeiçoar a prestação jurisdicional relacionada ao direito fundamental à saúde**. Palmas, 2015. 124f. Disponível em: <<https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/125/1/Alessandro%20de%20Paula%20Canedo%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 25 jul. 2017.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8., 1986, Brasília, DF. Anais. Brasília, DF, Ministério da Saúde, 1987.

FARIAS, Dorane Rodrigues. **Judicialização da saúde: aspectos processuais e institucionais na efetivação dos direitos a saúde pública no estado do Tocantins**. Palmas, 2016. 142f. Disponível em: Acesso em 25 jul. 2017.

_____. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 set. 2017.

LESSA, Josiane de Sousa. **A Judicialização do direito a saúde fere o princípio da equidade**. Disponível em: Acesso em 10 de Out 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Norma Operacional Básica do SUS – NOB SUSo1/96**. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/arquivos/file/legislacaodosus.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

RIBEIRO, Patrícia Gomes. **O direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Disponível em: Acesso em: 28 ago. 2017.

SANTOS, Mayara Araujo. **Direito Fundamental à saúde e a responsabilidade solidária entre os entes federativos.** Disponível em: Acesso em: 10 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos**

fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 185

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Direitos fundamentais & justiça. Porto Alegre, 2007. Ano 1, nº 1, p. 171-213, out/dez. 2007 - trimestral. p. 199-200

SILVA, Liliane Coelho da. **Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável:**

Disponível em: Acesso em: 14 mar. 2017.

SOARES, J. C. R. de S.; DEPRÁ, A. S. **Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos.** Physis vol.22 nº.1 Rio de Janeiro 2012. On Line. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312012000100017&script=sci_arttext.> Acesso em: 22 out. 2017.

WANG, Daniel Wei. **Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa.** Disponível em: Acesso em: 12 de Out 2017

NOTAS:

[1] Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT); especialista em Direito Público: Constitucional e Administrativo pela Faculdade de Direito Vale do Rio Doce; orientador deste artigo de conclusão de curso.

FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

PEDRO HENRIQUE PEREIRA CORREA:
Técnico Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo: A natureza jurídica dos princípios e sua posição e importância no ordenamento sempre foram objeto de constantes discussões doutrinárias, especialmente se considerarmos as diferentes correntes filosóficas e os diversos paradigmas de Estado que surgiram desde o século XVII. Com base na análise dessa evolução doutrinária, pretende o presente estudo tecer breves comentários sobre princípios no constitucionalismo contemporâneo, analisar as vantagens e desvantagens do princípio do duplo grau de jurisdição e, além disso, mostrar a aplicação e as peculiaridades da princiologia jurídica no âmbito do direito processual do trabalho.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Processual; Direito Processual do Trabalho; princípios jurídicos; evolução histórica e aplicação na seara trabalhista

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. NATUREZA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS – HISTÓRICO; 3. NATUREZA E IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO; 4. FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS; 5. CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS; 5.1. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL; 5.1.1. PRINCÍPIOS INFORMATIVOS; 5.1.2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS; 5.2. PRINCÍPIOS COMUNS AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO; 5.3. PRINCÍPIOS PECULIARES DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO; 6. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO; 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica constitucional, cujos princípios norteadores como a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, evidenciam uma mudança de paradigma no panorama juspolítico e social do país, culminando com a instauração do modelo do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito visa garantir não somente os direitos individuais e sociais, mas também busca efetivar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesse novo paradigma, o processo é visto sob a ótica do princípio constitucional do acesso à justiça. Destarte, com a constitucionalização do processo, verifica-se uma redefinição dos princípios jurídicos, os quais deixam de ser fontes subsidiárias, posto que assume o papel de normas de introdução ao ordenamento jurídico brasileiro. (LEITE, p.40).

O escopo do presente trabalho é apresentar breves considerações acerca dos princípios jurídicos, abordados como fontes do Direito, em especial aqueles peculiares ao Direito Processual do Trabalho. É mister destacar que será utilizada uma divisão didática apresentada por Carlos Henrique Bezerra Leite, em sua obra Curso de Direito Processual do Trabalho^[1].

2 NATUREZA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS - HISTÓRICO

Para compreender a função e a relevância da normatividade dos princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito, é necessário examinar a natureza dos princípios jurídicos em três fases distintas: jusnaturalismo, positivismo e pós positivismo.

A corrente do jusnaturalismo surge por volta do século XVI, defendendo a existência de um direito natural, isto é, intrínseco à natureza humana, paralelo ao direito posto. Por conseguinte, o direito natural independe da vontade humana e, conseqüentemente, não necessita de normas postas pelo Estado. Nesse contexto, os princípios são vistos como direcionamentos, destituídos de qualquer eficácia normativa, com função meramente informativa, orientando a busca por um ideal de justiça^[2].

A partir dos séculos XIX e XX, especialmente devido ao fenômeno da codificação (reunião e transposição das normas para a forma escrita), inicia-se a fase positivista, cujo maior expoente foi Hans Kelsen. Somente eram consideradas normas aqueles atos imperativos, dotados de coercibilidade e formalmente emanados do Estado com caráter imperativo e força coativa (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.146).

Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, pretende construir um direito com objetividade científica, isolando o Direito da Moral, Sociologia, Psicologia e demais campos da ciência^[3]. Ademais, ele estabelece a distinção entre o domínio do ser e o do dever ser. De acordo com o ilustre jurista alemão, o plano do ser pertence ao mundo natural e obedece ao preceito da causalidade, segundo o qual, uma causa conduz a um efeito (quando A é, B é). Em contrapartida, a esfera do dever ser corresponde às normas, consideradas como atos de vontade destinados a autorizar, prescrever ou permitir condutas consideradas obrigatórias tanto pelos destinatários, quanto por seus criadores e terceiros interessados. Portanto, as normas jurídicas obedecem ao preceito da imputação (se A é, B deve ser), sendo que, ao contrário do que acontece no mundo natural, aquelas permitem determinado níveis de não aplicação ou ineficácia, sem que sejam anuladas^[4].

Sendo assim, não se admitia outras normas além daquelas positivadas. Os positivistas pregavam a completude do sistema de regras postas. Todavia, nem sempre as regras eram capazes de garantir a plenitude do ordenamento. Nesses casos, as normas atribuíam competência aos julgadores para aplicar os princípios. Logo, os princípios tinham uma função meramente secundária, de preenchimento de lacunas da lei e, portanto, não possuíam normatividade.

Partindo do pressuposto de que toda norma posta era válida, o positivismo forneceu um supedâneo legal a diversas políticas autoritárias. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o crescimento da preocupação com os direitos que, posteriormente passariam a ser chamados de direitos sociais e direitos humanos, a humanidade passou a perceber que nem sempre a simples positivação da lei garantir-lhe-ia

legitimidade. Nessa conjuntura, surge o pós positivismo. Ronald Dworkin e Alexy podem ser considerados os maiores expoentes dessa fase.

Em suas obras, Dworkin critica e pretende superar o positivismo jurídico, em especial aquele desenvolvido por Hart, que concebia o direito como um sistema constituído apenas por regras. Essa estrutura, segundo o pós positivista, não é capaz de oferecer soluções aos *hard cases*:

“Quando não há no caso concreto, regra que se aplica a tal no ordenamento jurídico, ou ainda quando há mais de uma regra solucionadora de tal caso, ou então, quando a solução do caso causa extrema estranheza aos costumes e a coletividade, o magistrado então irá se deparar com o um caso difícil (*hard case*), diferente dos casos fáceis (*easy cases*), onde simplesmente com a regra o magistrado soluciona a lide, em tese, pragmática e analiticamente.” [5]

Para Hart, os *hard cases* não possuem uma única solução, visto que devem ser resolvidos por uma decisão discricionária do juiz, pautado, logicamente, pela razoabilidade. Dworkin, por sua vez, atenta para o perigo gerado por essa discricionariedade. Ele sugere que, para encontrar a solução para o caso, o juiz deve seguir a lei e a equidade política, cuja interpretação deve estar em consonância com as mudanças políticas e principiológicas sujeitas ao tempo transcorrido entre a edição da lei e a problematização do caso concreto [6].

Levando tais premissas em consideração, Dworkin propõe uma teoria, segundo a qual a solução dos casos difíceis pressupõe a utilização de outros preceitos jurídicos, como os princípios e as diretrizes políticas. Logo, os princípios também devem ser compreendidos como normas e, diferenciam-se das regras no sentido de que, se duas regras entram em colisão, uma delas não pode ser válida. Os princípios, por sua vez, possuem uma dimensão de peso, posto que, quando dois princípios entram em conflito, um deles deve ser considerado em detrimento do outro que, contudo, não deixa de constituir o sistema jurídico [7].

Robert Alexy é outro jusfilósofo que considera os princípios como espécies de normas. Ele justifica sua posição dizendo que, tanto as regras quanto os princípios dizem respeito ao dever ser (prescrevendo ordens, permissões ou proibições). Os princípios seriam, ainda, mandados de otimização, com caráter *prima facie*, tendo em vista que podem ser cumpridos em diferentes graus e ordenam que algo seja executado na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas do caso em questão. As regras, entretanto, a menos que se tenha estabelecido exceções, são razões definitivas e a aplicação de uma invalida outra que disponha em sentido contrário^[8].

No que concerne aos conflitos, Alexy retoma a ideia de Dworkin, destacando que a colisão entre princípios ocorre numa perspectiva de peso, vez que, diante de um confronto entre dois princípios, deve ser realizada uma ponderação para definir qual dos preceitos possui maior peso no caso concreto, apesar de, abstratamente estarem no mesmo patamar. O conflito entre regras, por sua vez, realiza-se no campo da validade, levando em conta que, quando duas regras chocam-se, uma delas há de ser considerada inválida, exceto se houver exceções estabelecidas^[9].

Todavia, Alexy afirma que não há uma única solução para os *hard cases* (como defendido por Dworkin), posto que há muitas opções de respostas para o caso concreto, devendo a solução basear-se em “teorias morais procedimentais”, as quais que exprimiriam pressupostos necessários à argumentação e à uma solução lógica e coerente^[10].

Por conseguinte, verifica-se que, o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se na fase pós positivista, caracterizada pela constatação da natureza normativa dos princípios e sua positivação ou assimilação tácita, pelo texto constitucional.

3 NATUREZA E IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Os princípios ocupam uma notória e relevante posição no sistema jurídico brasileiro, sendo que sua natureza normativa é inegável.

Todavia, para compreender a importância dos princípios, é necessário entender o significado dessa expressão polissêmica.

Paulo Bonavides, citando o jurista italiano Ricardo Guastini, apresenta seis diferentes conceitos de princípio, todos eles relacionados à natureza normativa:

Em primeiro lugar, o vocábulo “princípio”[...], se refere a normas (ou disposições legislativas que exprimem normas) providas de alto grau de generalidade. Em segundo lugar [...], os juristas usam o vocábulo “princípio” para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação nos casos concretos. Em terceiro lugar [...], os juristas empregam a palavra “princípio” para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter “programático”. Em quarto lugar [...], o uso que os juristas às vezes fazem do termo “princípio” é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição hierárquica das fontes de Direito é muito elevada. Em quinto lugar [...], “os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função ‘importante’ e ‘fundamental’ no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações)”. Em sexto lugar, finalmente [...], os juristas se valem da expressão princípio para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.^[11]

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, compreende princípio como:

“[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”^[12]

Norberto Bobbio não apenas conceitua, como também reafirma o caráter normativo e a importância dos princípios:

"Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que serem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?"^[13]

Destarte, os princípios são considerados normas gerais e, por isso, vinculam, obrigando comportamentos, vedando condutas e auxiliando a interpretação e aplicação de outras normas. Contudo, para melhor compreender o escopo desse trabalho, qual seja, a classificação dos princípios, faz-se mister expor algumas de suas funções mais relevantes.

4 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

O artigo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu caput que: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:” Portanto, verifica-se que os princípios e, em especial aqueles expressa ou tacitamente previstos na Constituição Federal de 1988 exercem importantes funções no ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios constitucionais elementares têm a função de fundamentação, que consiste na estruturação das bases que fundamentam o Direito posto. Celso de Mello explica no trecho supracitado que o princípio é um “mandamento nuclear de um sistema”^[14]. Nesse diapasão, os princípios constitucionais são alicerces do ordenamento jurídico e devem ser observados tanto na edição de novas normas quanto na aplicação das já existentes. Logo, os efeitos das normas dependem de sua consonância com os princípios constitucionais fundamentais.

Carlos Henrique Bezerra Leite evidencia três funções básicas dos princípios constitucionais fundamentais: informativa, interpretativa e normativa^[15]. A **função informativa** vincula o legislador, indicando as diretrizes a serem seguidas na criação das normas jurídicas, “impondo sugestões para a adoção de fórmulas novas ou de regras jurídicas mais atualizadas”. Ao contrário da primeira, a **função interpretativa** destina-se ao aplicador do direito, determinando que os princípios devem ser o ponto de partida para delimitar a compreensão das normas no caso concreto, visto que esses espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Logo, nessa função os princípios funcionam como balizas que norteiam a interpretação do significado e sentido das normas já existentes no ordenamento.

A **função normativa**, também é determinada ao aplicador do direito e, de acordo Bezerra Leite, “decorre da constatação de que os princípios podem ser aplicados tanto de forma direta, na solução dos casos concretos mediante derrogação de uma norma por um princípio, quanto de forma indireta, por meio da integração do sistema nas hipóteses de lacuna”. Logo, nesse caso, depreende-se que os princípios constitucionais, como normas fundantes do ordenamento jurídico, podem derogar outras normas, em especial, regras e cláusulas contratuais, que não estejam de acordo com seus preceitos. Ademais, na hipótese de não haver disposições legais capazes de solucionar o caso concreto, utilizar-se-ão os princípios, como prevê o Código de Processo Civil em seu artigo 126:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.[\[16\]](#)

Bezerra Leite elenca, ainda, outras importantes funções dos princípios constitucionais fundamentais:

- “Ocupam o mais alto posto na escala normativa;
- São fontes primárias do direito (superação da LICC, art 4º, que coloca os princípios gerais na posição de meras fontes subsidiárias nas hipóteses de lacunas do sistema);
- Passam a ser normas de intridção ao ordenamento jurídico brasileiro;
- Em caso de conflito entre princípio (justiça) e regra (lei), preferência para o primeiro;
- Propiciam a atividade criativa (e vinculativa) do juiz, impedindo o dogma da neutralidade e os formalismos legalistas (supremacia dos valores

superiores na interpretação do direito sobre o legalismo restrito);

- Prestigiam a verdadeira segurança jurídica, pois a atividade legislativa e a judicante ficam vinculadas à observância dos princípios constitucionais fundamentais;
- Vinculam todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário): judicialização da política e politização da justiça (Judiciário);
- Estabelecem a função promocional do Ministério Público (defesa do regime democrático e do ordenamento jurídico).”

Sendo assim, é possível concluir que os princípios são normas dotadas de alto grau de abstração e vinculação. Ademais, embasam toda a ordem jurídica vigente, oferecendo os parâmetros tanto para a elaboração quanto interpretação e aplicação das regras, possuindo, ainda, função normativa indireta, na medida em que, ao preencher as possíveis lacunas, mantém a integridade do sistema.

5 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Como explanado anteriormente, os princípios garantem a coesão e integridade do sistema jurídico brasileiro. Para isso, é preciso uma subdivisão dos princípios jurídicos primeiramente em gerais e especiais. Como exemplo, Bezerra Leite aponta que “o direito processual possui seus princípios gerais, e o direito processual civil, que é um de seus ramos, possui princípios especiais. A harmonização do sistema ocorre porque os princípios especiais estão de acordo com os princípios gerais ou funcionam como exceção”^[17].

A abalizada doutrina classifica os princípios em vários outros grupos. Alguns deles serão tratados a seguir.

5.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL

No que concerne a seu campo de abrangência, os Princípios Gerais do Direito Processual são classificados em informativos e fundamentais.

5.1.1 Princípios informativos

Os princípios informativos do Direito Processual são os alicerces que embasam e possibilitam a construção de uma teoria geral do processo. São considerados axiomas, ou seja, diretrizes universais praticamente isentas de conteúdo ideológico e de controvérsias. Logo, prescindem de demonstração e são fundamentados em critérios técnicos e lógicos. São considerados princípios informativos do Direito Processual: princípio lógico; princípio jurídico; princípio político e princípio econômico.

a) **Princípio Lógico:** compreende a necessidade de produção de uma sequência ordenada, de modo que os fatos e formas sejam escolhidos visando a composição justa de um conflito e a descoberta da verdade. É possível perceber esse preceito lógico, na medida em que a interposição do recurso deve ser realizada após a prolação da sentença etc.

b) **Princípio Jurídico:** dispõe que o processo deve desenvolver-se de acordo com as disposições legais, sob pena de ocorrência de surpresas que inviabilizem uma decisão justa. Por exemplo, o rol de testemunhas deve ser apresentado antes da audiência em que serão ouvidas.

c) **Princípio Político:** objetiva a conformação das regras de acordo com o sistema político adotado pelo ordenamento, devendo o juiz zelar pela completude e integridade do sistema e, para isso, deve sentenciar mesmo nos casos em que haja lacunas.

d) **Princípio Econômico:** consiste no dever de possibilitar acesso à Justiça pelos hipossuficientes, com o menor dispêndio de recursos possíveis.

5.1.2 Princípios Fundamentais

Os princípios fundamentais do processo são aqueles que prevêm condutas, considerando aspectos políticos e ideológicos, razão pela qual, ao contrário dos princípios anteriormente elencados, dependem do sistema que os adota e estão sujeitos a controvérsias.

a) **Princípio da Igualdade ou Isonomia:** esse princípio está previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988^[18]. A igualdade deve ser observada tanto em seu aspecto formal quanto material. Nem sempre o estabelecimento das mesmas condições a ambas as partes de um processo significa promover a igualdade, que deve ser entendida também em seu âmbito substancial. Ou seja, o processo deve tentar suprir as desigualdades naturais entre as partes, garantindo equilíbrio nas condições, de forma que os pares sejam tratados como seus pares e os desiguais tenham tratamento adequado, de acordo com suas desigualdades. O próprio sistema prevê exceções a esse princípio, como as prerrogativas especiais de dilação do prazo para o Ministério Público, Defensoria Pública e Fazenda Pública, entre outros. Essas prerrogativas têm como pressuposto a complexidade e burocracia desses entes, os quais necessitam um tempo maior para atender ao interesse público.

b) **Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa:** está previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988^[19]. Rinaldo de Souza Mouzalas e Silva esclarece o significado e a importância do contraditório:

“o contraditório é tão importante para o processo que chega a fazer parte do seu conceito, de modo que, na doutrina, afirma-se que, em regra, não existe processo onde não há contraditório.

(...)

[O princípio do contraditório] trata-se de ciência dos atos e termos processuais com a consequente faculdade de falar sobre eles de modo que possa, efetivamente, influenciar o órgão julgador nas suas decisões. É através da aplicação deste preceito, com a consequente participação dos interessados no

processo, que se alcança a legitimidade da prestação da tutela jurisdicional.”[\[20\]](#)

A tutela jurisdicional deve ser prestada, objetivando uma solução justa. A decisão proferida só terá legitimidade se o contraditório foi respeitado.

O Princípio da Ampla Defesa também está constitucionalmente previsto no art. 5º, LV e complementa o princípio do contraditório, na medida em que dispõe que às partes de um processo deve ser assegurado todos os meios processuais previstos e possíveis.

c) **Princípio da Imparcialidade do Juiz:** O juiz, assim como os demais seres humanos, é influenciado pelo meio, possui seus próprios conceitos e juízos de valor. Entretanto, de acordo com esse princípio, no exercício da Jurisdição, o juiz deve despir-se das tendências ou ideologias que possam favorecer ou prejudicar uma das partes, garantindo assim, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa.

Na tentativa de efetivar esse princípio, a Constituição traz em seu texto legal garantias especiais aos magistrados, que são descritas no art. 95. Ademais, a fim de evitar decisões discricionárias e, ao mesmo tempo, resguardar o princípio da imparcialidade do juiz, a Lei Maior prevê em seu art. 93, IX, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais.

d) **Princípio da Motivação das Decisões:** conforme explanado acima, o art.93, IX da CRFB/88 prevê a obrigação do juiz de fundamentar suas decisões, considerado outro princípio derivado desse preceito. A necessidade de motivação pretende impedir que o juiz decida de forma autoritária e discricionária, como os julgadores da Inquisição e constitui uma garantia do cidadão. Outro princípio que decorre dessa norma é o da publicidade dos julgamentos (respeitadas as exceções previstas).

e) **Princípio do Devido Processo Legal:** previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/88 , esse princípio é considerado por muitos doutrinadores como o alicerce que embasa todos os outros princípios. Rinaldo de Souza Mouzalas e Silva explica:

Pode-se dizer que o princípio do devido processo legal é o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual, e do outro, legitimam a própria função jurisdicional.

Existem duas facetas do princípio: a formal (procedural due process ou devido processo legal em sentido processual) e a material (substantive due process ou devido processo legal em sentido material).

No sentido formal, o princípio determina que o processo seja justo, público, orientado por normas pré-estabelecidas e com atuação imparcial daquele que representa o Estado na função judicante. Determina também que a tutela jurisdicional prestada por meio do processo seja acessível a todos, sendo capaz de proteger todos os interesses apresentados e possíveis de alcançar.

Já o sentido material do devido processo legal tem maior abrangência do que o formal. Manifesta-se em todos os ramos do direito (civil, administrativo, tributário, penal etc). Deve ser visto como uma garantia que todo cidadão tem de que normas estatais, além de respeitarem o trinômio vida, liberdade e propriedade, sejam elaboradas com justiça, razoabilidade e racionalidade^[21].

Por conseguinte, esse princípio, tanto em sua acepção formal, quanto no âmbito material, configura-se como uma garantia ao cidadão de que há um procedimento previsto em lei, que será seguido pelo aplicador do Direito e, possivelmente, levará a uma sentença justa para o caso controvertido.

f) **Princípio do Juiz Natural:** esse princípio está consagrado no art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB/88. Ele determina que apenas o juiz é investido de função jurisdicional, não sendo possível que outro órgão realize julgamentos. Além disso, esse princípio garante que a pessoa

seja julgada por um tribunal previamente estabelecido, vedando os tribunais de exceção ou ad hoc. Urge ressaltar que as Justiças especiais já estão previamente estabelecidas pela própria Constituição.

g) **Princípio do Promotor Natural:** esse princípio é uma garantia constitucional do cidadão, eis que garante que, nos vários processos em que o Ministério Público atua, nada nem ninguém poderá escolher o promotor que atuará em determinada causa.

Diego Pereira Machado afirma que há controvérsias quanto à existência desse princípio:

Quanto ao princípio do promotor natural e o entendimento do STF, há divergências doutrinárias. Uma corrente: o STF "por maioria de votos, refutara a tese de sua existência (HC 67759/RJ, DJU de 1º.7.93) no ordenamento jurídico brasileiro, orientação essa confirmada, posteriormente, na apreciação do HC 84468/ES (DJU de 20.2.2006)". Já outros, como Nelson Nery Junior, entende que o STF de forma expressa aceita o princípio do promotor natural. Esta última é nossa posição, conforme julgados que seguem[22].

Entretanto, a doutrina majoritária, entre ela, Bezerra Leite, afirma que esse princípio existe e pode ser deduzido a partir de uma interpretação sistêmica da Constituição, especialmente dos art. 5º, XXXV e LIII, art. 128, § 5º, I, b, e art. 129, I, da CRFB/88.

h) **Princípio do Duplo Grau de Jurisdição:** em virtude do destaque que as autoras darão ao referido princípio, quando de sua exposição oral, será abordado em tópico separado adiante.

i) **Princípio do Acesso Individual e Coletivo à Justiça:** esse princípio também é denominado como Inafastabilidade do Controle Jurisdicional ou Ubiquidade ou Indeclinabilidade da Jurisdição. Esse preceito é expresso no art. 5º, XXXV, da CRFB/88 e constitui a garantia de que a pessoa que foi lesada em seus direitos ou está na

eminência de ser, tenha acesso total e sem restrição ao Poder Judiciário, além de ter garantida a efetiva prestação jurisdicional.

O direito de acesso irrestrito à Jurisdição vale tanto para os órgãos legisladores, que não podem promulgar leis restringido esse direito, quanto para o aplicador, que não pode se recusar a dar uma solução para o caso, fornecendo uma resposta efetiva ao caso.

Esse princípio, juntamente com o princípio do devido processo legal viabilizam o amplo acesso à Justiça, que pode ser feito de forma individual (disciplinado basicamente pelo CPC) ou de forma coletiva (de acordo com o que dispõe a Constituição, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o CPC, entre outros).

j) **Princípio da Razoabilidade da Duração do Processo:** essa norma está prevista no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88 e foi incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Diego Pereira Machado assim conceitua:

É princípio-garantia diretamente relacionado à ideia do devido processo legal. Garante a todos, no âmbito judicial (e administrativo), o direito a um processo célere, mas com duração admissível, a qual seja capaz de satisfazer e reparar efetivamente os interesses perseguidos, sem, ao mesmo tempo, prejudicar garantias que assistem aos sujeitos do processo^[23].

Esse princípio pretende garantir a efetividade da norma, afinal, o sistema judiciário brasileiro é caracterizado pela burocracia e morosidade. É necessário que todos os esforços sejam voltados para a satisfação das pretensões em um lapso de tempo razoável, tendo em vista que, se assim não o for, não haverá justiça e o processo torna-se um excelente incentivo ao não cumprimento da lei.

k) **Princípio da Cooperação ou Colaboração:** o Estado Democrático de Direito preocupa-se, sobretudo, em promover a defesa dos direitos fundamentais e garantir o efetivo respeito e implemento dos direitos constitucionalmente postos. Logo, de acordo com o

princípio da cooperação, o juiz deve assumir um papel de agente-colaborador do processo, o que gera para o magistrado os deveres de esclarecer, consultar e de prevenir, dando orientações às partes quando necessário.

l) Princípio do Ativismo Judicial: prevê a adoção de uma postura proativa do Poder Judiciário. Nesse sentido, o juiz deve atuar em busca de um direito judicial menos submisso às leis ou às convenções conceituais, construindo suas decisões de acordo com o contexto. Em vez de esperar declarações ou atitudes dos legisladores acerca de ocorrências não previstas legalmente, usando critérios rígidos para declaração de inconstitucionalidades de leis e atos normativos, de acordo com o princípio do ativismo judicial, o juiz pode e deve intervir na definição de políticas públicas e fazer uso da hermenêutica jurídica para afirmação de novos direitos.

Em discurso proferido em 29/04/2009, por ocasião do transcurso do primeiro ano de mandato do Ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello asseverou:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor

Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (...) De outro lado, Senhor Presidente, a crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional, como o revelam as inúmeras ações diretas, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais ajuizadas pelo Presidente da República, pelos Governadores de Estado e pelos partidos políticos, agora incorporados à “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, o que atribui –

considerada essa visão pluralística do processo de controle de constitucionalidade – ampla legitimidade democrática aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive naqueles casos em que esta Suprema Corte, regularmente provocada por grupos parlamentares minoritários, a estes reconheceu – pelo fato de o direito das minorias compor o próprio estatuto do regime democrático – o direito de investigação mediante comissões parlamentares de inquérito, tanto quanto proclamou, em respeito à vontade soberana dos cidadãos, o dever de fidelidade partidária dos parlamentares eleitos, assim impedindo a deformação do modelo de representação popular. (...) É imperioso assinalar, em face da alta missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico- -constitucionais eventualmente praticados por qualquer instância de poder – mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos – não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por meros juízos de conveniência ou de oportunidade, não importando o grau hierárquico do agente público ou a fonte institucional de que tenha emanado o ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado[24].

As correntes contrárias ao ativismo judicial alegam falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para, através de suas decisões, contrariarem atos emanados dos representantes eleitos pelo povo. Além disso, afirmam que os critérios utilizados pelo Poder Judiciário são demasiadamente subjetivos, possibilitando decisões diversas e, por vezes, discricionárias.

Contudo, conforme exemplificado acima, apesar de muitos juristas afirmarem que o ativismo judicial rompe a cláusula pétrea de separação dos poderes, criando um “super Poder Judiciário”, o entendimento do STF está de acordo com a doutrina mais moderna, segundo a qual, a separação entre os poderes não é estanque, sobrevivendo uma flexibilização. Ademais, para os defensores desse princípio, uma atuação mais incisiva do Judiciário é imprescindível para a consagração dos direitos constitucionalmente previstos e também, é mister para a concretização do Estado Democrático de Direito.

5.2 PRINCÍPIOS COMUNS AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Conforme disposto anteriormente, os princípios fornecem as bases que alicerçam o sistema jurídico brasileiro. Nesse tópico serão abordados aqueles princípios comuns ao Direito Processual Civil e Trabalhista.

a) **Princípio Dispositivo ou da Demanda:** também chamado de princípio da demanda ou da inércia da jurisdição, essa norma é um consectário da livre-iniciativa. De acordo com ele, cabe à pessoa lesionada ou cujo direito encontra-se ameaçado provocar o Judiciário.

Esse princípio é previsto no art. 2º do CPC. Todavia, nos casos em que se tratar de direito cuja natureza é indisponível, o Poder Judiciário poderá agir, mesmo que não tenha sido instigado pela parte lesionada. No processo do trabalho também há algumas exceções ao princípio: reclamação trabalhista instalada de ofício oriundo da Delegacia Regional do Trabalho (art.39, CLT), execução promovida “ex officio” pelo juiz (art. 878, CLT) e instauração da instância pelo juiz presidente do Tribunal, nos casos de greve (art. 856, CLT). (copiei da Carline)

b) **Princípio Inquisitivo ou do Impulso Oficial:** está previsto expressamente nos art. 262, CPC e art.765, CLT. Consoante essa norma, após o ajuizamento da ação, ao juiz cabe a prestação da jurisdição, sendo conferido a ele não apenas o papel de mero expectador do processo. O juiz passa a fazer parte do processo,

podendo, a partir daí, atuar ex officio, isto é, sem que as partes tenham solicitado, nas hipóteses previstas em lei. Uma característica singular do processo trabalhista é a possibilidade do juiz promover a execução ex officio, conforme preconiza o art. 878, caput, da CLT, que diz: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”. Demais exemplos dessas atuações são exatamente as exceções expostas no princípio anterior

c) **Princípio da Instrumentalidade:** está consagrado nos arts. 154 e 244, ambos do CPC. É aplicável ao Direito Processual do Trabalho graças ao art. 796, CLT.

O princípio da instrumentalidade dispõe que o processo não passa de um conjunto de atos concatenados que visam a concretização do direito material. Logo, nos casos em que o ato realizado não obedeceu à forma prescrita, o juiz considerará válido o ato, se esse tiver alcançado a finalidade e não incorrer em nenhuma das nulidades previstas.

d) **Princípio da Impugnação Especificada:** previsto no art. 302, CPC, dispõe que os pontos narrados e defendidos na petição inicial devem ser impugnados especificadamente e não de forma geral, sob pena de se considerarem verdadeiros os fatos não contestados. O próprio artigo supracitado determina as situações excepcionais.

Parte da doutrina acredita que tal preceito não seria aplicado no processo do trabalho, visto que nesse ramo do Direito é permitido o jus postulandi (art. 791, CLT). Entretanto, outra corrente, de qual faz parte Bezerra Leite, admite a aplicação subsidiária desse princípio, por não ser incompatível com a princiologia processualística processual.

e) **Princípio da Estabilidade da Lide:** no processo civil, uma vez proposta a ação, o autor poderá modificar o pedido em duas situações: antes da citação do réu, a modificação pode ser a qualquer hora; após a citação, só é possível com a anuência do réu. Ressalta-se que, após o despacho saneador, não é permitido nenhum aditamento à petição inicial. Logo, esse princípio é dividido em duas acepções: objetiva e

subjetiva. Aquela está inserida no art. 264 do CPC. O aspecto subjetivo, por sua vez, está disposto no art. 41 do CPC .

Em relação ao processo do trabalho, diante da não existência do despacho saneador e, levando em consideração o princípio da proteção, caso haja necessidade de modificação da petição inicial, deverá o juiz designar nova audiência para que o réu possa adequar a contestação, a menos que tal aditamento não traga prejuízo para a defesa.

f) **Princípio da Eventualidade:** esse princípio dispõe que as partes devem alegar toda a matéria de defesa ou de seu interesse em oportunidade própria definida em lei. Encontra-se previsto no art. 300 do CPC.

Assim como ocorre com o princípio da impugnação especificada, parte dos doutrinadores acredita que esse preceito não é aplicável ao processo do trabalho. Todavia, apesar da CLT ser omissa quanto ao princípio em comento (art.769, CLT), é possível utilizar o mesmo em um processo trabalhista, “[...] sendo prudente, porém, ao magistrado trabalhista que alerte às partes para que produzam suas razões de defesa no momento oportuno”

g) **Princípio da Preclusão:** no Processo Civil, pode ser localizado no art.473 e no art. 245 do CPC . Já no Trabalhista, o princípio em comento encontra lastro nos arts.795 e 879, §§2º e 3º.

De acordo com Renato Saraiva:

“Preclusão é a perda da possibilidade da prática de um ato processual seja pelo seu não-exercício ao momento oportuno, seja pela total incompatibilidade entre o ato realizado e o posterior, ou mesmo seja pelo fato de o ato já ter sido validamente praticado”[\[25\]](#).

Logo, verifica-se que o processo é formado por vários atos processuais, os quais possuem um momento certo para serem realizados. Passado esse momento, ocorre a preclusão, exceto em hipóteses descritas em lei, nas quais o juiz pode permitir a reabertura de uma fase já concluída.

A preclusão pode ser classificada em consumativa, temporal, lógica, ordinatória, máxima e pro iudicato. A Preclusão Consumativa dispõe que, uma vez praticado e consumado o ato, ele não poderá ser realizado novamente. A Preclusão Temporal é aquela que ocorre quando a parte não realiza um ato processual no momento oportuno, sendo vedada sua prática em prazo posterior. A Preclusão Lógica diz respeito ao ato praticado pela parte de forma incompatível ao comportamento adotado anteriormente, ofendendo a lógica comportamental de uma das partes. A Preclusão Ordinatória prevê que um ato ou faculdade não será passível de realização se for precedido de um exercício irregular de um ato que o antecede. A Preclusão Máxima, também conhecida como coisa julgada, consiste na proibição de rediscussão de um caso já transitado em julgado. Está expresso no art. 836 da CLT. A Preclusão pro iudicato, por sua vez, refere-se à proibição do juiz de conhecer questões já decididas, salvo nos casos de embargos de declaração e ação rescisória, como prevê o art. 836 da CLT.

h) **Princípio da Economia Processual:** diz respeito à tentativa de obtenção da prestação jurisdicional com o máximo de resultado e o mínimo de esforço, sem que a justiça seja colocada em xeque.

i) **Princípio da Perpetuatio Jurisdictionis:** está previsto no art. 87, CPC, apesar de ser relativizado nos domínios dos processos coletivos, a exemplo do art. 98 §2º, I, do CDC. Esse preceito dispõe que a competência é fixada no momento do ajuizamento da ação, não podendo ser modificada, salvo quando órgãos forem suprimidos ou houver alteração da competência em razão de matéria ou hierarquia.

j) **Princípio do Ônus da Prova:** Nos termos do art. 333, CPC, e art. 818, CLT. Todavia, caso o juiz verifique a hipossuficiência da parte, especialmente no que se refere à possibilidade e adequação da produção de provas, ele poderá inverter o ônus da prova, isto é, principalmente no Direito Processual do Trabalho, esse princípio é relativizado quando há dificuldade para o trabalhador de provar o que alega.

k) **Princípio da Oralidade:** o processo normalmente civil normalmente desenvolve-se de forma escrita. Contudo, verifica-se que a discussão oral da causa confere não só eficácia, como também efetividade à prestação jurisdicional. Embora não esteja expressa no CPC ou na CLT, essa norma exterioriza-se através de outros princípios: I- imediatidade; II identidade física do juiz; III princípio da concentração e IV irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

I- Princípio da Imediatidade ou da Imediação: encontra base legal nos art. 342, 440 e 446, II, do CPC. E art. 820, CLT. Esse preceito determina que para uma melhor prestação jurisdicional, deve haver contato direto do juiz com as partes, prova testemunhal, pericial e terceiros.

II- Princípio da Identidade Física do Juiz: previsto no art. 132, do CPC , que versa sobre a necessidade de que o juiz que conclua a audiência seja o mesmo que profira a sentença, salvo as exceções legalmente determinadas. Segundo a jurisprudência majoritária, não vem sendo aplicado ao processo do trabalho. Entretanto, o TST editou a Resolução 182/2012, cancelando a Súmula 136 . Sendo assim, verifica-se que esse princípio também é aplicável nas Varas do Trabalho.

III- Princípio da Concentração: consiste na concentração, em uma audiência uma, de vários princípios procedimentais destinados a regulamentar e orientar a apuração de provas e a decisão judicial. Encontra previsão nos art. 331 e 450 do CPC e art. 849 e 852-C, da CLT.

IV- Princípio da Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias: no direito processual civil encontra fundamento nos art. 522, caput e 497, segunda parte, do CPC, dispondo no sentido de que as impugnações das decisões interlocutórias não podem paralisar o curso do processo. No Direito Processual do Trabalho, por sua vez, consiste na previsão de que a apreciação das impugnações contrárias às decisões interlocutórias somente serão admitidas em recursos interpostos contra sentença ou acórdão definitivo, conforme redação do art 893, §1º, da CLT.

l) Princípio da Lealdade Processual: decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, consectário do Estado Democrático de Direito Brasileiro, esse princípio pretende impor aos litigantes uma conduta ética e de respeito mútuo, de forma que a prestação jurisdicional seja prestada garantindo a paz social e a justa composição da lide, conforme art. 16, 17 e 18 do CPC.

5.3 PRINCÍPIOS PECULIARES DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O Direito Processual Civil é uma fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho, conforme anteriormente explanado. Contudo, este é um ramo específico do Direito e, por conseguinte, possui seus próprios princípios.

a) **Princípio da Proteção:** as regras do Direito do Trabalho são interpretadas favoravelmente ao empregado, nos casos de dúvida (Art. 844 e 899, §4º, CLT) . Isso se dá devido ao fato de que o empregado é parte economicamente mais frágil e não possui a mesma capacidade de produção de prova e defesa do empregador. Logo, partindo do pressuposto que o Processo do Trabalho é um instrumento para a concretização do direito material, tal se dá sob o aspecto do direito instrumental.

O princípio da proteção é o princípio fundamental do Direito Processual do Trabalho. Ele provém do princípio da igualdade, na medida em que tem como escopo igualar as condições materialmente diferentes e, para isso, deve proteger o empregado, parte hipossuficiente da relação de emprego.

Adão Rogerio Soares de Medeiros demonstra a aplicação desse princípio, através dos exemplos abaixo:

a)A gratuidade de justiça, via de regra, é concedida apenas ao empregado, conforme art. 790, §§ 1º e 3º da CLT.

b)O comparecimento à audiência é tratado de forma diferenciada pela CLT em seu art. 844. Se a

ausência for do demandante (autor) a ação trabalhista será arquivada, o que proporciona ao autor, normalmente o empregado, a oportunidade de ajuizar uma nova ação perante a justiça especializada. Já a ausência do demandado, normalmente o empregador, importará em revelia, além de confissão quanto a matéria de fato.

c) Nos casos de recursos, o depósito recursal é exigido apenas do empregador, quando este for o recorrente, conforme art. 899, § 4º da CLT.

Desse modo, vislumbramos na seara processual trabalhista, tratamento diferenciando entre empregado (parte, via de regra, hipossuficiente) e empregador, fazendo justiça ao tratar pessoas desiguais de forma desigual, visando, num primeiro momento, proteger aquele que é o menos capaz economicamente, o empregado[26].

Destarte, o princípio da proteção no Direito Processual do Trabalho decorre do princípio da instrumentalidade do processo, bem como do princípio da isonomia, na medida em que, assim como ocorre no Direito do Trabalho, a parte hipossuficiente da relação de emprego é favorecida.

b) **Princípio da Finalidade Social:** decorre da previsão do art. 5º da LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige, e às exigências do bem comum”. social. Bezerra Leite enfatiza que:

“A diferença básica entre o princípio da proteção, acima referido, e o princípio da finalidade social é que, no primeiro, a própria lei confere a desigualdade no plano processual; no segundo, permite-se que o juiz tenha uma atuação mais ativa, na medida em que auxilia o trabalhador, em busca de uma solução justa, até chegar o momento de proferir a sentença[27].”

Verifica-se que esta é uma das faces do ativismo judicial em que o juiz assume uma posição ativa, em prol de uma solução mais justa.

c) **Princípio da Busca da Verdade Real:** é uma vertente do Princípio da Primazia da verdade, previsto no art.765 da CLT, sendo no Direito do Trabalho os fatos mais importantes do que os documentos, pois muitas vezes o empregado assina documentos sem saber o que está assinando, ou por medo de ser demitido.

Kênia Stephane Cardozo Silva salienta:

Os doutrinadores destacam como aspectos que legitimam o princípio da primazia da realidade, os seguintes fatores: primeiro que durante a relação de trabalho, dada sua condição de subordinação e dependência, o trabalhador não pode opor-se à formalização de alterações contratuais e práticas que, não raro, lhe são lesivas. Exemplo é a proibição de anotação em cartão de ponto do horário efetivamente trabalhado; segundo é bastante comum verificar alterações nas condições de trabalho pactuadas (através de contrato escrito) ao longo do tempo, alterações estas que, salvo raras exceções, não são incorporadas formalmente ao contrato de trabalho e; por fim, conforme a legislação os contratos de trabalho podem ser escritos ou verbais. Evidente que nos verbais o contrato só assume condição de efetiva existência com o decorrer do tempo, ditado pelas práticas estabelecidas entre os sujeitos da relação de trabalho[28].

Muito mais do que a verdade formal perseguida pelo direito processual civil, no processo do trabalho, busca-se perquirir o que realmente ocorreu na relação trabalhista, em detrimento das provas documentais, tendo em vista que o empregado é parte hipossuficiente e deve ser protegido.

d) **Princípio da Indisponibilidade:** existe um considerável número de normas de ordem pública no direito material do trabalho.

Portanto, observa-se que existe um interesse social além da vontade dos próprios sujeitos processuais. Assim, o processo do trabalho tem por objetivo o efetivo cumprimento dos direitos indisponíveis do trabalhador, tendo em vista a hipossuficiência econômica do empregado na relação de emprego.

e) **Princípio da Conciliação:** não é um princípio exclusivo do direito processual. Porém, é nesse ramo que ele evidencia-se. Os art. 831, 846 e 850 da CLT prevêm que o juiz deve tentar a conciliação entre as partes. Um acordo entre as partes é a forma mais democrática de por fim ao processo, visto que é a opção mais econômica, célere e efetiva, sem que haja fundamental prejuízo ao direito da parte.

f) **Princípio da Normatização Coletiva:** o art. 114, §2º da CF/88 autoriza a Justiça do Trabalho a criar normas e condições gerais abstratas, prolatando decisões com efeito além das partes (ultra partes). Isto é, a decisão proferida pelo juiz num dissídio coletivo ajuizado por um sindicato surtirá efeito em todos os contratos individuais, dos quais os trabalhadores integrantes do sindicato autor façam parte.

6 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de a decisão ser reapreciada por outro órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior àquele que a proferiu. Na lição de Elio Fazzalari^[29], o nome “grau” refere-se a uma fase do processo que conduz a uma nova cognição e a uma nova pronúncia.

O fato de inexistir enunciado normativo com conteúdo linguístico referente ao duplo grau de jurisdição, no corpo da Constituição Federal de 1988, divide a doutrina e a jurisprudência quanto à sua natureza jurídica no sistema brasileiro.

As principais teses em defesa da natureza jurídica constitucional do duplo grau de jurisdição buscam a sua fundamentação no art. 5º, incisos LIV e LV da CF/88, na noção de Estado de Direito, na organização do Poder Judiciário e nos tratados internacionais.

Alguns doutrinadores defendem que a expressão “recursos” utilizada pelo legislador, no art. 5º, LV, da CF/88, deve ser interpretada de forma ampla, compreendendo a possibilidade de impugnação das decisões como maneira de controle social e interno da atividade jurisdicional, sendo elemento indissociável do Estado de Direito. A extensão deste entendimento se revela na defesa de que o duplo grau de jurisdição está inserido no conceito de devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV da mesma constituição.

Fredie Didier e Leonardo Cunha^[30] asseveram que, da maneira como a Constituição organizou o Poder Judiciário, estabelecendo como atividade preponderante dos tribunais a revisão das decisões dos órgãos jurisdicionais de grau inferior, acaba por estabelecer o princípio do duplo grau de jurisdição.

Além de vislumbrar o duplo grau de jurisdição na interpretação sistemática da Constituição (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV), acrescenta-se que esse direito fundamental material foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, que prevê expressamente, no art. 8º, “h”, “o direito de recorrer da sentença para Tribunal Superior”. Através do art. 5º, §2º, da CF/88^[31], o duplo grau de jurisdição deve ser considerado verdadeiro direito fundamental.

Em âmbito jurisprudencial, surgiu o entendimento de que a garantia do devido processo legal engloba o direito à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, tendo em vista que o acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais, comungando o entendimento doutrinário quanto à aplicação dos dispositivos do Pacto de San José da Costa Rica, por força do art. 5º, §2º da CF.

Traçados os posicionamentos favoráveis à existência, ainda que implícita, do duplo grau de jurisdição na Constituição brasileira, passemos à análise das opiniões divergentes.

Alguns doutrinadores refutam os argumentos acima expostos para defender que o duplo grau de jurisdição, diferente da previsão feita pela Carta de 1824, não foi consagrado na Constituição Federal de 1988 pelo legislador originário.

Nesta esteira, Marinoni contrapõe a tese de interpretação ampla do art. 5º, LVII da CF/88, argumentando que os “recursos” aos quais se refere são tão somente os instrumentos de exercício da ampla defesa, tendo em vista que a legislação infraconstitucional pode deixar de prever a revisão do julgado por um órgão superior.^[32] No mesmo sentido, Teixeira Filho alega que “o vocábulo recursos não foi utilizado pelo constituinte no seu sentido técnico e estrito, como meio de impugnação aos provimentos jurisdicionais e sim como significante, genérico, do complexo de medidas e meios necessários para a garantia da ampla defesa, da qual o contraditório constitui espécie”^[33].

Quanto à tese de que o duplo grau seria derivação da organização constitucional do Poder Judiciário, Alexandre de Moraes argumenta que a constituição dispõe efetivamente sobre os juízes e Tribunais e prevê a existência de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), mas disso não se extrai a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição^[34].

Em relação ao reconhecimento da natureza jurídica constitucional do princípio em comento, baseada na ratificação do Pacto de San José da Costa Rica pelo Brasil, a jurisprudência do STF demonstrou sua cisão no clássico acórdão RHC nº 79.785/RJ, no qual o Ministro Sepúlveda Pertence defendeu que o duplo grau não poderia ser erigido a princípio ou garantia na Constituição de 1988 porque as previsões do julgamento de única instância ordinária pelo STF, previstas no art. 102, I, desnaturam a eficácia instrumental que lhe é atribuída através de seus fundamentos: reexame da matéria por órgão diverso e hierarquicamente superior. Por esta razão, entende que o art. 8º, 2, “h”, do Pacto de San José da Costa Rica, deve ser recepcionado *cun granus salis*, em respeito aos limites recursais estabelecidos pela própria Constituição^[35]. Este posicionamento foi ratificado em julgamento posterior, com a declaração de que “não há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia

constitucional do duplo grau de jurisdição, devendo prevalecer a Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais”[36]. Importa constar que, muito embora este seja o posicionamento dominante no STF, a matéria não está pacificada.

A constitucionalidade do duplo grau de jurisdição pressupõe, em primeiro lugar, a análise da concepção de norma constitucional e da interpretação de direitos fundamentais. O duplo grau de jurisdição deve ser buscado na norma e não, simplesmente, no enunciado normativo. O enunciado normativo é a forma linguística de expressão da norma; a norma, por sua vez, é o significado do enunciado normativo, o seu sentido deôntico.

O enunciado do art. 5º, LIV da CF/88, que prevê o devido processo legal comporta uma norma com dois sentidos semânticos: um procedimental (*procedural due process of Law*) e outro substantivo (*substantive due process of Law*). Em sentido formal ou procedimental, o devido processo legal remonta ao direito de acesso à justiça, através da abertura regular de um processo como condição para a restrição de direitos fundamentais. A dimensão substantiva ou material é comparada à ideia de razoabilidade, como forma de impor justiça nas decisões restritivas de direitos fundamentais.

Com efeito, a mera abertura formal de um processo é insuficiente para a tutela dos direitos e liberdades fundamentais, é indispensável que as decisões proferidas primem pelo sentimento de justiça, de equilíbrio, de adequação, de necessidade e proporcionalidade em face do fim que se deseja proteger.

Deste modo, faz todo sentido a decisão proferida pelo Ministro do STF, Ricardo Lewandowski[37], ao considerar que o princípio do duplo grau de jurisdição é garantia decorrente do devido processo legal, incorporado ao sistema pátrio dos direitos e garantias fundamentais, mitigando a jurisprudência da própria Corte, que não vislumbra a natureza constitucional daquele princípio.

O reconhecimento constitucional do duplo grau de jurisdição exige mais do que a interpretação da lei; exige, sobretudo, a interpretação sistemática da Constituição, em observância aos princípios da máxima efetividade e da unidade. O intérprete deve extrair da norma toda a sua potencialidade, com a realização não só do que explicitamente ostentam os seus preceitos, mas, principalmente, no que implicitamente deles resulta, o que reforça a interpretação do devido processo legal para além da construção sintática utilizada em seu enunciado. Do mesmo modo, deve-se buscar a unidade e harmonia de sentido na inter-relação das normas constitucionais, com a interpretação coerente e articulada do seu conjunto, o que dá sentido à defesa de existência do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição baseada nas normas de organização do Poder Judiciário.

De fato, da maneira como organizou e estabeleceu a atividade dos Tribunais, precipuamente no julgamento de recursos de órgãos hierarquicamente inferiores, a Constituição estabeleceu opção pelo duplo grau de jurisdição. É o caso, por exemplo, da competência atribuída ao STF de julgar ordinariamente os recursos de habeas corpus, habeas data, mandados de segurança e de injunção e os crimes políticos, nos termos do art. 102, inciso II, da CF; da competência atribuída ao STJ para o julgamento dos recursos elencados no art. 105, I e II; da competência atribuída aos Tribunais Regionais Federais no julgamento, em grau de recurso, das causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição, previstas no art. 108, II; e também da disposição do art. 112 com a criação de Varas da Justiça do Trabalho, com a possibilidade de recurso das suas decisões para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.

Nessa gama de disposições legislativas atinentes à revisibilidade das decisões, há, naturalmente, o reconhecimento do duplo grau de jurisdição no âmbito da Constituição, apesar de não ser expresso legislativa e ortograficamente. Tal constatação afasta a negação constitucional àquele princípio com amparo no art. 102, I, por haver a previsão de julgamento em única instância pelo STF. Não se pode atribuir a norma com caráter notadamente excepcional, como demonstra ser o art. 102, I, interpretação que extrapole os seus limites.

Por um critério hermenêutico, as normas excepcionais são interpretadas estritamente, não podem ser estendidas por aplicação analógica. Foi atribuída ao STF a competência exclusiva para o julgamento das causas elencadas no art. 102, I, porque a decisão direta, ou reflexamente, versa sobre matéria típica de jurisdição constitucional. Pela natureza especial da lide, pela condição das pessoas em litígio ou mesmo por razões políticas, entendeu o legislador constituinte que nenhum outro órgão da jurisdição, além da Suprema Corte, estaria apto a apreciá-las, de modo que optou por um julgamento em única instância.

Para além de todos os argumentos já tecidos, não se pode olvidar o reconhecimento do duplo grau de jurisdição na abertura do catálogo de direitos fundamentais previstos no art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988 que inova ao dar proteção constitucional aos direitos consagrados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o que tem especial relevância no caso do duplo grau de jurisdição, previsto no art. 8º, 2, “h” do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

Considerando que o rol do art. 5º e seguintes não é taxativo, mas, meramente exemplificativo, outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou constante de tratados internacionais podem integrar o bloco de constitucionalidade, justamente por serem posições tão fundamentais quanto as expressamente enumeradas.

Com efeito, no caso do duplo grau de jurisdição, não é a recepção do diploma internacional como emenda constitucional, através do art. 5º, §3º da CF/88 que lhe empresta dignidade constitucional, é na abertura do catálogo de direitos fundamentais, propiciada pelo §2º do mesmo artigo que se fundamenta a natureza jurídica do princípio em comento. É pelo conteúdo e importância para o sistema de direitos fundamentais que o art. 8º, 2, “h” do Pacto de San José da Costa Rica é consagrado como norma constitucional — sendo de mesma espécie o art. 9º, nº 4 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos.

Superada esta questão de fundo e por tudo o que até agora foi exposto, conclui-se que, em decorrência do devido processo legal, da organização de um sistema de recursos, da relação de refinamento com os

direitos fundamentais e dos princípios da unidade e máxima efetividade das normas constitucionais, o duplo grau de jurisdição situa-se no topo hierárquico da pirâmide normativa, tendo como consequência a garantia de vantagem no conflito com outras normas de plano hierárquico inferior. Compreende-se que assim seja porque o Estado de Direitos fundamentais pressupõe uma prestação jurisdicional efetiva, baseada no ideal de justiça, o que, entre tantas proteções, implica na possibilidade de revisão das decisões em desacordo com o direito vigente.

No entanto, da natureza jurídica constitucional, não resulta a apreensão do duplo grau de jurisdição como um direito absoluto, sendo possível a mitigação diante de outros princípios constitucionais, a exemplo do que ocorre em face da razoável duração do processo. Muito embora as duas normas encontrem fundamento no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, há antagonismos em relação ao fator tempo, pressupondo a utilização da metodologia da ponderação para solucionar a colisão das normas em abstrato, o que pode resultar em restrições ocasionais legítimas ao duplo grau de jurisdição.

Assim, o legislador pode dar maior peso à celeridade processual, como fez na legislação trabalhista (Lei nº 5.584/70), ou pode privilegiar o sistema de recorribilidade das decisões, como fez na Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95).

Em razão da natureza alimentícia das verbas que nela são discutidas, a Justiça do Trabalho é especializada e norteadada, sobretudo, pelo princípio da celeridade. Em face desse princípio, o legislador brasileiro, utilizando-se de critério baseado no valor da causa, entendeu por bem restringir o duplo grau de jurisdição nos “dissídios de alçada”, estabelecendo que as demandas com valor não superior a dois salários mínimos vigentes à data da propositura da ação, devem ser julgadas em única instância, pelas Varas do Trabalho, ressalvados apenas os recursos em matéria constitucional (art. 2º, §§3º e 4º da Lei nº 5.584/1970).

Diferente foi a posição adotada pelo legislador, posteriormente, na elaboração da Lei nº 9.099/95, ao permitir, no âmbito dos Juizados Especiais, a revisão da decisão dos juízes singulares por uma

turma recursal composta por três juízes de mesma hierarquia, deslocados temporariamente para exercer a função naquela esfera (art. 41).

Vê-se que apesar de não previsto explicitamente na Constituição, o duplo grau de jurisdição deve existir, pode até sofrer restrições, desde que observado o núcleo essencial desse direito, sendo vedada qualquer tentativa de abolição definitiva.

Superadas as discussões acerca da constitucionalidade do duplo grau de jurisdição, passa-se à análise, separadamente, dos argumentos a respeito das vantagens e desvantagens do referido princípio.

A) Das vantagens

A primeira vantagem que se destacar sobre o princípio do duplo grau de jurisdição é a segurança na decisão, em virtude da maior experiência dos juízes de segunda instância. Afirma Maria Ticianelli:

Diversos doutrinadores (a exemplo de Djanira de Sá, Laspro e Marinoni) que o reexame dos processos de forma indistinta proporciona às partes a almejada segurança de uma justiça mais correta e segura, afirmando que os juízes de segunda instância são mais experientes, que é possível o controle dos atos jurisdicionais, bem como o inconformismo natural da parte vencida em 1ª instância[38].

A decisão passaria por um duplo exame e um amplo debate. Deste modo, a probabilidade de equívoco seria menor.

Referido argumento é razoável, notadamente porque o legislador tem privilegiado a questão da experiência para julgamento (veja-se, por exemplo, a exigência de no mínimo três anos de atividade jurídica para exercer a magistratura). O julgador de segundo grau, sem dúvida, tem mais experiência na carreira e, como tal, está sujeito a menos equívocos.

Ressalta-se que a questão aqui não é apenas a maior experiência do julgador de segunda instância, mas as interferências políticas que este pode sofrer.

Na esteira desse primeiro argumento, no exame mais aprofundado do litígio, como já citado, há possibilidade da demanda passar por ampla análise, com debate e sustentação dos diversos pontos de vistas. Nesse sentido, é importante observar a opinião do ilustre José Carlos Barbosa Moreira:

A justificação política do princípio tem invocado a maior probabilidade de acerto decorre da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão. É dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema freqüentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso.^[39]

É de se notar que o exame mais aprofundado do litígio coloca em contraditório a sentença de primeiro grau, o que é um elemento positivo.

Assim, ainda no ensejo do exame mais aprofundado, como argumento favorável surge a ideia que a decisão do segundo grau geralmente é um acórdão, ou seja, decisão colegiada, submetida a amplo debate, com possibilidade de sustentação oral pelos patronos das partes. A decisão colegiada também caminha para a probabilidade de maior justiça na decisão, haja vista que no mínimo duas pessoas devem concordar sob o resultado final da decisão.

Outros argumentos favoráveis estão nas linhas dos controles dos órgãos julgadores de primeiro grau. Trata-se do controle interno (psicológico) e controle externo (fiscalização da atividade estatal). Nesse sentido sintetiza Ana Marcato:

Com relação ao controle psicológico, tem-se que a simples existência de tribunais superiores induz, nos juízes de primeiro grau, comportamento mais cuidadoso, cientes de que sua decisão poderá ser revista, não lhe agradando a idéia de reforma da mesma. (...) no que tange ao controle externo dos atos dos juízes, a justificativa é no sentido de que não se pode admitir uma atividade estatal sem fiscalização, ainda mais quando se trata de atividade praticada pelo Judiciário, cujos os membros, na maior parte dos países, não são eleitos pelo povo.^[40]

Insta, de logo, salientar que, ao final ter-se-á que ponderar as vantagens e as desvantagens do duplo grau de jurisdição, a segurança versus celeridade, tudo com o objetivo da justiça, valor fim no tempo presente.

B) Das desvantagens

A doutrina tem elencado alguns argumentos de desvantagens do princípio do duplo grau de jurisdição. Importa aqui registrar três deles, os quais reputamos mais importantes, a saber: óbice a razoável duração do processo, desprestígio da primeira instância e inutilização do procedimento oral.

Alerta o professor paranaense Luiz Guilherme Marinoni, em suas lições, que o sistema processual civil, para atender ao direito fundamental a tutela efetiva, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e inibir as defesas abusivas, que são consideradas por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão^[41].

O tempo, indubitavelmente, tem sido o problema e desafio do processualista contemporâneo. Não por outra razão, o legislador tem encaminhado reformas para tentar encurtar o tempo do processo, tome-se como exemplo no tocante ao regime aplicado aos processos repetitivos (art. 285-A do CPC), ou ao julgamento direto do mérito pelo tribunal (art. 515 § 3º do CPC).

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior conclui que:

A demora demasiada pode ser sinônimo de injustiça, assim, é evidente que sem efetividade, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo justo. E não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela efetiva. Ainda que afinal se reconheça e proteja o direito violado, o longo tempo em que o titular, no aguardo do provimento judicial, permaneceu privado do seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto com uma grande injustiça^[42].

Destarte, o princípio do duplo grau de jurisdição tomado de uma forma absoluta pode se tornar grave inconveniente para a prestação jurisdicional adequada. O processo deve compatibilizar-se através da ponderação dos princípios da razoável duração do processo e do duplo grau de jurisdição, da segurança e da justiça da decisão.

Quanto ao desprestígio da primeira instância decorre do fato de haver recurso na maioria das decisões, o juízo de primeiro grau limitar-se-ia a colher provas, tendo sua decisão pouco valor. Ademais, acrescento não só o desprestígio, mas a completa insegurança e desconfiança que leva às partes litigantes, uma vez que tendo uma sentença razoavelmente justa a seu favor, pode sofrer modificação por entendimento diverso do tribunal.

Enfim, a inutilização do procedimento oral. Nas lições de Oreste Laspro:

Trata-se de procedimento completamente incompatível com o duplo grau de jurisdição. Desta maneira, não fica difícil perceber que a efetivação da oralidade, perante o sistema do duplo grau de jurisdição merece bastante atenção, na medida em que surgem sérias dificuldades, senão uma incompatibilidade de sistemas^[43].

O mencionado autor reserva um capítulo em sua monografia especializada para destacar a importância do procedimento oral em face do duplo grau de jurisdição. Entretanto, chama a atenção de que o procedimento oral não iria resolver todos os problemas processuais, mas seria a forma de se chegar mais próximo à verdade real.

No entanto, para muitos autores, a oralidade é um mito na resolução dos problemas processuais, causando arrepio se algo for escrito. Assim, não se acredita na oralidade como a rainha mestra para solucionar os problemas do processo, em que pese na Europa o princípio da oralidade ter sido considerado o vetor de grandes reformas processuais.

Assim, o desafio perfaz-se em balancear as vantagens e desvantagens do princípio do duplo grau de jurisdição, com fulcro nas suas razões de existir, almejando o valor justiça.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob a égide do Estado Democrático de Direito e considerando o pós-positivismo como o marco filosófico desse paradigma de estado, resta evidente a centralidade dos princípios jurídicos nos ordenamentos jurídicos.

Ao fazermos breves apontamentos acerca dos princípios vigentes em nosso ordenamento jurídico, podemos analisar, individualmente, a aplicabilidade e a peculiaridade de cada uma dessas normas, possibilitando uma discussão acerca das vantagens e desvantagens da aplicação de tais princípios, como no caso do princípio do duplo grau de jurisdição.

Além disso, a análise dos princípios, gerais e peculiares, que informam o direito processual do trabalho permite entender de que forma essa seara do direito dialoga com os demais ramos, especialmente o direito processual civil e o direito constitucional, bem como facilita a análise de suas características que diferem do direito processual comum.

8 BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.

BEBBER, Julio Cesar. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BRASIL, Código de Processo Civil. *Vade Mecum*. Organizador: ABREU FILHO,

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. *Vade Mecum*. Organizador: ABREU

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

CARVALHO FILHO, Renato Sabino. *Direito processual do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. IV.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A prova, o princípio da oralidade e o duplo grau de jurisdição*. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, ARMINDO RIBEIRO. *Recursos em processo civil: REFORMA DE 2007.* COIMBRA: COIMBRA ED., 2009.

MENDONÇA, J. J. FLORENTINO SANTOS; FLORENTINO, DELUSE AMARAL ROLIM. *Instrumentos para a efetivação do acesso à Justiça.* RECIFE: BAGAÇO, 2005

MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional.* 4. ED. COIMBRA: COIMBRA ED., 2008. V. 4. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional.* 6. ED. COIMBRA: COIMBRA ED., 2007. V. 2. CONSTITUIÇÃO.

MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI. *Constituição portuguesa anotada.* COIMBRA: COIMBRA ED., 2005. V. 1.

MORAES, ALEXANDRE DE. *Direito constitucional.* 21. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2007.

NERY JUNIOR, NELSON. *Teoria geral dos recursos.* 4. ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1997.

NERY JUNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. *Código de Processo Civil comentado e legislação.* 5. ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2001.

NOVAIS, JORGE REIS. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* COIMBRA: COIMBRA ED., 2003.

NOVAIS, JORGE REIS. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.* COIMBRA: COIMBRA ED., 2006.

NOVAIS, JORGE REIS. *Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa.* COIMBRA: COIMBRA ED., 2004.

PASSOS, J. J. CALMON DE. *Direito, poder, justiça e processo.* RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2000.

PINTO, NELSON LUIZ. *MANUAL DE RECURSOS CÍVEIS.* 3. ED. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2003. P. 86 APUD DIDIER, FREDIE; CUNHA, LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.* 7. ED. SALVADOR: JUS PODIVM, 2009. v. 3.

PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 9. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2008.

REGO, CARLOS LOPES DO. *O direito de acesso aos Tribunais na Jurisprudência recente do Tribunal Constitucional.* IN: ESTUDOS EM MEMÓRIA DO CONSELHEIRO LUÍS NUNES DE ALMEIDA. COIMBRA: COIMBRA ED., 2007.

ROCHA, JOAQUIM FREITAS DA. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa.* COIMBRA: COIMBRA ED., 2008.

SARAIVA, RENATO. *Curso de direito processual do trabalho.* 4. ED. SÃO PAULO: MÉTODO, 2007.

SARLET, INGO WOLFGANG. *Valor de alçada e limitação ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direito fundamentais.* REVISTA JURÍDICA, PORTO ALEGRE, N. 66, P. 85-129.

SOUSA, MANUEL TEIXEIRA DE. *Estudos sobre o novo processo civil.* 2. ED. LISBOA: LEX, 1997.

STERN, KLAUS. *Derecho del Estado de la República Federal alemana,* P. 291 APUD BARROSO, LUÍS ROBERTO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. 6. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2004.

TEIXEIRA FILHO, MANUEL ANTÔNIO. *Sistema dos recursos trabalhistas.* SÃO PAULO: LTR, 1991 APUD LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. 6. ED. SÃO PAULO: LTR, 2008.

TEIXEIRA, SÁLVIO DE FIGUEIREDO. *O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça.* IN: **TEIXEIRA, SÁLVIO DE FIGUEIREDO (COORD.).** **RECURSOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÃO PAULO: SARAIVA, 1991.**

THEODORO JR., HUMBERTO. *Curso de direito processual civil.* RIO DE JANEIRO: FORENSE, **2003.** v. 1. **TEORIA GERAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PROCESSO DE CONHECIMENTO.**

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES WAMBIER; WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do processo civil.* 2. ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, **2002.**

NOTAS:

[1] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho.* 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

[2] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.232, p.141-176, abr./jun. 2003.

[3] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.31.

[4] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.92.

[5] http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10222, consultado em 02/11/2017.

[6] DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 416-419.

[7] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27.

[8] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.87.

[9] ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

[10] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001, p. 19.

[11] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 230-231. É justo mencionar a obra de origem aproveitada nos ensinamentos de Bonavides: GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990.

[12] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 629.

[13] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Editora UNB, 1989, páginas 158 e 159.

[14] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 629.

[15] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 55.

[16] A ideia de princípios como mera fonte subsidiária do direito foi superada, sendo o preenchimento de lacunas apenas uma das muitas funções dos princípios. Ademais, insta frisar que os princípios deixaram de ser vistos como fonte subsidiária, posto que são normas de aplicação imediata. O caráter vinculante e a adição dos princípios na redação constitucional elevaram a importância dos princípios, a ponto de estes serem aplicados em detrimento das regras, num caso concreto em que haja conflito entre ambos.

[17] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 52.

[18] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[19] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[20] <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/Pages%20from%20Processo%20Civil%204ed.pdf>, consultado em 10/09/2017.

[21] <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/Pages%20from%20Processo%20Civil%204ed.pdf>, consultado em 11/09/2017.

[22] <http://diegomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/121933145/principio-do-promotor-natural>, consultado em 02/11/2017.

[23] <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/Pages%20from%20Processo%20Civil%204ed.pdf>, consultado em 11/09/2017.

[24] <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM29abr.pdf>, consultado em 02/11/2017.

[25] SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007.p.47.

[26] http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9692&revista_caderno=25, consultado em 02/11/2017.

[27] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 83.

[28] <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2095>, consultado em 14/09/2017.

[29] FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario cognizione - 2 Impugnazioni*. Torino: UTET, 1990, p. 24: “Grado’è nome riservato ad una fase del processo che possa condurre ad una nuova cognizione e ad una nuova pronuncia che, sia di riforma oppure di conferma della precedente, ne prenda il posto”.

[30] DIDIER; CUNHA. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed., v. 3, p. 25-26. No mesmo sentido: BARROSO. *Manual de direito processual civil: recurso e processo de execução*, v. 2, p. 6; NERY JUNIOR; NERY. *Código de Processo Civil comentado e legislação*. 5. ed., p. 249.

[31] “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

[32] MARINONI. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 2. ed., p. 217-218.

[33] TEIXEIRA FILHO. *Sistema dos recursos trabalhistas*, p. 59 apud LEITE. Curso de direito processual do trabalho,

6. ed., p. 665.

[34] MORAES. *Direito constitucional*, 21. ed., p. 74-75

[35] Acórdão STF. RHC nº 79.785/RJ.Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 29.03.2000. Publicado em 22.11.2002.

[36] Acórdão do STF. AIAgR nº 513.044. Segunda turma. Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 22.02.2005. Publicado em 08.04.2005. No mesmo sentido é o RHC nº 80.919/SP. segunda turma. Relator Ministro Nelson Jobim. Julgado em 12.06.2001, Publicado em 14.09.2001.

[37] HC nº 88.420/PR. Primeira Turma. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17.04.2007.

[38] TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. *Princípio do duplo grau de jurisdição*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 192.

[39] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 237.

[40] MARCATO, Ana Cândida Menezes. Op cit. pp. 43/44.

[41] MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.274.

[42] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro, Forense, 2007. p.36.

[43] LASPRO, Oreste Nestor. Op. Cit.

APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:

Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: O propósito deste artigo é apresentar ao leitor a classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade e eficácia. Fundamentado por ampla e reconhecida doutrina e através de exemplificações, relativas à análise de artigos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pretendemos auxiliar o leitor na maior aquisição de conhecimento para, com isto, facilitar a distinção entre as normas positivadas, no que tange a aplicabilidade e a eficácia, em nossa Lei Maior.

Palavras-chave: Constituição; Brasil; normas constitucionais; aplicabilidade; eficácia.

Abstract: The purpose of this article is to introduce the reader to the classification of constitutional norms as to their applicability and effectiveness. Based on a broad and recognized doctrine and by means of exemplifications related to the analysis of articles of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, we intend to assist the reader in the greater acquisition of knowledge in order to facilitate the distinction between the positive norms in which applicability and effectiveness, in our Greater Law.

Keywords: Constitution; Brazil; constitutional norms; applicability; efficiency

Introdução

Ao abordarmos normas constitucionais é inconcebível pensarmos que sejam desprovidas de aplicabilidade e eficácia. O que se apresenta, de fato, nas normas constitucionais, é a variação de eficácia e aplicabilidade de acordo com a elaboração normativa do legislador constituinte.

A doutrina clássica e, boa parte da doutrina moderna adota a divisão da aplicabilidade das normas em apenas duas espécies: auto executáveis e não auto executáveis. Para melhor compreensão, cabe apresentar o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A doutrina clássica distingue a este respeito duas espécies. É o que Rui Barbosa já ensinava, com arrimo em Cooley, Story e outros onstitucionalistas norte-americanos. Esta ainda é a lição da doutrina moderna, da estrangeira, por exemplo, de Jorge Miranda, e de parte da brasileira, por exemplo, a do autor deste livro. São elas as normas exequíveis por si sós (normas autoexecutáveis, self executing) e as normas não exequíveis por si sós. [\[1\]](#)

Segundo leciona José Afonso da Silva, quanto às normas auto executáveis e não auto executáveis, segue:

[...]são auto executáveis “as determinações, para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação”. As normas não auto executáveis são as que “não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a exercerem”. [\[2\]](#)

Diante do objetivo delineado deste artigo, para melhor didática, preferimos a adoção dos ensinamentos do constitucionalista José Afonso da

Silva, que classifica as normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade e eficácia em três espécies: plena; contida ou limitada.

Destarte, cabe complementar a classificação em três espécies com trecho significativo do livro de Direito Constitucional de Luís Roberto Barroso:

De acordo com José Afonso, as normas constitucionais, no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, comportam uma classificação tricotômica, assim enunciada: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático, em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos.^[3]

Desta feita, nos resta, a partir deste momento, aprofundarmos em cada uma das espécies caracterizadas pelo postulado de José Afonso da Silva.

1. Normas constitucionais de eficácia plena

As normas de eficácia plena caracterizam-se por serem auto executáveis, ou seja, de aplicabilidade imediata, integral e direta. Sendo assim, não dependem e não são restringidas por atos normativos de legislação infraconstitucional.

Conforme Luciano Dutra: “as normas constitucionais de eficácia plena, desde sua gênese, produzem, ou ao menos possuem a possibilidade de produzir, todos os efeitos visados pelo constituinte (originário ou derivado). São, portanto, autoaplicáveis”.^[4]

Como exemplos de normas constitucionais de eficácia plena positivadas na Constituição da República Federativa do Brasil, expomos os seguintes artigos: 2º; 14, §2º; 17, §4º; 19; 20; 21; 22; 24; dentre outros.

José Afonso da Silva cita como exemplos de normas constitucionais de eficácia plena:

[...]as hipóteses contempladas nos arts. 21 (competência da União), 25 a 28 e 29 e 30 (competências dos Estados e Municípios), 145, 153, 155 e 156 (repartição de competências tributárias), e as normas que estatuem as atribuições dos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (arts. 48 e 49, 51 e 52, 70 e 71, 84 e 101-122).^[5]

2. Normas constitucionais de eficácia contida

Caracterizam-se por possuírem aplicabilidade direta, imediata, porém não integral, visto que, são restringidas através de normas infraconstitucionais.

Segundo Michel Temer, em relação as normas de eficácia contida: *“[...]são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional. Por isso mesmo, aliás, preferimos denominá-las de normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível*”.^[6]

Por seu turno, Luciano Dutra leciona: *“normas constitucionais de eficácia contida, enquanto não restringidas, não são iguais às normas constitucionais de eficácia plena, tão somente, produzem os mesmos efeitos”*.

Como exemplo de norma de eficácia contida podemos citar o art. 133 da CF/88: *“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”*.

Desta feita, haverá lei infraconstitucional que limite o exercício da advocacia.

Mantendo os ensinamentos de Luciano Dutra, que nos apresenta exemplos de norma constitucional de eficácia contida na própria Constituição Federal:

[...]alguns exemplos em que a própria Constituição de 1988 diminuiu o âmbito de incidência de uma norma constitucional de eficácia contida: a) direito de propriedade: da leitura dos incisos XXII e XXIV do art. 5º, percebe-se que o próprio legislador constituinte originário limitou o exercício do direito de propriedade; b) restrições a direitos fundamentais impostas pela decretação de estado de sítio: o art. 139 restringiu o âmbito de incidência de diversos direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade de locomoção, a intimidade, a inviolabilidade domiciliar e a propriedade. Importante que se diga, ademais, que a restrição pode ser operada por conceitos ético-jurídicos, como no caso do art. 5º, XXV, em que o “imminente perigo público” autoriza à autoridade competente a imposição de restrições ao direito de propriedade, a partir do instituto da requisição administrativa.^[7]

3. Normas constitucionais de eficácia limitada

Por seu turno, a norma constitucional de eficácia limitada possui aplicabilidade mediata e indireta, visto que, necessita da interposição do legislador através de uma norma infraconstitucional.

Desta feita, as normas de eficácia limitada não produzem seus efeitos essenciais e é dependente de regulamentação posterior a fim de lhe tornar eficaz.

Luís Roberto Barroso, sobre a norma constitucional de eficácia limitada, dispõe:

[...]normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não autoaplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. Pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando as normas infraconstitucionais anteriores com elas incompatíveis, constituindo parâmetro para a declaração da inconstitucionalidade por ação e por omissão, e fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional.[\[8\]](#)

As normas constitucionais de eficácia limitada, são subdivididas em: de princípio programático e de princípio institutivo.

3.1. Normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático

Limita-se em traçar princípios que requerem o cumprimento pelos órgãos executivos e legislativo, p.ex., em relação a programas, visando a realizações de fins sociais pelo Estado, no que compete as atividades de cada órgão.

Luciano Dutra as define da seguinte maneira:

São as que estabelecem programas, metas, objetivos a serem desenvolvidos pelo Estado, típicas das Constituições Dirigentes. Impõe um objetivo de resultado futuro ao Estado, direcionando as ações legislativas dos órgãos estatais. Não diz como o Estado deverá agir, mas o fim a ser atingido. Como exemplos, os arts. 3º e 7º, IV.[\[9\]](#)

Com intuito de melhor exemplificação, citamos também os artigos 196, 205, 215 e 217 da Constituição Federal.

3.2 Normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo

As normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo caracterizam-se por delinear as atribuições e estruturação geral dos órgãos, institutos e entidades, para posterior estruturação definitiva, definida por lei.

Por fim, com brilhantismo Luciano Dutra define:

*São aquelas que dependem de lei posterior para dar corpo a institutos jurídicos e aos órgãos ou entidades do Estado previstos na Constituição. Como exemplos, os arts. 88 e 102, § 1º. Essas normas podem assumir a natureza impositiva ou facultativa. As impositivas estabelecem um dever de legislar (arts. 33 e 88). Por seu turno, as facultativas trazem uma mera faculdade para o legislador (art. 22, parágrafo único). Acresça-se que as normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios institutivos possuem caráter subsidiário, isto é, se a norma constitucional depender de legislação infraconstitucional que lhe complete a eficácia e não for uma norma programática será institutiva. **[10]***

Podemos citar também, a fim de exemplificação, os artigos 98 e 224 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4. Considerações finais

As normas constitucionais possuem, conforme exposto, eficácia jurídica, todavia em grau de intensidade diversificado aplicáveis a determinado objetivo.

Apesar da existência de outras formas de classificação, aqui não abordadas, como é o caso do exposto na doutrina de Maria Helena Diniz. A

partir deste artigo o leitor restará alicerçado para maior aprofundamento sobre o tema que não se esgota somente neste trabalho.

5. Referência bibliográficas

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: Acessado em: 06/10/2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva 2ªed. 2010.

DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 38ed. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: RT, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo. Malheiros. 1998.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 1990.

NOTAS:

[1] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 38ed. 2012. p.319.

[2] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: RT, 1982, p. 63 e segs.

[3] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva 2ªed. 2010. p. 250.

[4] DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016. p.46

[5] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo. Malheiros. 1998, p. 89.

[6] TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 1990. p. 27

[7] DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016. p.48

[8] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva 2ªed. 2010. p. 251.

[9] DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016. p.48

[10] DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016. p.48

O ESTADO DE DIREITO NAS TRADIÇÕES ANGLO-AMERICANA, ALEMÃ E FRANCESA

RENAN SALES DE MEIRA: Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador Municipal em Palmas/TO.

RESUMO: O Estado é uma forma política que, como construção humana, sofre variações de acordo com cada contexto sócio-histórico em que verificado. Nota-se, entretanto, uma variante abrangente consubstanciada no Estado de Direito, que, em linhas gerais, busca equacionar o problema da tensão entre legalidade e legitimidade por meio da conexão entre o direito (campo do jurídico) e o exercício do poder público. Quanto ao modo de lidar com tal tensão no desenvolvimento do Estado de Direito, distingue-se, nas tradições anglo-americanas, o *Rule of Law* inglês do estadunidense; em relação ao *Rechtsstaat* alemão, é possível identificar, ao menos, três períodos distintos; na experiência francesa, a seu turno, percebe-se um caminhar do *État Légal* para o *État de Droit*. Demonstra-se que a compreensão dessas diversas concepções de Estado de Direito implicam numa análise concomitante dos diversos contextos históricos de desenvolvimento de cada uma, bem como as teorias que fundamentam esses modelos estatais. *Rule of Law*, *Rechtsstaat* e *État de Droit* não são, portanto, meras designações distintas para um mesmo fenômeno, mas algumas variantes peculiares da ideia abrangente de Estado de Direito.

Palavras-chave: Estado de Direito. Tradições. Distinções.

ABSTRACT: The state is a political form that, as a human construction, varies according to each socio-historical context. However, it's possible to notice a comprehensive variation that is the Rule of Law, which, in general terms, tries to solve the problem of the tension between legality and legitimacy, by somehow connecting the law to the exercise of political public power. As related to the way to treat that tension in the development of the Rule of Law, it's possible to distinguish, in anglo-american traditions, the English *Rule of Law* from the North-American one; as related to the German *Rechtsstaat*, it's identifiable at least three distinct periods; in French

experience, in its turn, the *État Légal* is transforming into the *État de Droit*. Thus, the article demonstrates that those different conceptions of the Rule of Law implies concomitant analyses of the diverse historical contexts of development of each one, and also of the theories that are the basis of them. Therefore, *Rule of Law*, *Rechtsstaat* and *État de Droit* aren't mere different names for the same phenomenon, but some singular variations of the comprehensive idea of the Rule of Law.

Keywords: Rule of Law. Traditions. Distinctions.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Estado de Direito nas tradições anglo-americana (*Rule of Law*), alemã (*Rechtsstaat*) e francesa (*État Légal* e *État de Droit*). 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Estado é uma concepção humana e, assim, não é universal e desconectado da história (BERCOVICI, 2006, p. 81). Trata-se de uma forma política, que surgiu na Europa, ao final da Idade Média, e, posteriormente, alcançou outras regiões do mundo (BERCOVICI, 2006, p. 81).

Ocorre que, inegavelmente, pensar o Estado implica discorrer a respeito do uso do poder político; atrai, inclusive, questionamentos em relação à legitimidade de referido exercício. Como forma de se tentar resolver essa questão, pôs-se, historicamente, um modelo amplo de Estado que, de certa forma, busca a conexão entre tal poder e o sistema jurídico (direito), denominado Estado de Direito.

Entretanto, em virtude do próprio caráter histórico do Estado, as concepções desse Estado de Direito não são imutáveis, pois se alteraram ao longo dos diferentes contextos – sejam locais, sejam históricos propriamente ditos. Assim, no caso da tradição do *Rule of Law* anglo-americano, há diferenças entre a forma de compreensão do fenômeno nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, conforme será visto; no caso do *Rechtsstaat* alemão, a seu turno, Rosenfeld (2001) identifica ao menos três fases, posteriormente explicitadas; no tocante ao modelo francês,

referido autor, bem como Grote (2002), notam uma passagem do *État Légal* para o *État de Droit*.

Em qualquer de suas versões, contudo, pode-se afirmar que a ideia do Estado de Direito, de modo geral, está conectada à relação entre o direito e o exercício do poder público (KRYGIER, 2013, p. 2). Como um ideal atrelado a essa noção ampla, diz-se que o direito deveria contribuir, de algum modo, para a articulação desse exercício (KRYGIER, 2013, p. 2). Ressalte-se uma vez mais que os modelos institucionais específicos para cumprir tal desiderato, bem como as pretensões ligadas a tal ideia, dependem das especificidades do contexto em que cada modelo surge e é desenvolvido.

A partir do exposto, percebe-se que, em qualquer tradição específica de Estado de Direito, essa concepção ampla implica numa forma de se tentar equacionar o problema da legalidade e da legitimidade, ou seja, a forma pela qual a produção jurídica por meio da lei se relaciona com as possibilidades de legitimação do exercício do poder público. Ver-se-á que, no *Rechtsstaat* de matriz positivista da segunda metade do século XIX até o término da 2ª Guerra Mundial, a legitimidade se reduz à legalidade, expressa na racionalidade formal das leis gerais, abstratas e prospectivas^[1] (SCHMITT, 2007); entretanto, nem todas as concepções do Estado de Direito resumiram a legitimidade estatal ao fenômeno da legalidade. Desse modo, o objetivo do presente estudo é compreender as variantes históricas do Estado de Direito, distinguindo a tradição alemã (*Rechtsstaat*) das tradições anglo-americanas (*Rule of Law*, nas versões inglesa e estadunidense) e francesa (*État Légal* e *État de Droit*), como contributo à discussão da problemática posta, explorando as diversas formas históricas de equacionar a tensão entre legalidade e legitimidade.

Ademais, acredita-se que o presente trabalho, ao distinguir essas diferentes experiências constitucionais quanto à questão, permite clarear o sentido do uso dessas diversas expressões (*Rechtsstaat*, *Rule of Law* e *État de Droit*), contribuindo para a correta compreensão de seu emprego em textos que abordam a temática. Assim, pode-se perceber que a utilização dessas formas distintas não se trata de mero problema de tradução, em idiomas diversos, da referência ao “Estado de Direito”. Embora subsista um ponto central de conexão entre essas expressões, posto que remetem à

mesma questão – como equacionar a tensão entre legalidade e legitimidade, ou, segundo Barber (2003, p. 444), o que significaria às pessoas serem governadas pelo direito, ao invés de simplesmente estarem submetidas aos ditames de alguém poderoso –, não se atentar a isso pode gerar incoerências quanto ao objeto do fenômeno específico em análise, a cada variante histórica mencionada.

2 O ESTADO DE DIREITO NAS TRADIÇÕES ANGLO-AMERICANA (*RULE OF LAW*), ALEMÃ (*RECHTSSTAAT*) E FRANCESA (*ÉTAT LÉGAL* E *ÉTAT DE DROIT*)

A compreensão das diversas concepções de Estado de Direito implica na análise concomitante dos diversos contextos históricos de desenvolvimento de cada uma, bem como as teorias que fundamentam esses modelos estatais. Portanto, desse modo é que se procederá à exposição das tradições anglo-americana, alemã e francesa do Estado de Direito.

Interessante notar que, segundo Krygier (2013, p. 3), em se tratando da perspectiva terminológica, uma diferença já se encontra entre o *Rule of Law* e o *Rechtsstaat*, visto que, naquela, não há referência expressa ao “Estado” (*State*). Ressalte-se que, segundo referido autor, essa distinção transparece, de fato, diferenças significativas nos dois modelos de Estado de Direito (KRYGIER, 2013, p. 3).

Assim, pode-se dizer que, do ponto de vista histórico, a tradição jurídica inglesa teria concebido um pluralismo de fontes do direito. No *common law*, portanto, os costumes eram compreendidos como as fontes primárias do direito, constituindo tal direito costumeiro os limites ao poder de atuação do Rei (KRYGIER, 2013, p. 34).

Entretanto, a legislação se tornou uma das características (ou, também não seria incorreto afirmar, um legado) do direito na modernidade, inclusive na tradição do *common law* inglês (KRYGIER, 2013, p. 4). Ocorre que a concepção do pluralismo das fontes jurídicas já estava presente na comunidade inglesa, motivo pelo qual persistiu, mesmo nesse direito moderno, a compreensão de que este (direito) deriva de outras fontes que

não apenas a legislação (KRYGIER, 2013, p. 4) – ou seja, há direito que não provém diretamente do Estado legiferante parlamentar, para utilizar a terminologia de Schmitt (2007).

A respeito do controle do poder político mediante o direito, pode-se dizer que, na tradição inglesa, anteriormente à concepção da legislação como fonte jurídica central, o Rei estava submetido a um direito superior – não elaborado por ele, mas derivado do *common law* (KRYGIER, 2013, p. 5). Com a alteração ocorrida ao longo do século XVIII, adotou-se um modelo estatal de soberania do Parlamento^[2], no qual o *Rule of Law* se centra na figura das regras criadas por um legislador soberano (KRYGIER, 2013, p. 5). Aqui, pode-se notar uma aparente queda no *status* do direito: antes, era compreendido como superior ao soberano; dada a supremacia ao Parlamento para a criação do direito, tem-se que o direito deixa de estar acima do soberano, para ser obra deste (KRYGIER, 2013, p. 6).

Interessante notar que, segundo Krygier (2013, p. 6), tal fator repercutiu no modelo do *Rule of Law* desenvolvido nos Estados Unidos da América – que, em linhas gerais, conforme Rosenfeld (2004, p. 20) derivou historicamente do *Rule of Law* inglês. Nesse sentido, preocupada com a atuação deste Parlamento soberano, a prática norte-americana teria criado uma Corte Suprema (*U. S. Supreme Court*) para exercer controle sobre este, fator que fora conjugado com a elaboração de uma Constituição escrita (KRYGIER, 2013, p. 6). Tal documento jurídico, nessa perspectiva, estaria acima (e subordinaria) da atuação do Estado legiferante, vinculando o legislador ordinário (KRYGIER, 2013, p. 6).

Assim, pode-se dizer que a tradição anglo-americana do *Rule of Law* abarca um paradoxo no direito, dentre outros, relativo ao fato de esse ser, ao mesmo tempo, dependente e independente do Estado, havendo uma relação antagônica entre ambos (Estado e direito) (ROSENFELD, 2001, p. 20). Para Rosenfeld (2001, p. 46), entretanto, essa aparente contradição pode ser compreendida em virtude da supracitada experiência de um pluralismo de fontes jurídicas, advindo do modelo da *common law*.

No tocante ao modelo alemão de Estado de Direito, entretanto, a questão é compreendida de forma distinta. Desse modo, o *Rechtsstaat* não

pressupõe direito algum superior ao Estado, como se derivasse de uma fonte distinta deste (KRYGIER, 2013, p. 6). Aqui, o direito seria tanto a característica desse Estado (ser um Estado jurídico, Estado de Direito), mas também produto desse (KRYGIER, 2013, p. 6) – notadamente do Estado legiferante, na forma da lei. Na caracterização de Rosenfeld (2001, p. 20), há, no *Rechtsstaat*, uma simbiose entre Estado e direito. O Estado de Direito – enquanto *Rechtsstaat* –, significa o fenômeno de um Estado moderno que concentra, em si, o monopólio do uso da força^[3] (KRYGIER, 2013, p. 4). Assim, o Estado é compreendido não apenas como sujeito desse direito, mas também como sua fonte (KRYGIER, 2013, p. 4).

Auxiliando na compreensão das distinções entre o *Rechtsstaat* e o *Rule of Law*, Barber (2003, p. 444) aduz que, enquanto aquele se relacionaria a alguma conexão existente entre o sistema jurídico e o Estado, este se resumiria a qualificar o sistema jurídico, ou seja, o *Rule of Law* consistiria numa qualidade ou teoria sobre o ordenamento jurídico. A distinção, nos termos propostos, é que o *Rechtsstaat* culminaria por pressupor uma concepção não jurídica de Estado (BARBER, 2003, p. 444). Assim, seria possível discorrer a respeito da existência do Estado e, lado outro, de algumas experiências de Estado que se consubstanciariam em um Estado de Direito (*Rechtsstaat*); o *Rechtsstaat* seria, pois, uma manifestação específica de Estado, no qual o sistema jurídico possuiria um papel de destaque, não obstante as demandas substantivas requeridas por tal modelo também serem objeto de debate acadêmico no âmbito da experiência alemã, como se verá adiante na exposição de três variantes e suas respectivas bases teóricas de fundamentação.

Lado outro, o *Rule of Law* não negaria, necessariamente, a possibilidade de formulação de um conceito não jurídico de Estado. Entretanto, como se trata de uma característica do sistema jurídico, não precisa pressupor, como o faz o *Rechtsstaat*, a existência de um Estado que não seja jurídico (BARBER, 2003, p. 444), para se contrapor a esse^[4].

Feitas tais observações, cumpre destacar as variantes do *Rechtsstaat*. Assim, em relação às manifestações concretas desse modelo, afirma Rosenfeld (2001, p. 21) que sua primeira configuração se deu tendo em vista as concepções teóricas de Kant. Na primeira metade do século XIX, período

de ascensão da burguesia, o modelo germânico rejeitou a legitimidade do Estado baseada em valores transcendentais éticos ou religiosos (ROSENFELD, 2001, p. 21-22). Um regime só poderia ser legítimo, para a doutrina kantiana adotada, caso se fundamentasse no direito, não em distintos interesses ou concepções de bem (ROSENFELD, 2001, p. 22-23). As leis apenas seriam legítimas, nessa interpretação, se fosse razoável pressupor que todos os cidadãos as aceitariam como sendo justas e corretas (ROSENFELD, 2001, p. 23). À época, tal construção contribuiu para denunciar como ilegítimas as leis que se baseavam em diferenças de *status* entre os indivíduos, prática comum no *Ancien Régime* (ROSENFELD, 2001, p. 24).

Assim, o *Rechtsstaat* cunhado com referência à doutrina kantiana trazia à discussão elementos de legitimação tanto formais quanto substanciais (substantivos). Em relação aos primeiros (formais), tem-se a necessidade de tratar todos como se fossem fins em si mesmos, relativa à promoção da autonomia individual; quanto à perspectiva substantiva de legitimação, o Estado de Direito deveria assegurar iguais direitos negativos de liberdade e propriedade, que constituíam valores burgueses (ROSENFELD, 2001, p. 29).

Ocorre que, segundo Rosenfeld (2001, p. 30), a revolução burguesa não vingou em solo germânico, tendo a monarquia prussiana obtido sucesso nesse intento. Assim, a burguesia, embora constituísse uma classe econômica em ascendência, restava politicamente estagnada (NEUMANN, 2014, p. 48). Em tal cenário, desprovida de poder, precisava impor limites ao *Reich*, o que fora efetivado mediante uma concepção de *Rechtsstaat* positivista, com nítida separação entre a produção e a aplicação da lei (ROSENFELD, 2001, p. 30). Aqui, portanto, a forma de proteção da burguesia se deu por meio da concepção de que o Estado apenas poderia atuar mediante a promulgação e a implementação das leis, ao invés de consistir em mera *voluntas* do monarca (ROSENFELD, 2001, p. 31), rompendo-se com um modelo de Estado administrativo.

Desse modo, estabelece-se o *Rechtsstaat* positivista em solo alemão na segunda metade do século XIX, que perdurou até o fim da 2ª Guerra Mundial (ROSENFELD, 2001, p. 29). Nessa concepção, há a perda da

ênfase em direitos fundamentais, tendo a ideia de Estado de Direito uma interpretação nitidamente formal, que o reduz ao princípio da legalidade (ROSENFELD, 2001, p. 29). Aqui, há a separação entre as funções de criação e aplicação do direito, adotando-se um modelo de Estado legiferante parlamentar (SCHMITT, 2007).

Portanto, nessa concepção, o controle do exercício do poder público perpassaria o caráter formal do direito, dotado de generalidade e, por isso, pretensamente capaz de gerar certeza e previsibilidade aos indivíduos^[5] (KRYGIER, 2013, p. 6). No âmbito dessa interpretação, a liberdade seria uma consequência e não necessariamente uma premissa do direito (PALOMBELLA, 2010, p. 11-12 *apud* KRYGIER, 2013, p. 6).

Ocorre que essa compreensão da lei (e da legitimação do Estado) reduzida à sua dimensão formal (características da generalidade, abstração, caráter prospectivo, etc.) não podem ser entendidas como algo incontestado na tradição alemã ainda que no período histórico em comento. Nesse sentido, Krygier (2013, p. 9) destaca a objeção formulada por Hermann Heller à concepção meramente formal do *Rechtsstaat* que teria sido defendida por Carl Schmitt^[6] e Hans Kelsen, ao defender que esse deveria se atentar também a uma dimensão substantiva, na qual se requer, de um Estado de Direito, a observância de certos elementos materiais relativos a uma visão de bens públicos (livre mercado, respeito aos direitos humanos, etc.) (KRYGIER, 2013, p. 8).

Embora importante em seu contexto específico, posto que implicou aos indivíduos uma previsibilidade e adotou uma estabilização de expectativas na sociedade, ante pretensão Estado administrativo insurgente (ROSENFELD, 2001, p. 31), tal concepção se mostrou perigosa durante o regime nazista na Alemanha (KRYGIER, 2013, p. 9). Assim, atualmente, na prática constitucional alemã, o *Rechtsstaat* seria compreendido não apenas por essa perspectiva “neutra”. A Constituição é interpretada, no contexto hodierno, como se determinasse a implementação de valores e regras de tal estatura superior (constitucional), de modo que aquela albergaria uma “ordem de valores” (ROSENFELD, 2004, p. 22), não obstante questionável também seja essa posição em relação à legitimidade estatal. Nesse sentido, quando o Estado se pauta por tal postura, principalmente em se tratando do

Estado-juiz, corre-se o risco da permissão à verificação da “destruição da política majoritária” (ROSENFELD, 2004, p. 23).

Desse modo, segundo Rosenfeld (2001, p. 34), o *Rechtsstaat* alemão pós-2ª Guerra Mundial subordina a legalidade positiva a valores e princípios substantivos. Na prática constitucional da Alemanha, percebe-se um papel de destaque à argumentação pautada na ideia de dignidade humana (ROSENFELD, 2001, p. 34). Nesse contexto, há uma judicialização de questões antes relegadas à política, que transparece uma dimensão social do Estado (ROSENFELD, 2001, p. 35).

Na experiência francesa, a seu turno, o Estado de Direito também assumira concepções particulares. Inicialmente, segundo Rosenfeld (2001, p. 37), teria adotado a forma de um *État Légal* – que, embora parecido com o *Rechtsstaat* positivista, estava intrinsecamente ligado à soberania parlamentar e à democracia parlamentar. Enquanto o *Rechtsstaat*, em seus primórdios, teve na doutrina de Kant sua fundamentação, o *État Légal* se amparou nas teorias de Rousseau (ROSENFELD, 2001, p. 41), o que explica uma soberania parlamentar acentuada.

Nesse sentido, a concepção do *État Légal* parte de uma noção de autolimitação, em que o povo, construindo a vontade geral no parlamento, livremente assumiria responsabilidades (ROSENFELD, 2001, p. 39-40). A legitimidade das leis derivaria, assim, do fato de essas serem a expressão da vontade geral, que surgiria por meio de um processo dinâmico em que os interesses de todos os indivíduos seriam considerados para tal formação (ROSENFELD, 2001, p. 41). Ademais, ressalta Rosenfeld (2001, p. 41) que, em Rousseau, há a defesa de certo valor intrínseco na ideia de autogoverno, exercido no âmbito desse procedimento descrito.

Pela matriz teórica adotada, era inconcebível que a lei pudesse, de algum modo, infringir liberdades dos cidadãos, em virtude de ser a expressão dessa vontade geral (GROTE, 2002, p. 143-144). Entretanto, segundo, Grote (2002), outro fator, de ordem histórica, influenciou na construção de um modelo institucional de soberania Parlamentar. Nesse sentido, à época, existia certa desconfiança em relação à atuação do Poder Judiciário, dado seu comportamento na França pré-revolucionária de se imiscuir no

trabalho de administração da Coroa, bem como de impedir as já limitadas reformas legislativas ocorridas (GROTE, 2002, p. 144).

Ocorre que, hodiernamente, por não haver razões para se crer que a democracia parlamentar necessariamente expressará o bem público, o *État Légal* necessitou de um temperamento (ROSENFELD, 2001, p. 42). Na ordem constitucional francesa da atualidade, referido *État Légal* teria se transformado no *État de Droit*, que seria um Estado Constitucional que assume a forma de um garantidor jurídico dos direitos fundamentais em relação a violações provenientes da atuação do Parlamento (ROSENFELD, 2001, p. 37).

Assim, no atual modelo – institucionalizado após a 2ª Guerra Mundial –, os direitos fundamentais são concebidos como se possuíssem uma força jurídica (ROSENFELD, 2001, p. 38). Segundo Rosenfeld (2001, p. 38), tratar-se ia do *État Légal*, porém modificado segundo os direitos fundamentais liberais, que imporiam restrições àquele. Desse modo, o *État Légal* seria um meio para se assegurar a supremacia legislativa; o *État de Droit*, por sua vez, a forma de se proteger os direitos e liberdades dos cidadãos, que abarcaria duas concepções diferentes de direito: o ideal democrático de direito e a teoria liberal dos direitos fundamentais como limites inclusive à atuação legislativa (GROTE, 2002, p. 158).

Entretanto, cumpre salientar que a ideia de desconfiança em relação aos juízes é um fato histórico que continua influenciando o desenho institucional do Estado de Direito na França, na forma do *État de Droit*. Em virtude disso, tem-se, em solo francês, um sistema peculiar de controle de constitucionalidade, bastante distinto do modelo alemão, bem como do estadunidense, calcado na atuação do Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*)^[7].

Assim, embora institucionalizado em período similar ao do atual *Rechtsstaat* – pós-2ª Guerra Mundial –, percebe-se, pelo exposto, que as duas concepções de Estado de Direito permanecem bastante distintas. Para Grote (2012, p. 156-157), alguns motivos dessa divergência poderiam ser explicitados: o positivismo jurídico, na França, não havia assumido uma posição tão dominante quanto o teria efetivado na Alemanha anterior às

guerras; a existência da já mencionada desconfiança histórica francesa em relação à atuação dos juízes, o que não há em solo alemão; diferenças textuais entre os documentos constitucionais da Alemanha e da França, posto que, neste, ao contrário daquele, não há definição positiva analítica dos diferentes elementos do Estado de Direito.

3 CONCLUSÃO

“Estado de Direito” é uma expressão que designa diferentes formas assumidas em diversas localidades para se enfrentar a problemática do controle do exercício do poder político mediante o direito – ou seja, por meio do sistema jurídico. Nesse sentido, as peculiaridades contextuais de cada local e época, somadas às diferentes fundamentações teóricas para a criação de um desenho institucional de Estado capaz de enfrentar tal problema, implicaram no desenvolvimento de tradições distintas de Estado de Direito. Desse modo, é possível verificar modalidades diversas no trato da questão da tensão entre legalidade e legitimidade – ou seja, se (e como) a produção normativa do direito, por meio da edição de leis, bem como da atuação estatal pautada nessas, poderia assegurar a legitimidade do exercício do poder público.

Na tradição anglo-americana, o modelo do *Rule of Law*, em linhas gerais, em virtude de ter se desenvolvido em meio ao sistema da *common law*, não identifica o direito com o Estado, como o faz o *Rechtsstaat*. Há, aqui, a compreensão de um pluralismo de fontes jurídicas, que não se restringem à produção legislativa no âmbito do parlamento. Entretanto, apesar de uma tradição comum, o modelo ainda se diferencia no tocante à Inglaterra – em razão da concepção existente de soberania do Parlamento, hoje mitigada após as modificações introduzidas com a aprovação do *Human Rights Act* – e aos Estados Unidos da América, que reconhecem um papel maior aos magistrados na implantação e desenvolvimento do *Rule of Law*.

Na Alemanha, a seu turno, o *Rechtsstaat* tende a identificar o direito com o Estado, como se ambos estivessem numa relação simbiótica. Assim, adotou-se, ao máximo, a ideia do Estado moderno de monopólio do uso do

poder coercitivo. Três grandes fases, entretanto, podem ser mencionadas para o *Rechtsstaat*.

Inicialmente, na primeira metade do século XIX, o *Rechtsstaat*, fundamentado nas doutrinas filosóficas de Kant, combinava aspectos formais e materiais (substanciais) para a problemática da legitimidade estatal. Aqui, além de garantir a autonomia individual, tratando todos os indivíduos como fins em si mesmo, a lei deveria observar certos parâmetros substantivos, na forma de direitos negativos que albergavam ideais burgueses.

Entretanto, como a burguesia alemã, embora em ascendência econômica, estagnou-se politicamente, o modelo de premissas kantianas não vingou. Restou à burguesia, como única forma possível de evitar a arbitrariedade do *Reich*, se apegar às concepções formalistas, desenvolvendo-se um modelo positivista do *Rechtsstaatem* que as funções de criação e aplicação do direito não se concentravam nas mãos do mesmo órgão. Aqui, a questão da legitimidade restringiu-se à racionalidade formal, adotando-se uma neutralidade na concepção das leis.

Ressalte-se que essa racionalidade formal teve sua importância histórica, propiciando segurança aos indivíduos, dando previsibilidade ao direito, assegurando sua aplicação futura (prospectiva) e geral, e combatendo as atuações baseadas em *status* do *Ancien Régime*. Contudo, ao término da 2ª Guerra Mundial, essa redução da legitimidade à mera legalidade formal mostrou-se problemática, tendo em vista a ação do regime nazista.

Assim, hodiernamente, vige na Alemanha um *Rechtsstaat* baseado no retorno à ideia de valores substantivos como condição para a legitimidade do Estado, corriqueiramente protegidos em termos constitucionais, segundo uma Constituição analítica reforçada judicialmente. Não obstante o teor louvável da busca pela ruptura em relação ao passado recente do nazismo, a atual judicialização exacerbada das questões em solo alemão, imiscuindo-se em problemas cuja solução anteriormente era relegada ao âmbito da política, corre o risco de esvaziamento desta, bem como da imposição tirânica de valores particulares dos magistrados sob a pretensa aplicação de

uma “ordem objetiva de valores” incorporada constitucionalmente. Assim, a radicalização da perspectiva substantiva pode ocasionar, em realidade, problemas de legitimidade, ao invés de solucioná-los.

Em relação à tradição francesa, a histórica desconfiança na atuação dos juízes implicou na construção do *État Légal* atrelado à ideia de soberania parlamentar, fundado nas concepções teóricas de Rousseau, valorizando-se a ideia de autogoverno. Após a 2ª Guerra Mundial, entretanto, ocorrera a institucionalização do *État de Droit*, em que os direitos fundamentais passam a ser compreendidos enquanto limites à atividade do Parlamento. Contudo, dada a peculiaridade da já mencionada ressalva com relação aos poderes conferidos aos magistrados, o controle de constitucionalidade francês assume diversas peculiaridades quando comparado a outros sistemas constitucionais.

4 REFERÊNCIAS

BARBER, N. W. The *Rechtsstaat* and the Rule of Law. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 53, n. 4, p. 443-454, outono 2003. Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2016.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 49, p. 81-100, jul./dez. 2006. Disponível em: . Acesso em: 02 dez. 2015.

GARDBAUM, Stephen. Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 8, n. 2, p. 167-206, abr. 2010. Disponível em: . Acesso em: 04 dez. 2015.

GROTE, Rainer. Rule of Law, *Rechtsstaat*, y *État de Droit*. **Pensamiento Constitucional**, Lima, v. 8, n. 8, p. 127-176, 2002. Disponível em: . Acesso em: 02 dez. 2015.

KRYGIER, Martin. Rule of Law (and *Rechtsstaat*). **UNSW Law Research Paper**, Research Paper n. 2013-52, ago. 2013. Disponível em: . Acesso em: 02 dez. 2015.

NEUMMAN, Franz. A mudança da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-87, jul./dez. 2014. Disponível em: . Acesso em: 02 dez. 2015.

PALOMBELLA, Gianluigi. The rule of law beyond de state: Failures, promises and theory. **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 7, n. 3, p. 442-467, maio 2009 *apud* KRYGIER, Martin. Rule of Law (and Rechtsstaat). **UNSW Law Research Paper**, Research Paper n. 2013-52, ago. 2013. Disponível em: . Acesso em: 02 dez. 2015.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 11-63, jan./jun. 2004. Disponível em: . Acesso em: 02 dez. 2015.

ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. **Cardozo Law School**, [s. l.], Law Research Paper n. 36, p. 1-70, mar. 2001. Disponível em: . Acesso em: 02 dez. 2015.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOTAS:

[1] Expõe-se aqui, como expressão dessa ideia, os dizeres de Schmitt (2007, p. 3): “o último e verdadeiro sentido do ‘princípio’ fundamental de ‘legalidade’ de toda e qualquer vida estatal consiste, enfim, em que não mais se imponham, de maneira alguma, poderes e ordens, afinal de contas, somente se pode fazer valer normas impessoalmente vigentes. Na *legalidade* geral de toda aplicação do poder estatal, reside a justificação de um Estado como o aqui preconizado. [...] Nesse caso, a forma especial de manifestação do Direito é a lei e a justificação específica da coerção estatal é a legalidade”.

[2] Após a aprovação do *Human Rights Act*, em 1998, pode-se dizer que ocorrera alterações no tradicional modelo da supremacia parlamentar adotado na Inglaterra se alterou. Para um inventário e avaliação dessas modificações, cf. Gardbaum, 2010.

- [3] É interessante perceber como Schmitt (2007, p. 20) reconhece, nesse contexto, que o Estado deve obter o monopólio da produção jurídica, negando a possibilidade de um pluralismo de fontes do direito no âmbito de um Estado legiferante: “no Estado legiferante parlamentar, legislador é sempre o legislador ordinário. Toda e qualquer concorrência de outros legisladores de natureza diferente e de conceitos jurídicos mutuamente relativistas destrói, como já foi frisado, o próprio Estado legiferante. No Estado legiferante do sistema fechado de legalidade, não pode haver, tal como na Teoria do Estado Romano, diversas ‘fontes jurídicas’, *leges*, plebiscitos, *senatus consultum*; *constitutiones principum*, éditos dos magistrados, *consulta prudentium* etc. O legislador do Estado legiferante tem de manter em suas mãos o ‘monopólio’ da legalidade”.
- [4] Destaque-se que, para Barber (2003, p. 450), ao não pressupor necessariamente a existência de um conceito não jurídico de Estado, as doutrinas do *Rule of Law* conseguiriam se desvencilhar de uma das questões problemáticas centrais ao *Rechtsstaat*, qual seja, como seria possível obter a harmonia entre o Estado e Direito.
- [5] Conforme se verá posteriormente, na própria tradição alemã há uma discussão a respeito da forma de legitimidade a ser buscada no *Rechtsstaat*, se por referência unicamente a tal aspecto formal da lei ou se, também, ao seu conteúdo (substância). No período histórico do *Rechtsstaat* compreendido entre a segunda metade do século XIX e o término da 2ª Guerra Mundial, entretanto, predominaram as concepções formais da legalidade defendidas, por exemplo, por Schmitt (2007), entendidas posteriormente como um erro após as atrocidades cometidas pelo regime nazista (KRYGIER, 2013, p. 9).
- [6] Na opinião de Schmitt (2007, p. 2), o Estado de Direito se resumiria a um Estado legiferante parlamentar. Entretanto, cumpre salientar que isso não implica, necessariamente, a adoção de um sistema parlamentar *democrático* conforme uma compreensão pluralista. Isso porque, na opinião de Schmitt (2007), a decisão majoritária possuiria autoridade legítima em meio à homogeneidade; a democracia partidária heterogênea no Parlamento torna-se um problema na concepção do autor.
- [7] Para maiores detalhes a respeito da construção do modelo francês de controle de constitucionalidade, cf. Grote, 2002. A respeito das recentes reformas introduzidas nesse sistema, cf., também, Streck, 2013, p. 398-408.

O INQUÉRITO POLICIAL NO DIREITO COMPARADO: A NECESSÁRIA REFORMA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

ANDRÉ EDUARDO PERES STAFUSA:
Bacharelado em Direito pela Universidade

Brasil e Escrivão de Polícia Civil do Estado de São Paulo.

ANDRÉ DE PAULA VIANA(Orientador)[1]

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo apresentar o sistema de investigação criminal no Brasil, atualmente tendo como regra o Inquérito Policial. Por meio de revisão bibliográfica, comparou-se os sistemas processuais de investigação criminal adotado nos Estados Unidos e na França com o rito pátrio. Diante da necessária modernização da investigação criminal no país, concluiu-se que determinados aspectos das legislações estadunidenses e francesas poderiam ser aplicados na legislação nacional para aprimorar a investigação pré-processual.

Palavras-chave: Investigação Criminal. Inquérito Policial. Modelos de Persecução Penal.

ABSTRACT: The present work aims to present the criminal investigation system in Brazil, currently having as a rule the Police Inquiry. Through a bibliographical review, the procedural systems of criminal investigation adopted in the United States and in France were compared with the patriot rite. Faced with the necessary modernization of criminal investigation in the country, it was concluded that certain aspects of US and French law could be applied in national legislation to improve pre-procedural investigation.

Keywords: Criminal Investigation. Police Inquiry. Models of Criminal Prosecution.

SUMÁRIO: 1. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL; 1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO INQUÉRITO POLICIAL; 2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA FRANÇA; 3. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NOS ESTADOS UNIDOS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Eleito como instrumento de colheita de dados para a investigação criminal no país, o Inquérito Policial é de longa data usado no país, pouco se mudando desde sua concepção. Tais características são melhor abordadas no início da primeira seção.

Com bases fixadas no século XIX, o Inquérito Policial apresenta-se com características obsoletas, frutos de um período em que a realidade tecnológica estava distante da atual. Buscando dados históricos, observou-se que o citado procedimento investigativo foi o mais indicado para a época de sua implementação, porém deixou de sê-lo na atual conjuntura. Assim sendo, faz-se necessário buscar outros elementos para melhor complementar a investigação criminal nacional. Tais constatações são observadas na seção secundária da primeira seção.

A partir de elementos extraídos das obras constantes na referências bibliográficas, buscou-se o funcionamento dos sistemas investigatórios criminais vigentes nos Estados Unidos e na França. Analisando-se referidos sistemas e suas características, foi possível comparar os elementos que norteiam a instrução pré-processual penal daqueles países com o adotado Inquérito Policial.

Observou-se que o juizado de instrução, adotado na França, permite a instalação do contraditório antes da fase de julgamento. Assim sendo, a dilação probatória pré-processual não necessita ser repetida perante o julgador. As peculiaridades francesas foram apresentadas na segunda seção. Já nos Estados Unidos, observou-se uma interação maior entre a polícia e o Ministério Público e maior poder decisório deste ao fim da instrução pré-processual. O sistema investigatório estadunidense foi discutido no âmbito da terceira seção.

Tais observações foram sugeridas a serem adaptadas ao ordenamento pátrio, após ser feita comparação entre os três sistemas, aproveitando-se o melhor que cada um deles poderia oferecer.

1. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

A investigação criminal no Brasil em regra se dá por intermédio do Inquérito Policial. Conforme artigo 4º do Código de Processo Penal e artigo 2º §1º da Lei 12830/2013, a presidência de tal procedimento caberá a ocupante de cargo de Delegado de Polícia de carreira, sendo indelegável a outros agentes públicos tal atribuição.

Uma das características desse procedimento é ser escrito. Todas as providências tomadas no âmbito do Inquérito Policial devem ser reduzidas a termo e juntadas nos autos do procedimento. Assim sendo, existe o carecimento de providências burocráticas para o seu regular trâmite tais como autuação, rubricação de folhas, certidões, termos de conclusão, recebimento, data, juntada e remessa. Devido à característica da escrituração, ainda há a responsabilidade de guarda dos feitos e trânsito entre a Polícia, Ministério Público e Judiciário, o que gera probabilidade de delongas excessivas em seu andamento, bem como o risco de extravio.

Tem ainda o Inquérito Policial característica inquisitorial. Durante a investigação no âmbito extrajudicial, não existem os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a especificação e colheita de provas se dá de forma unilateral, não tendo a defesa do investigado direito de manifestar-se nos autos quanto à forma de obtenção dos elementos de prova.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO INQUÉRITO POLICIAL

A denominação Inquérito Policial, conforme conhecida na atualidade, remonta a sétima década do século XIX, advinda da Lei 2033/1871, a qual foi regulamentada pelo Decreto-Lei 4824, do mesmo ano. No artigo 42 do mencionado dispositivo normativo regulamentar estava esculpido: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; e deve ser reduzido a instrumento escrito”.

Apesar de tal dispositivo não estar mais em vigor, a essência da norma referida continua em vigor. O artigo 9º do Código de Processo Penal vigente vige da seguinte forma: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

Quando da feitura da atual lei de ritos penais, datado de 1941, o relator do projeto legislativo e então Ministro da Justiça Francisco Campos, na exposição de motivos do projeto em questão descartou uma alternativa ao Inquérito Policial, mais por questões práticas para a época do que jurídicas:

Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

O preconizado *juízo de instrução*, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e *indicar* testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deve ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade (BRASIL, 2012, p. 234).

Naquela época, a motivação exposta fez sentido em vista das enormes despesas que causaria a implantação do juizado de instrução com as condições de infraestrutura de transportes e comunicação de tal período.

Não havia um sistema rodoviário eficaz em tal período, sendo que somente no governo do presidente Juscelino Kubitschek, na década seguinte a promulgação do Código de Processo Penal, que a construção de estradas de rodagem ligando uma parte do país a outra ganharia intensidade (TRANSPORTE EM FOCO, 2015). Da mesma forma, a vinda de automóveis para o país, bem como a fabricação de veículos nacionais teriam força considerável apenas na segunda metade do século XX (TRANSPORTE EM FOCO, 2015).

A tecnologia disponível e as comunicações à distância também deixavam a desejar. Os primeiros computadores começaram somente a chegar na quinta década do século XX (PORTAL EDUCAÇÃO, 2013). A tecnologia do fac-símile foi disponibilizada em escala comercial no país somente a partir de 1897 (O GLOBO, 2013). Já o primeiro serviço de internet

fora dos meios acadêmicos seria concebido em 1994(OFICINA DA NET, 2017). Dessa forma, a comunicação envolvendo transmissão de dados como hoje é concebida era tida por ficção na década de 1940.

Tais contextos mostram o porquê preferiu o legislador manter o sistema de inquérito policial naquela época em vez do juizado de instrução, uma vez que o país não possuía interligação viária e de comunicações sólidas naquela época, o que inviabilizaria a implantação de tal sistema investigatório naquele período.

2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA FRANÇA

Tendo origens napoleônicas, o juizado de instrução subsiste na França como meio de colheita de provas antes do julgamento da causa penal(LEHMAN, 2009). Em cognição sumária de prática delitiva, a persecução penal inicia-se com a fase de inquérito, onde um policial ou Membro do Ministério Público inicia a colheita de provas preliminares e indícios de autoria delitiva. Por ser apenas de cognição inicial, vigora o princípio inquisitivo e a imposição de sigilo.

A segunda fase trata-se da instrução. Diferentemente do que ocorre no Brasil onde já se há uma acusação apresentada, neste momento há a colheita de provas para verificar se há condições de viabilidade para apresentação de uma acusação contra o investigado.

Nessa segunda etapa processual, quem conduz a investigação é o juiz de instrução. Ele detêm o poder de diligenciar a fim de trazer ao processo os elementos probatórios a fim verificar se haverá causa para demanda penal(CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016). Tanto o Ministério Público, quanto o investigado podem requerer produção probatória, que será atendida conforme deliberação do juiz de instrução. Ainda há sigilo na investigação, porém as partes têm acesso ao conteúdo probatório já colhido. Tais provas colhidas gozam de caráter jurisdicional.

Por fim, havendo admissibilidade dos fatos alegados contra o investigado é que este será submetido a julgamento perante algum tribunal a depender da natureza da infração penal cometida. O julgamento é feito por juiz diferente daquele que promoveu a instrução(E-JUSTICE, 2016).

3. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, em virtude do federalismo “sui generis” ali adotado, há diversos sistemas processuais no território estadunidense. Cada unidade da federação adota um modelo próprio, bem como há um rito penal adotado em casos de competência federal para processo e julgamento (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [20-?]). Há, no entanto, algumas particularidades entre ambos, as quais serão abordadas.

A investigação criminal é conduzida tanto pela polícia ou conjuntamente pelo Ministério Público e pelos órgãos policiais com atribuição específica para determinado tipo de delito (CABRAL, 2009).

Na fase de investigação, tal como no sistema pátrio, a colheita de provas se dá por meio inquisitivo, não havendo a participação efetiva da defesa em tal momento.

O órgão acusador dispõe de liberdade para deliberar sobre a instauração de ação penal contra o investigado. A depender dos elementos colhidos e da gravidade delitiva, o promotor poderá deixar de promover o processo penal, não necessitando de homologação judicial tal decisão de não-prosseguimento da demanda penal.

O Ministério Público tem grandes poderes de transação penal, muito mais amplos que os conferidos pela Lei 9099/1995 aos membros do “parquet” brasileiro. Nos Estados Unidos, os promotores têm discricionariedade para barganhar penas, confissões, condições de cumprimento de pena, colaborações premiadas e entre diversas outras medidas. Tal liberdade tem permitido que diversas ações que poderiam acumular-se nos tribunais, sejam resolvidas antes de irem à pauta de instrução judicial.

CONCLUSÃO

Observou-se que não há sistemas de investigação perfeitos, seja pelo fato de serem burocráticos, ocuparem diversos agentes públicos em sua

execução ou não permitirem que o investigado possa exprimir seu direito de defesa na fase pré-processual.

O Inquérito Policial teve suas bases fixadas no século XIX e delas não saiu. Continua sendo o mesmo procedimento extrajudicial de cunho inquisitorial e presidido somente por ocupantes do cargo de Delegado de Polícia. Também manteve o seu caráter escrito e burocrático, que acaba por prejudicar a celeridade das investigações.

Observando o juizado de instrução francês, apesar de possuir diversas falhas que possuírem algumas condições a serem sanadas, pode-se extrair de tal sistema investigatório algumas particularidades para incorporá-las ao padrão nacional de investigação.

Se quando do advento do atual Código de Processo Penal o país carecia de infraestrutura viária e de comunicações eficazes, a realidade atual é diferente. Apesar de não primar em excelentes rodovias e conexões de internet semelhantes a de países desenvolvidos, os gargalos materiais de outrora já não mais atravancariam a implantação do juizado especial.

Com o advento da lei 12830/2013, a carreira de Delegado de Polícia foi reconhecida como sendo de natureza jurídica, essencial e exclusiva de Estado. Como o trabalho de instrução no âmbito do Inquérito Policial é repetido em juízo, o Delegado de Polícia poderia ser considerado como juiz de instrução, não havendo necessidade de repetição de colheita de atos probatórios semelhantes, sendo que os trabalhos investigativos realizados pela autoridade policial teriam cunho jurisdicional. Da mesma forma que no sistema francês, as partes teriam oportunidade de intervenção no feito, estabelecendo-se o contraditório e ampla defesa. Após diligências de caráter unilateral pela polícia com o único condão de verificar se há mínimos indícios de cometimento de delito e de autoria delitiva, a colheita de provas pelo juiz de instrução se iniciaria. Somente após a formação do conjunto probatório apto a firmar uma convicção sobre a procedência das acusações é que o caso seria submetido a um órgão jurisdicional competente para julgamento.

Dos sistemas investigatórios estadunidenses também é possível extrair algumas características que poderiam ser proveitosas no país. Com a

colheita de indícios de materialidade e autoria delitiva, o Ministério Público, que seria cientificado do início da investigação preliminar a instrução, poderia abreviar o curso processual com medidas de transação penal. Com base nas provas preliminares carreadas, o órgão acusador poderia propor transação penal com a parte investigada antes de iniciada a fase de instrução. Outrossim, se não aceita pela parte a transação, após o fim da instrução, nova oportunidade de transação seria realizada. Em qualquer dos casos, a transação necessitaria de homologação de órgão jurisdicional propriamente dito.

Diante de todo o exposto, observa-se que tal proposta aproveitaria a estrutura policial existente, não necessitando de novas contratações em massa para atender tal sistemática.

Haveria economia de recursos, a celeridade processual seria evidente e desde a colheita de provas o contraditório e ampla defesa estariam assegurados, evitando-se qualquer prejuízo às partes.

REFERÊNCIAS

A Evolução do transporte rodoviário no Brasil e no Mundo, 2015. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.** Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: Vade mecum penal e processual penal. 3ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2012. p.234-289.

CABRAL, Bruno Fontenele. [Direito comparado: os órgãos de segurança pública e a persecução criminal no Brasil e nos Estados Unidos.](#) **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 14, n. 2150, 21 maio 2009.](#) Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

Direitos do arguido em processo penal-França, 2017. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2017.

Experiência do MP Francês contra crime organizado é abordada em seminário internacional. Conselho Nacional do Ministério Público, **Brasília, 23 nov. 2016. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2017.**

Guia para processos criminais nos Estados Unidos. Organização dos Estados Americanos(OEA). Disponível

em: https://www.oas.org/juridico/mla/pt/usa/por_usa-int-desc-system.pdf. Acesso em: 15 jun. 2017.

LEHMAN, Hervé. O juiz de instrução é ineficaz e pouco democrático. 2009. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2017.

OFICINA DA NET. O começo da Internet no Brasil, 2017. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2017.

O GLOBO. O fax vira mania, 2013. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2017.

PORTAL EDUCAÇÃO. O surgimento da informática e sua chegada ao Brasil, 2013. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 29. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007b, v. 1.

NOTAS:

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: OS DEZ ANOS DA LEI MARIA DA PENHA

KAMILLE NEVES FILGUEIRAS CABRAL DE SOUZA: Graduada em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), advogada especialista em Direito Administrativo.

RESUMO: O presente estudo analisa a violência doméstica contra a mulher sob a luz da Lei 11.340/2016, denominada popularmente como Lei “Maria da Penha”, e as significativas mudanças que ocorreram nesses mais de dez anos de legislação. De fato, a violência de gênero é uma das formas mais graves e preocupantes de violência, já que, na maioria das vezes, ocorre no seio familiar. A lei veio como resultado de uma denúncia feita à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e leva o nome da biofarmacêutica, Maria da Penha Fernandes, que foi vítima de tentativa de homicídio pelo seu marido à época dos fatos. Busca-se, através do presente artigo verificar se, ao longo dos anos, a referida Lei conseguiu cumprir com seu papel de redutor de criminalização, ou se, por fim, tornou-se mera medida política falaciosa, sem qualquer consequência prática para a vida em sociedade.

Palavras-Chave: Lei Maria da Penha; Violência contra a mulher; Aplicabilidade e Efetividade da Lei Maria da Penha; Dez anos de sua promulgação.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL; 3. DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER; 4. CONTEXTUALIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER; 5. DAS MEDIDAS ELENCADAS NA LEI 11.340/2006; 6. AS PRINCIPAIS MUDANÇAS LEGISLATIVAS; 7. REVITIMIZAÇÃO DA VÍTIMA: A LEI MARIA DA PENHA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA; 8. CONCLUSÃO; 9. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra a mulher está inserida em um contexto social no qual as relações entre homens e mulheres são marcadas pelo poder e submissão. Tal realidade foi construída a partir da atribuição de

papéis sociais, na qual o modelo de superioridade é o masculino. Essas relações de poder tornaram-se algo tão inerente à realidade da sociedade que a dominação masculina passou a ser vista como algo natural e inquestionável. Tal realidade, na qual o poder patriarcal, ou ideologia patriarcal, estruturava as relações conjugais e familiares, está presente no Brasil desde os tempos do Brasil Colônia.

Em meados de 1980, destacando a necessidade de uma mudança cultural e, conseqüentemente, uma mudança na forma de lidar com a realidade da violência de gênero, movimentos feministas impulsionaram a criação de Delegacias da Mulher e promoveram ações políticas que iniciaram o processo de alteração nas legislações relacionadas às mulheres. A primeira Delegacia da Mulher foi criada, por meio de um decreto do então governador Franco Montoro, em 6 de agosto de 1985, em São Paulo, com o propósito de ser uma delegacia de polícia especializada, com pessoas capacitadas para lidar com as vítimas de crimes crimes baseados no gênero e no ambiente doméstico, sob o título de delegacia policial de defesa da mulher (DPDM).

Tais movimentos buscavam, ainda, amparar as mulheres vítimas da violência doméstica e dar voz a elas. Além disso, no campo da política criminal, o movimento, ainda que não uniformemente, buscava a descriminalização de crimes como o aborto e a criminalização de outras condutas, dentre elas a que passou a caracterizar o crime de violência doméstica (Lei 10886/04). É válido ressaltar, que anteriormente a essa lei o Código Penal não fazia sequer menção à violência doméstica.

Anteriormente, a violência doméstica contra a mulher era tratada como crime de menor potencial ofensivo, aplicando-se a Lei 9099/95 (que criou os Juizados Cíveis e Criminais) aos casos existentes, que eram geralmente ameaça e lesão corporal. Tal norma propõe penas pecuniárias e prestações sociais, favorecendo a impunidade entre os agressores. Observa-se que cerca de 90% dos crimes cometidos contra as mulheres em situação de violência doméstica que chegavam aos Juizados resultavam em arquivamento após a audiência de conciliação. Assim, há quem entenda que essa lei teria banalizado a violência doméstica, reforçando a cultura da impunidade e estimulando a desistência das mulheres em denunciar.

Entende-se que apenas com a Constituição Federal de 1988 é que as mulheres foram formalmente equiparadas aos homens. Essa equiparação, no âmbito cível, apenas se deu em 2002, com a promulgação do Código Civil, cujo texto trouxe inovações importantes.

Apenas em 2006 foi promulgada a Lei 11340, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual consubstancia uma consolidação das alterações promovidas na legislação desde o início do movimento feminista de 1980 e é marco do movimento feminista no processo de criminalização da violência contra a mulher e sua inserção como crime de violação aos direitos humanos. Essa Lei, que veio como uma homenagem a uma vítima de agressão doméstica, Maria da Penha Maia Fernandes, caracteriza-se pelo rigor com que trata os infratores, pelas medidas de prevenção à prática dos crimes, tais como ações que contribuam para a mudança dos padrões sociais que influenciam esse tipo de violência, pela assistência dispensada às vítimas e pela repressão, propondo alterações no Código de Processo Penal, no Código Penal e na Lei de Execução.

Observa-se que a lei em comento trouxe grande mudança no tratamento dispensado aos crimes cometidos em contexto de violência doméstica e familiar, sobretudo aqueles de menor potencial ofensivo.

Embora muito já tenha sido feito no combate à violência doméstica, ainda existe um cenário de desconhecimento conceitual e instrumental sobre a questão de gênero e a violência contra a mulher, sobretudo entre as autoridades responsáveis por lidar diretamente com esse tipo de violência. Assim, muitas vezes as mulheres são novamente vitimizadas (vitimização secundária), tendo que enfrentar os preconceitos e a falta da capacitação dos profissionais que deveriam protegê-las.

2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

2.1. A Constituição Federal de 88 e a proteção dos direitos dos vulneráveis

A Carta Magna de 1988, além de estabelecer que a família pode ser constituída por outras instituições, além do casamento (CF, art 226),

equiparou, no Capítulo VII, homens e mulheres em direitos e obrigações (isonomia), estabelecendo como paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana.

A CF adotou, também, no seu artigo 227, a Doutrina de proteção integral relativa à criança e ao adolescente, da qual decorreu a edição da Lei n. 8.069/90 - Estatuto da criança e do adolescente (ECA).

Da mesma maneira, a Constituição também contemplou os direitos e proteções aos idosos e as pessoas com deficiência, garantindo a tutela destes.

Fez-se necessário, então, que o mesmo tratamento fosse dispensado à mulher em situação de violência doméstica e familiar, coroando o legislador a tutela dos vulneráveis com a edição da Lei n. 11.340/2006 - Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Merece ser ressaltado que o termo *vulnerável* não tem qualquer conotação de inferioridade, servindo apenas para designar uma categoria de pessoas que por uma condição etária, social, temporária ou duradoura, familiar, física ou mental, são destinatárias de uma proteção estatal mais efetiva, não havendo, portanto, quebra do princípio da igualdade.

2.2. PROTEÇÃO INTERNACIONAL

2.2.1. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher

Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 4.377/2002, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n. 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, foi baseada na constatação de que apesar, da existência de diversos instrumentos internacionais visando a garantia dos direitos humanos e recriminando qualquer forma de discriminação, as mulheres continuaram sendo objeto de grandes discriminações.

Estabeleceu a referida convenção que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito à dignidade humana, dificultando a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constituindo um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família, impedindo a mulher de servir o seu país e a Humanidade em toda a sua extensão das suas possibilidades. Em situações de pobreza, a mulher tem um acesso mínimo à alimentação, aos cuidados médicos, à educação, à capacitação e às oportunidades de emprego e à satisfação de outras necessidades, sendo certo que o estabelecimento da nova ordem econômica internacional, baseada na equidade e na justiça, contribuirá de forma significativa para a promoção de igualdade entre homens e mulheres.

Assim é que, para os fins da convenção, a expressão “discriminação contra as mulheres” significa toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objeto ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Os Estados-Partes condenaram a discriminação contra as mulheres sob todas as suas formas, e concordaram em seguir, por todos os meios apropriados e sem tardança, uma política destinada a eliminar a discriminação contra as mulheres.

2.2.2. Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher

Promulgada pelo Decreto n. 1973/96, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, datada de 1994, e denominada “Convenção de Belém do Pará, também previu que se deve entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, no âmbito público como privado”.

Segundo à convenção, a violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

- que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;
- que tenha ocorrido na continuidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus-tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar; e
- que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra;

Estabelecendo, ainda, que toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no privado, acrescentou a convenção que toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos.

Acrescentou, ainda, a dita convenção, que toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos.

Foi nesse contexto que os Estados-Partes, dentre eles o Brasil, condenaram todas as formas de violência contra a mulher e concordaram em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência.

Por fim, estabeleceu a referida convenção que, para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados-Partes terão especialmente em conta a situação de vulnerabilidade à violência que a mulher possa sofrer em consequência, entre outras, de sua raça ou de sua condição étnica, de migrante, refugiada ou desterrada. No mesmo sentido

se considerará a mulher submetida à violência quando estiver grávida, for excepcional, menor de idade, anciã ou estiver em situação socioeconômica desfavorável ou afetada por situações de conflitos armados ou de privação de sua liberdade.

3. DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

3.1 A violência e suas formas de manifestação

Conforme o Mapa da Violência de 2012, uma em cada cinco mulheres já sofreu algum tipo de violência dentro de casa. Dentre esses casos, 80% dos agressores são maridos ou namorados das vítimas.

A violência, consoante preceitua a Organização Mundial de Saúde, é o uso intencional de força física ou de poder (real ou por ameaça) contra outro indivíduo ou contra si próprio, que resulte ou possa resultar em lesão, morte, deficiência, etc. Para alguns doutrinadores a violência é o uso de força física, psicológica e intelectual para obrigar a outra pessoa a fazer algo contra a sua vontade.

A violência doméstica praticada contra a mulher consubstancia qualquer ação ou omissão, baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Pode, então, a violência doméstica ser compreendida como uma espécie da violência de gênero. É marcada pela alta carga emocional envolvida e abarca também os crimes cometidos fora do âmbito doméstico, em qualquer relação íntima de afeto. O que ocorre na maioria dos casos é o cometimento do crime por ex-maridos ou ex-companheiros das vítimas. Outra característica desse tipo de crime é a reiteração com que são praticados, já que a maioria das mulheres não se afasta do agressor, pelos mais variados motivos: dependência financeira e/ou afetiva; medo; vergonha; preservação do que entende por estrutura familiar, etc.

Essa violência é manifestada de diversas formas. Pode ser física, quando o agressor ofende a integridade ou a saúde corporal da vítima; sexual, quando a mulher é levada a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso

da força; emocional ou psicológica, quando o agressor causa dano emocional e diminuição da auto-estima, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; patrimonial, quando o agressor retém, subtrai, destrói parcial ou total seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos; ou moral, quando há ofensa à honra da vítima.

Tais formas de violência estão previstas na lei em comento, porém consubstanciam o rol meramente exemplificativo.

3.2 Fatores sociais que influenciam na violência doméstica

A violência doméstica contra a mulher traduz a relação de poder e de dominação do homem sobre a mulher historicamente existente. Tal característica induz relações violentas entre os sexos, indicando que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. Sob essa perspectiva, um dos principais fatores de perpetuação da violência de gênero é a nossa cultura, já que consubstancia os hábitos e costumes presentes na consciência coletiva.

Nesse sentido dispõe Marília Montenegro:

A violência doméstica contra a mulher constitui-se de um conflito de gênero, portanto, não se pode deixar de analisar o conflito como uma relação de poder, entre o gênero masculino, representado socialmente como forte, e o gênero feminino, representado socialmente como fraco. Essa relação de poder foi construída ao longo da história do próprio Direito **(PESSOA DE MELO, p. 115)**.

Em razão desse caráter social e cultural atrelado à violência contra a mulher, a denúncia desse tipo de violência e a implantação de medidas

preventivas para pôr fim a esse tipo de crime tornam-se atividades complexas que requerem bem mais do que apenas a repressão.

Além disso, o ciclo da violência contra a mulher parece não ter fim quando observa-se, ainda, que existe uma legitimação da sociedade em relação à conduta do agressor, a qual muitas vezes é justificada, levando a vítima a um processo de vitimização terciária.

4. CONTEXTUALIZANDO A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER

Para entendermos as medidas de proteção e prevenção previstas na Lei Maria da Penha, é de suma importância um breve apanhado histórico da evolução dos direitos da mulher na sociedade e especialmente como eram tratados os casos de violência doméstica antes do ano de 2006, quando ainda não tínhamos a lei 11.340.

4.1 Os progressos dos direitos da mulher

Durante o século XX, o poder familiar era alicerçado no modelo de família da época, uma sociedade patriarcal, na qual o homem exercia uma autoridade sobre as mulheres e os filhos no ambiente familiar. Com o advento do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, de 1962, o Código Civil de 1916 foi modificado, o pátrio poder foi assegurado também a mulher, no entanto, em um papel colaborativo, onde em caso de divergências entre o casal, ainda predominava a vontade do homem.

Nesse contexto, após o Estatuto da Mulher Casada (1962), a Lei nº 6.515 de 1977 – Lei do divórcio e a instituição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, originou-se com esses dispositivos uma mudança de paradigma na tentativa de igualar os membros da entidade familiar.

O princípio da igualdade, concedido pela Constituição, provocou no direito profundas transformações quanto a igualdade entre homem e mulher. A institucionalização do artigo 226 § 5º, da Constituição Federal de 1988, elucida que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são

exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, estabelecendo igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal.

4.2 A Lei 9.099 - Lei dos Juizados Especiais

Em 1995, a Lei 9.099 - Lei dos Juizados Especiais, trouxe a tona os dados da violência doméstica sofrida pelas mulheres. É evidente, que essa Lei não foi a causa do aumento nos números dos casos de violência doméstica, mas foi responsável por desvendar o volume que estava represado nessas situações.

O volume que chegava a esses Juizados era basicamente de casos de violência doméstica, então se fez necessário a criação de um Juizados só para esses casos. Exemplificadamente, em Recife, esse Juizado especializado, um dos cinco Juizados da capital, era o que mais recebia TCO (Termo Circunstanciado de Ocorrência). Este Termo, substitui o inquérito policial, de forma bem mais simples, para dar celeridade à resolução aos crimes de menor potencial ofensivo.

Os crimes de ameaça, lesão corporal leve e crimes contra a honra (como injúria e difamação) são considerados crimes de menor potencial ofensivo, e assim, julgados nesses Juizados, onde são propostas penas alternativas, pecuniárias e de prestações sociais. Dessa forma, esses crimes cometidos contra as mulheres em situação de violência doméstica eram julgados como crimes de menor potencial ofensivo, e resultavam na maioria dos casos em arquivamento após a audiência de conciliação.

5. DAS MEDIDAS ELENCADAS NA LEI 11.340/2006

Com o advento da Lei 11.340 de 2006, a Lei Maria da Penha, foi retirado o conceito de menor potencial quando envolve violência doméstica contra uma mulher, não podendo ser tratados pela Lei 9099/95 - dos Juizados Especiais. Conforme exposto no seu artigo 41: "Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1965".

5.1 Medidas integradas de proteção

A Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher estabeleceu um conjunto articulado de ações da União, dos Estados e dos Municípios, além de ações não governamentais, como forma de uma política pública que visa coibir esse tipo de violência, tendo como base as seguintes medidas estabelecidas no seu art.8:

a) a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

b) a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

c) o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1o, no inciso IV do art. 3o e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal ;

d) a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

e) a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

f) a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a

implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

g) a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

h) a promoção de **programas educacionais** que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia; (grifo nosso)

i) o destaque, nos **currículos escolares** de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher. (grifo nosso)

Essas medidas citadas são formas preventivas da violência doméstica e familiar contra as mulheres, tratando a lei também, conforme veremos a seguir, das medidas de natureza policial, judicial e protetivas de urgência.

5.2 Medidas de natureza policial

A mulher vítima de uma situação de violência doméstica e familiar tem a necessidade de um atendimento em sede policial, pronto e eficaz, visto que, a delegacia de polícia geralmente é onde se tem o primeiro contato.

Desta forma, a Lei Maria da Penha, no seu artigo 11, elencou diversas medidas que devem ser tomadas pela autoridade policial no momento do atendimento à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Nas quais estão as seguintes providências:

a) garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

b) encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

c) fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

d) se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

e) informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

5.3 Medidas protetivas de urgência à ofendida

A lei de violência doméstica e familiar contra a mulher estabeleceu diversas medidas protetivas de urgência, que devem ser tomadas pelo juiz, assim que receba o expediente com o pedido da ofendida ou a requerimento do Ministério Público.

Desse modo, recebido o expediente com o pedido da ofendida, deve o juiz, no prazo de 48 horas, de acordo com o que dispõe o art. 18 da lei:

a) conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

b) determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;

c) comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

As medidas protetivas de urgência podem ser aplicadas isolada ou cumuladas, e também, ser substituída por outra de maior eficácia, a qualquer tempo, sempre que houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos na lei.

No âmbito das medidas protetivas de urgência, a lei arrolou outras providências que dizem respeito especificamente à integridade física e ao patrimônio da vítima e de seus dependentes. Nesse sentido, o art. 23 da referida lei, dispõe que poderá o Juiz:

- a) encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- b) determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- c) determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- d) determinar a separação de corpos.

No que tange a proteção do patrimônio dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, pode o juiz liminarmente, determinar: a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; a suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; e a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

6. AS PRINCIPAIS MUDANÇAS LEGISLATIVAS

Conforme analisado alhures, a violência contra a mulher não é algo novo a ser tratado pela sociedade ou pelo campo jurídico. Sendo assim, após a realização de diversas pesquisas, constatou-se que o Brasil ocupa o 5º lugar no ranking de atos violentos contra as mulheres. Nesta toada, pode-se dizer que a estimativa é de que 13 mulheres sejam assassinadas por dia.

Diante dessa situação calamitosa, a criação da Lei Maria da Penha veio como uma medida necessária, ainda que infeliz, visto que o fato de ferramentas legais serem imprescindíveis para garantir direitos fundamentais a uma parcela da sociedade, deveria ser algo natural da vida em comunidade e não imposição do Estado. Porém, não se pode olvidar que as mudanças trazidas foram significantes para a forma de atuar do Poder Público, podendo combater com mais ênfase os referidos crimes.

6.1 Juizados de violência Doméstica e Familiar

Por conta do Princípio da Especialidade, o artigo 14 da Lei de Violência doméstica e familiar contra a mulher determina a confecção, por meio de todos os Entes Políticos do princípio da especialização, com ressalva dos Municípios de Juizados específicos para tratar do assunto. Estes, por sua vez, terão competência cível e penal para solucionar os impasses originários dessas condutas delituosas praticadas no seio familiar e doméstico contra as mulheres.

Outro instituto criado pela mesma lei, concerne na implementação de curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária que integrarão os juizados de violência. Entre as competências, destacam-se:

- centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;
- casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;
- delegacias e núcleos da defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;
- programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;
- centros de educação e reabilitação para agressores.

Essas competências, enquanto não for possível a implementação integral e nacional dos juizados pela extensão do país, serão conjuntas com varas criminais, podendo o juiz, no mesmo momento, não só aplicar as medidas protetivas previstas na legislação, mas também medidas que pertinem à ofendida.

6.2 Impossibilidades de aplicação da Lei 9.099/95

Em razão de dispositivo expresso da Lei nº 13.340/2006, qual seja, o seu artigo 41, não se usa esta lei no âmbito dos Juizados Especiais. Logo, em caso de lesão corporal, mesmo que leve, ou outro ilícito penal que se enquadre nos tipos penais da referida lei, nunca será possível o uso dos

institutos da transação e da suspensão condicional do processo, de acordo com o posicionamento pacificado do Supremo Tribunal Federal (HC 106.212/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24-3-2011).

Logo, o rito aplicado é o ordinário ou o sumário, conforme artigo 394 e seguintes do Código de Processo Penal, ressaltando-se que, sempre será possível a aplicação de medidas protetivas de urgência, bem como o uso da prisão preventiva, se o caso se amoldar aos parâmetros do art.312 do CPP. Curial salientar que não há empecilhos para o uso da prisão em flagrante do agressor no caso de crime que envolve a violência doméstica e familiar, inclusive se for caso de reporte da denunciada à autoridade policial.

6.3 Ação Penal

Seguindo a regra geral, a ação penal nos crimes de violência contra a mulher é pública incondicionada, sendo necessária, portanto, iniciativa do Ministério Público. entretanto, esse entendimento nem sempre foi pacífico nos tribunais. em 2012, o plenário do STF votou pela procedência da ADI dando interpretação conforme a constituição aos artigos. 12, I, 16 e 41 da Lei maria da Penha, entendendo que não se aplica a lei dos juizados especiais nesses casos, donde independe, mesmo que seja lesão corporal leve, de representação da vítima.

Entretanto, ainda é possível a ocorrência de delitos que envolvam a violência doméstica ou familiar contra a mulher que também dependem de representação, como é o caso dos crimes contra a honra e também do crime de ameaça.

Mesmo nesses casos, onde é necessária a representação ou apresentação da queixa-crime, a renúncia ao direito de representação ou sua retratação só pode ocorrer perante o juiz em audiência específica.

Essa medida tem por objetivo evitar que a mulher, sem compreender as consequências de seus atos, tornem efetivas as medidas de urgência e volte a colocar-se em situação de risco.

6.4 Prisão Preventiva do agressor

No que tange a este aspecto, o artigo 20 da Lei 11.340/06 determina que, em qualquer fase do processo ou até mesmo do inquérito, será possível a aplicação da prisão preventiva ao criminoso, seja de ofício pelo Magistrado, a requerimento do Parquet ou representação da autoridade policial.

Como dito alhures, as condicionantes para tanto são o preenchimento dos requisitos previstos no dispositivo específico do Código de Processo Penal, acrescidos da real necessidade de se garantir as medidas protetivas de urgência, podendo-se falar também em sua revogação, quando não mais conveniente e oportuna, visto que a liberdade do ser humano é um direito fundamental que apenas deve ser limitado quando houver razões claras para tanto.

6.5 Atuação do Ministério Público

Insta salientar que essa inovação legal trouxe o Ministério Público como um dos seus protagonistas, visto que, de acordo com o art. 25, sua atuação como custos legis é obrigatória, quando não for parte. Assim, segundo o art. 26, é da alçada desta Entidade, sem prejuízo de outras atribuições:

- requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros;
- fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação vulnerável, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas;
- cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

6.6 Assistência Judiciária

Seguindo a orientação de proteção integral à mulher em situação de vulnerabilidade, dispõe o art. 27 da legislação estudada, que em todos os atos processuais, cíveis e criminais, deverá a mulher estar acompanhada de advogado, ressalvado o caso de aplicação das medidas protetivas de urgência.

Foi garantido também o acesso à defensoria pública ou a serviços de Assistência judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico humanizado.

6.7 Serviços públicos de apoio

Com o advento da lei, o Estado teve que aprimorar os serviços públicos oferecidos às vítimas do sexo feminino, tornando-se, portanto, uma real falha estrutural no âmbito público, visto que o Poder Público não estava preparado para tal situação. Contudo, uma vez que tal assunto não é mais restrito à esfera individual, falando-se em verdadeiro problema social, medidas de assistência e prevenção tiveram de ser adotadas pelo Estado, de modo a suprir as necessidades da sociedade. Assim, como exemplo, pode-se falar das Delegacias de Atendimento à Mulher e dos inovadores serviços de assistência, como a Casa da Mulher Brasileira.

7. REVITIMIZAÇÃO DA VÍTIMA: A LEI MARIA DA PENHA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

O estudo da vítima toma, na criminologia um papel importante. A ciência se baseia em basicamente quatro objetos principais: o delito, o delinquente, a vítima e o controle social.

Ora, diferente das outras vítimas, a vítima da violência doméstica conhece o delinquente e acompanhou vários momentos da vida dele, o que torna o processo de coisificação do conflito, conforme palavras de Zaffaroni (1996), muito mais brutal.

De fato o Direito Penal tende a despersonalizar o conflito, faltando o espaço para a vítima, a qual acaba se tornando figura de pouca relevância na relação entre o Estado e o réu, isso porque, tradicionalmente o Direito Penal volta-se a punição de crimes que não atingiram apenas a esfera pessoal da vítima, mas também interesses públicos.

Enquanto parte negligenciada, a vítima acaba sofrendo novos danos, um processo chamado de vitimização, que na criminologia contemporânea, podemos dividir em quatro fases:

- A vitimização primária, a qual ocorre com o processo pelo qual o indivíduo sofre a violência;
-
- A vitimização secundária, que representam outros danos suportados pela vítima quando deparada com a sociedade e as instâncias de controle social;
- A vitimização terciária, representada pelo ônus que suporta o delinquente e, por fim
- A vitimização difusa, que encontra como vítima não uma pessoa determinada, mas sim a coletividade.

Quer dizer, como se não bastasse o sofrimento decorrente do crime, no modelo tradicional de justiça criminal, a vítima é “revitimizada” ao longo do próprio processo penal, dentre outras razões, porque: tem sua participação no processo limitada às funções de informante; segue aflita por desconhecer sobre o andamento do “seu” caso, e sobre os seus direitos enquanto vítima; raramente é atendida nas suas expectativas de reparação de danos; dentre outras situações de desprezo vividas pela vítima que, vale lembrar, também é protagonista na ocorrência criminosa (OLIVEIRA, 1999).

Pois bem. A revitimização da vítima de violência doméstica, a qual classificamos como vitimização secundária, é muito superior do que em outros casos de violência, como por exemplo, em crime contra o patrimônio. conforme aponta Calhou (2004, p.60):

Ao contrário do aspecto racional, que seria o fim do sofrimento ou amenização da situação em face da ação do sistema repressivo estatal, a vítima sofre danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos adicionais, em consequência da reação formal e informal derivada do fato.

Quando se trata de alguém que se quer bem, ou que já se quis bem algum dia, o fato praticado por aquela pessoa, que a lei define como crime, não pode nunca ser visto isoladamente, fora do contexto de uma história de vida, muitas vezes construída conjuntamente durante anos (MELLO, 2015).

Nesse aspecto, a justiça criminal tradicional só é capaz de oferecer uma condenação ou uma absolvição, sem diálogo nem possibilidade de

perdão ou reconciliação, e nenhuma dessas situações minorará as dificuldades enfrentadas pelas partes.

À parte de tudo isso, o direito penal surge como última e melhor solução: é preciso penalizar, tipificar e inserir a figura da violência doméstica como objeto do direito penal para que haja fim a impunidade. Entretanto, muitas vezes a tipificação de certas condutas apenas aparecem como “remendo” de certas mazelas sociais.

Ocorre que ao apresentar como solução para os conflitos que envolvem a violência doméstica, a pena restritiva de liberdade, o Direito acaba não só prejudicando o agressor como também a vítima. Há a diminuição da renda familiar, e falta suporte para a mulher muitas vezes cuidar dos filhos.

Além dos gastos normais com despesas diárias, muitas parceiras acabam indo à prisão visitar os companheiros que estão presos, o que gera mais um custo econômico com deslocamento e um custo psico-social com a situação de retornar ao relacionamento. As mulheres por vezes são taxadas como aquelas que “gostam de apanhar” e que não “sabem o que querem” (MELLO, 2015).

Pesquisas americanas demonstram:

[...] os efeitos desintegradores-integradores do aprisionamento podem operar de forma distinta nos diversos domínios da vida da mulher, agravando-lhe fortemente a situação econômica ao mesmo tempo em que a protege de um parceiro agressivo (COMFORT, 2007, p. 234).

Com efeito, não será através da criminalização, nem muito menos da penalização do homem, aqui os maridos, os companheiros, os filhos, os irmãos, que se terá a resolução de um problema tão arraigado no inconsciente coletivo brasileiro quanto o da busca do papel da mulher na sociedade, que deixou de ser “a mulher de senhor de engenho e de fazenda e mesmo a iaiá do sobrado, no Brasil, um ser artificial, mórbido. Uma doente,

deformada no corpo para ser a serva do homem e a boneca de carne do marido” (FREYRE, 2000, p. 126). Para ser o sexo que luta pelos espaços, pela dignidade e pela divisão do poder.

Ainda leciona Christie (2004, p. 118-119):

A lei penal é um instrumento perfeito para certos propósitos, porém grosseiros para outros. Deixa de lado muitas questões relevantes, e está baseado em dicotomias do tipo tudo ou nada, culpável ou inocente. Em muitas situações somos meio culpáveis. Se esta culpabilidade média é vista à luz de anteriores transgressões da outra parte ou de seus associados, abre-se uma porta para se chegar a um acordo. As soluções civis são mais integrativas, se esforçam para preservar os sistemas sociais como corpos de indivíduos em interação.

No Direito Penal comum, a “mulher agredida” denuncia o “homem agressor” e esse fato é tipificado como crime e, existindo indícios de autoria e materialidade, deve ser iniciado o processo para impor uma pena justa ao violador da lei. Assim:

[...] o sistema coloca o acontecimento sob o ângulo extremamente limitado do desforço físico, vendo apenas uma parte dele. Mas para o casal que viveu o fato, o que verdadeiramente importa – este desforço físico ou tudo aquilo que houve na sua vida em comum? (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 82).

Com base nesses contrapontos, é de se perguntar até que ponto a Lei Maria da Penha ajudou ou diminuiu o índice de violência doméstica contra a mulher, tendo em vista o grande viés negativo que trás consigo, no que se referem, pelo menos na revitimização da vítima.

Pesquisa feita pela PNS - Pesquisa Nacional de Saúde, em parceria com o Ministério da Saúde e o IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e

Estatística, em 2013, mostra como a violência, praticada principalmente em âmbito familiar, afeta a sociedade brasileira. Sendo assim, restou demonstrado que, dentre as vítimas de violência no país, 3,1% das mulheres são violentadas por alguém conhecido, como seus parceiros ou ex-parceiros, havendo especial concentração na faixa jovial, isto é, 43,1%.

Dentre as agressões mais frequentes e graves, está a violência psicológica, seguida da física. Ocorre que há níveis de preponderância, uma vez que, entre os jovens, prevalece a agressão física, já entre pessoas mais adultas, acentua-se a violência psicológica.

Diante dessas circunstâncias, verifica-se que a criação da lei foi essencial para proteção de alguns pontos, sem embargo, não conseguiu acobertar totalmente os anseios da sociedade, visto que há parcela de vítimas que continuam expostas à situação de risco constante. Ou seja, pode-se concluir que o processo penal é incapaz de, por si só, resolver esses impasses que já se encontram enraizados na vida em sociedade. Logo, em composição com as soluções trazidas pelo direito penal e processual penal, é necessária a busca por formas alternativas de resolução de conflitos, superando-se por sua vez, a técnica retributivo-penal tradicional.

Logo, no padrão restaurativo de justiça criminal, “o Estado não tem mais o monopólio sobre a tomada de decisões” e “os principais tomadores de decisão são as próprias partes” (MORRIS; YOUNG, 2000, p. 14). Ou seja, os embates retornam a quem pertence (agredidos, criminosos e sociedade), e o cerne da justiça criminal acaba sendo adotada de forma inversa: em vez de haver uma repreensão contra o criminoso, busca-se por respostas mais valiosas para reparação, bem como uma possível reconciliação.

Nesse diapasão, a justiça restaurativa agrega um procedimento o qual permite uma efetiva relação de troca entre os participantes, visto que todos auxiliam a sedimentar o mal provocado e um meio de reparar os efeitos negativos dessa conduta. Ademais, quanto mais pessoas forem abarcadas por este processo, mais proveitoso será. É precipuamente por este motivo que o padrão ideal ou “purista” (MCCOLD, 2000) de justiça restaurativa é um caminho em que seus envolvidos se encontram “cara-a-cara”. Ou seja, afastando-se da mera teoria, os referidos programas da justiça restaurativa

devem trazer, quando possível for, um ou alguns encontros “ao vivo” entre aqueles atingidos pelo crime, de sorte que seja uma via de mão dupla para todos os envolvidos, isto é, todos terão a oportunidade de expressar suas opiniões e valores, bem como meios para enfrentar as consequências do crime (MORRIS; YOUNG, 2000; ZINSSTAG, 2012).

Ressalte-se que este processo restaurativo também é visto como meio de “empoderamento” (empowerment) das vítimas, criminosos e sociedade, com o fim de que unam seus ideais e experiências com o escopo de superar os danos causados, sejam psicológicos, materiais ou relacionais (BRAITHWAITE, 2002; JOHNSTONE, 2011; ZEHR, 1990). Sendo assim, para desfazer a ideia de que o campo técnico seria o dotado de pessoas mais qualificadas para decidir como é que as pessoas afetadas por ilícitos devem ser tratadas, as vítimas, ou seja, aqueles que foram de alguma forma agredidos, precisam de empoderamento para superar o seu próprio conflito, e assim emitir sua própria opinião acerca do destino ideal para sua situação.

No mesmo sentido, não se pode olvidar do criminoso. Em vez desse apenas receber uma punição pelo seu comportamento, eles também devem ser dotados do referido empoderamento para que assumam ter agido sob a égide de um comportamento desviante e, assim, enfrentem de forma efetiva as consequências de suas ações, reparando os danos causados às vítimas e à sociedade como um todo. Logo, têm essa oportunidade como meio de mostrar sua mudança e busca pela reintegração na vida em sociedade.

Por derradeiro, os membros da comunidade vitimizada (incluindo os familiares e amigos afetados) devem ser empoderados para solucionar os seus próprios embates comunitários, e para estabelecer uma agenda através da qual os criminosos arrependidos consigam ser reinseridos na vida em comunidade.

Mister destacar que o movimento restaurativo não está apenas relacionado com o movimento de reconhecimento do direito das vítimas de crimes, indo muito além disso. Assim o é, pois a referida justiça restaurativa está intrinsecamente ligada ao pensamento criminológico crítico (WALGRAVE, 2008), a qual consegue se distanciar do “jogo de soma-zero” – tão típico dos movimentos vitimológicos (GARLAND, 2001) – através do

qual, qualquer relevo aos direitos ou interesses do agressor é tido como algo negativo (HOYLE, 2012; STRANG, 2002). Na verdade, como elucida HUDSON (2003, p. 178), a justiça restaurativa deve ser analisada “como uma forma construtiva de lidar com ambos, vítimas e infratores, ficando de fora do, ao invés de se prendendo ao, movimento populista que acredita que o que ajuda a vítima deve, necessariamente, machucar [ou prejudicar] o infrator”.

8. CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se que com o advento da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), as mulheres passaram a ser destinatárias de uma proteção estatal mais efetiva, haja vista a posição de vulnerabilidade que é imposta pela sociedade, tomando como base o grande histórico de violência doméstica e familiar.

Também é importante ressaltar que inúmeras medidas foram incluídas no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de coibir esse tipo de violência e proporcionar uma maior proteção às mulheres.

Acontece que esse controle penal intervém, na verdade, sobre os efeitos e não sobre as causas da violência e sobre pessoas e não sobre situações; agindo de maneira reativa, quando as consequências das infrações já se produziram, e não de forma preventiva (PESSOA DE MELLO, p. 187-188).

O posicionamento político-ideológico que apoiou a criminalização da violência no seio doméstico e familiar contra a mulher com o avanço de normas penais e processuais punitivas acabou afastando o uso de medidas despenalizadoras por considerarem sinônimo de impunidade. O principal ponto argumentado para tal alegação é a de que há uma banalização dessa prática criminosa contra a mulher, em virtude da punição branda proposta pela Lei 9.099/95, de sorte que além de inexistir prevenção ou punição, também não há qualquer contribuição para sua erradicação (CUNHA, 2009, p. 116).

A Lei 11.340/2006 se origina através dessa discussão envolvendo críticas a Lei dos Juizados Especiais na forma de tratar os conflitos familiares e domésticos. Todavia, resta o questionamento: os anseios da emancipação das mulheres têm sido alcançados através do meio criminalizador? Houve, de fato, uma redução nos crimes desde o advento da referida Lei? Ou teriam as situações de violência ganhado força?

Com efeito, as soluções atuais conferidas aos crimes são dotadas de nova moldura bastante paradoxal, uma vez que no intuito de se proteger bens jurídicos, garantir a segurança da população e educar a moral da comunidade, são usadas leis penais. Sem embargo, tais atos normativos são meramente simbólicos, pois não conseguem cumprir, ainda que em patamar mínimo, as funções que lhes são atribuídas, colocando em risco, muitas vezes, os próprios bens que visam a proteger (FAYET JÚNIOR; MARINHO JÚNIOR, 2009, p. 86-89).

É bem verdade que o conceito de direito penal simbólico não guarda nenhuma sistematicidade e significado preciso, mas não se pode olvidar que representa, pelo menos do ponto de vista crítico, a oposição entre o explícito e o implícito, entre realidade e aparência, entre manifesto e latente, entre o verdadeiramente querido e o que de outra forma é aplicado (HASSEMER, 1991, p.103).

Em razão do compadecimento da sociedade com a história vivenciada por Maria da Penha, bem como da fácil inclusão por todos nas causas feministas, o Estado, através de seus discursos populistas e demagogos, acabou por não inovar através de políticas públicas reais e que conseguissem alcançar de fato os anseios das vítimas, decidindo, então, governar por meio de legislação simbólica, que promete uma atuação eficaz e segura, mas na realidade não cumpre, sequer minimamente com seus objetivos.

Nesta toada, pode-se dizer que a Lei Maria da Penha, no âmbito das legislações emergenciais trouxe muitas novidades punitivas para o mundo jurídico, de sorte que foi muito bem recebida pelos militantes em favor dos direitos das mulheres, sendo considerada um marco para a autonomia e

empoderamento feminino. Porém, pode-se dizer que suas pretensões são ineficazes e falaciosas.

Nesse sentido, Marília Montenegro assegura:

O uso simbólico do direito penal foi sem dúvida um forte argumento do movimento feminista para justificar a sua demanda criminalizadora. É certo que as normas penais simbólicas causam, pelo menos de forma imediata, uma sensação de segurança e tranquilidade iludindo os seus destinatários por meio de uma fantasia de segurança jurídica sem trabalhar as verdadeiras causas dos conflitos. Daí a afirmação que mais leis penais, mais juízes, mais prisões, significam mais presos, mas não menos delitos. O direito penal não constitui meio idôneo para fazer política social, as mulheres não podem buscar a sua emancipação através do poder punitivo e sua carga simbólica (MELLO, 2010b, p. 940).

Fala-se também que a extinção da tentativa de conciliação apresenta também um lado ruim, já que retira-se a possibilidade de diálogo entre os envolvidos e impõe-se a aplicação do Direito Penal. Acontece que a lei penal é, muitas vezes, instrumento grosseiro para tratar de um assunto tão delicado, sobretudo porque não leva em consideração o envolvimento emocional entre as partes.

Observa-se que nos casos de violência doméstica a vítima é novamente vítima, pois muitas vezes a mulher passa a se sentir culpada pela prisão do companheiro, além de ser diretamente atingida por isso, seja emocionalmente, seja financeiramente. Nesses casos, algumas passam a defender o seu agressor e são novamente vitimizadas quando taxadas de mulher que “gosta de apanhar” (PESSOA DE MELLO, p. 190).

Portanto, apesar das boas conquistas que vieram com a nova lei, a violência doméstica contra a mulher ainda é tópico recorrente nos problemas sociais brasileiros e só poderá vir a mudar quando o legislador assumir papel

mais próximo da sociedade, entendendo as mazelas e tentando abarcá-las da melhor forma possível dentro do contexto legislativo.

REFERÊNCIAS

BRAITHWAITE, John. Restorative Justice and Response Regulation. Oxford: Oxford University Press, 2002. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos.** In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

CHRISTIE, Nils. Una sensata cantidad de delito. Bueno Aires: Editores del Puerto, 2004. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos.** In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

COMFORT, Megan. Encarceramento em massa e transformação de relações amorosas nos Estados Unidos. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. ano 11, n. 15/16, 1. e 2. semestres de 2007. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos.** In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

FREYRE, Gilberto. Sobrados e mucambos – decadência do patriarcado rural e desenvolvimento urbano. Rio de Janeiro: Record, 2000. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos.** In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

GARLAND, David. The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society. Oxford: Oxford University Press, 2001. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a**

mulher: potencialidades e riscos. In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

HUDSON, Barbara. Victims and Offenders. In: HIRSCH, A. V.; ROBERTS, J. V.; BOTTOMS, A. E.; In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher:** potencialidades e riscos. In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas. O sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher:** potencialidades e riscos. In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

JOHNSTONE, Gerry. Restorative Justice: ideas, values, debates. 2. ed. London: Routledge, 2011. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher:** potencialidades e riscos. In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015

McCOLD, Paul. Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: a reply to the maximalist model. Contemporary Justice Review, v. 3, n. 4, p. 357-414, 2000. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher:** potencialidades e riscos. In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Lei Maria da Penha Comentada. In: DAOUN, Alexandre Jean; FILHO FLORENCIO; Marco Aurélio. (Org.). Leis Penais Comentadas. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____, Marília Montenegro Pessoa de. **Lei Maria da Penha:** uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MORRIS, Allison; YOUNG, Warren. Reforming Criminal Justice: the potential of restorative justice. In: STRANG, Heather; BRAITHWAITE, John (orgs.). Restorative Justice: philosophy to practice. Aldershot: Ashgate, 2000, p. 11-31. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos.** In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

ROACH, K.; SCHIFF, M. (orgs.). Restorative Justice & Criminal Justice: COmpeting or Reconcilable Paradigms? Oxford: Hart Publishing, 2003. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos.** In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

STRANG, Heather. Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice. Oxford: Oxford University Press, 2002. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos.** In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

WASELFISZ, Julio Jacob. **Mapa de violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil.** 2015. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf Acessado em: 16 out. 2017.

WALGRAVE, Lode. Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship. Cullompton: Willan Publishing, 2008. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos.** In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

ZEHR, Howard. Changing Lenses: a new focus for crime and justice. Scottdale: Herald Press, 1990. In: MELLO. Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em**

casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos. In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

ZINSSTAG, Estelle. Conferencing: A Developing Practice of Restorative Justice. In: ZINSSTAG, Estelle; In: MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ROSEMBLETT, Fernanda. **O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher:** potencialidades e riscos. In: OLIVEIRA, L.; MELLO, M. M. P.; ROSEMBLATT, F. Recife: ALID, 2015.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

DANIEL

BRANDÃO

BARRETO: Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce - UNIVALE, Especialista em Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Cândido Mendes - UCAM, possui Licenciatura em Sociologia pela Faculdade Polis das Artes - FPA, e graduando em Letras Português/Espanhol pela Universidade de Federal do Triângulo Mineiro - UFTM. Servidor Público da Universidade Federal do Triângulo Mineiro em Uberaba/MG.

RESUMO: O presente artigo mostra um estudo do princípio da capacidade contributiva, consagrado no artigo 145, § 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, como uma das limitações ao poder de tributar e um dos princípios gerais ordenadores do Sistema Tributário Nacional por parte do Estado. Para isso, o presente estudo aborda os aspectos históricos durante a evolução do princípio da capacidade contributiva no ordenamento jurídico brasileiro e também, aproveita para realizar um paralelo entre o este e os ordenamentos internacionais, como o ordenamento espanhol, português e italiano. O mencionado princípio defende que o Estado em sua função tributante, deverá respeitar a capacidade contributiva do indivíduo, não podendo onerá-lo de forma a atingir o mínimo vital para sua sobrevivência e de sua família. Pretende mostrar que a capacidade contributiva está intimamente relacionada ao princípio da isonomia, da legalidade e outros. Salienta-se que o princípio em voga constitui-se pressuposto de validade na delimitação da quantia a ser definida na cobrança de tributos, tornando-se um valor que conduz o Estado de Direito à concretização da justiça tributária a todos seus cidadãos. Trata também da questão das espécies de exações tributárias em que o princípio da capacidade contributiva irá ou não ser aplicado. E finalmente, o estudo busca examinar a verdadeira observância do princípio da capacidade contributiva no ordenamento jurídico brasileiro bem como sua aplicabilidade.

Palavras chave: Capacidade contributiva. Sistema tributário brasileiro. Princípios constitucionais.

Sumário: 1. Introdução. 2. O sistema tributário nacional e o princípio constitucional. 2.1. Função do princípio constitucional. 2.2. Valor do princípio constitucional. 2.3. Princípios e regras constitucionais. 3 O princípio da capacidade contributiva no Brasil: aspectos históricos. 3.1. Constituição do Império de 1824. 3.2. Constituição Brasileira de 1834. 3.3. Constituição Brasileira de 1946. 3.4. Constituição Brasileira de 1967. 3.5. Constituição Brasileira de 1988. 3.6. Esclarecimentos à parte histórica. 3.7. O princípio da capacidade contributiva no Direito Internacional. 4. O princípio da capacidade contributiva. 4.1. Destrinchando o princípio da capacidade contributiva a partir da dicção do art. 145, §1º, CF. 4.2. O princípio da capacidade contributiva e o princípio da personalidade. 4.3. O princípio da capacidade contributiva e o princípio da progressividade. 4.4. Relação do princípio da capacidade contributiva com alguns princípios do sistema tributário constitucional. 4.5. A quantia a ser desembolsada pelo sujeito passivo da obrigação tributária: a base de cálculo e a alíquota. 4.6. As espécies de exações tributárias em que o princípio da capacidade contributiva vai ou não ser aplicado. 4.6.1. A capacidade contributiva e os impostos. 4.6.2 A capacidade contributiva e as taxas. 4.6.3. A capacidade contributiva e as contribuições de melhoria. 4.6.4. A capacidade contributiva e as contribuições parafiscais. 4.6.5. A capacidade contributiva e os empréstimos compulsórios. 5 Os direitos fundamentais sobrepostos ao poder de tributar. 6. Supremacia constitucional limitadora do arbítrio do poder estatal. 7. Conclusão. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reintroduziu o princípio da capacidade contributiva no direito pátrio. Nele, deve tanto o legislador quanto o juiz atender a sua vontade diante da instituição de Lei Tributária ou de sua aplicação.

O princípio da capacidade contributiva é previsto de forma explícita na Lei Maior no seu artigo 145, § 1º, na Seção I, Capítulo I do Título VI.

Indagamos: _ É o princípio da capacidade contributiva uma norma auto-executável? _ É uma diretriz do sistema constitucional aos legisladores ou já poderia ser aplicado pelos operadores do Direito, sem necessidade de regulamentação? Veremos no transcorrer desse estudo.

O presente trabalho procederá a uma análise do princípio da capacidade contributiva e sua aplicabilidade nas espécies tributárias.

Abordar o princípio da capacidade contributiva no sistema constitucional brasileiro implica colocar alguns conceitos precedentes, a fim de situar a questão no devido contexto.

A análise do fenômeno jurídico se dará sob enfoques diversos de interpretação.

Buscaremos demonstrar os critérios e os limites da nomenclatura jurídica: capacidade contributiva, para tanto, valeremo-nos do ponto de vista de uma gama de doutrinadores e de decisões amadurecidas nos nossos tribunais.

Nosso propósito aqui não é esgotar a matéria tocante à capacidade contributiva, mas sim, suscitarmos algumas críticas e fornecermos informações com vistas a clarear nosso conhecimento, concomitantemente, fomentando os trabalhos acadêmicos que envolvam temas afins com a matéria, tão importante na conjuntura atual brasileira.

Abordaremos o contexto histórico em que se deu o princípio em voga, sua abrangência no direito internacional, seu relacionamento com outros princípios constitucionais. Trataremos as espécies de exações tributárias em que o princípio da capacidade contributiva irá ou não ser aplicado.

Pincelaremos ao fim a utilidade e a importância deste princípio, com possibilidade de sua aplicação às relações jurídicas tributárias em diferentes espécies de tributos.

A garantia constitucional da capacidade contributiva é uma exigência da justiça fiscal, tutelada em prol dos contribuintes, protegendo-os da gulodice fiscal do Estado.

2 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

O sistema tributário nacional foi instituído e regido pelo disposto na Emenda Constitucional nº 18 de 1/12/1965, que reformulou e ampliou as disposições do artigo 5º, inciso XV, alínea b, da extinta Constituição Federal de 1946. Na Constituição Federal de 1988, se encontra nos artigos 145 a 162. Nesta, temos o título VI - Da Tributação e do Orçamento - as normas gerais da repartição das competências tributárias, dos princípios tributários, das limitações ao poder de tributar e das partilhas do produto das arrecadações dos tributos.

A Lei Fundamental brasileira dispõe sobre um sistema tributário nacional, composto de tributos, e muito embora a Constituição diga que cabe a lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, os enunciados constitucionais já trazem embutidos no seu texto princípios constitucionais da tributação.

A Lei 5172/66, cujo Ato Complementar nº. 36 de 1967 a elevou a categoria de Lei Complementar, é imprescindível para o operador do direito, atuante no campo tributário, haja vista tratar-se do Código Tributário Nacional (CTN). Esta Lei é, juntamente com a Constituição, a base de onde o operador do direito irá estudar a matéria tributária no Brasil.

Já vem dada pelo constituinte a rigidez do sistema tributário brasileiro. A Constituição disciplina um grande número de normas tributárias e se limita a dar competências bastante estritas ao legislador ordinário.

Ensina Mota Filho (2006) que o Sistema Tributário Nacional, previsto constitucionalmente, se encontra subordinado a diversos princípios, que configuram concomitantemente, as garantias constitucionais do contribuinte, reconhecidas pelo art. 150 da Constituição Federal brasileira, e vedações constitucionais às entidades tributantes.

No nosso ordenamento tributário a Constituição e o Código Tributário Nacional são de fundamental importância para os tributantes, principalmente pelo fato de que para cumprirem com suas finalidades precisam arrecadar recursos que custearão as despesas públicas, e nisto, a maior parte da receita arrecadada provém da cobrança de tributos. Na consecução destes atos arrecadatários os tributantes repartem para a sociedade o dever de

arcar com os custeios públicos. E quem regulamenta a forma como deve ser operada a exigência desses tributos é exatamente a Constituição e o Código Tributário Nacional.

Cabe aqui dizer que a cobrança dos tributos necessariamente obedecerá às competências tributárias que a Constituição disciplinou.

É importante lembrar que, objetivando estabelecer diretrizes justas, como forma de arrecadar recursos da população, estas são inspiradas em idéias de cunho Socialista, como se pode observar no inciso I, do artigo 3º, do Ordenamento Maior, que prescreve os objetivos fundamentais do nosso Estado: “Construir uma sociedade livre, justa e solidária.” (BRASIL, 2009, p. 3)

Para se analisar, uma definição de princípio dentro da área jurídica, é necessário que sejam levantados, inicialmente, seus conceitos longe do direito propriamente dito.

Segundo Weiszflog (1999), etimologicamente, o termo princípio (do latim principium, principii) encerra a idéia de começo, origem, base. É compreendido como o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer. São proposições orientadores de uma ciência às quais todo o desenvolvimento posterior dessa deve estar subordinado.

De acordo com Marco (2008), no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema, constituem verdadeiras proposições lógicas, sendo os embasamentos do sistema jurídico.

É sabido que por mais bem formuladas que sejam as normas ou prescrições legais e constitucionais, tais poderão tomar os mais diferentes sentidos. Desta maneira, uma minuciosa atividade interpretativa, sempre será imprescindível para construir o seu melhor significado. Neste momento os princípios norteiam as interpretações.

No que tange aos princípios jurídicos, vale destacar o seguinte:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no qual lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2003, p. 841-842)

Também Carrazza (2003, p. 32-33) contempla ainda quanto aos princípios:

Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras (...) Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes 'alicerces' e estas 'vigas mestras' são os princípios jurídicos, ora objeto de nossa atenção.

E ainda, segundo Carvalho (2009), os princípios mostram valores fundamentais escolhidos pela sociedade política, vestidos no ordenamento jurídico, e informam materialmente as demais normas, direcionando qual deverá ser o limite do ato que os executam.

Estes doutrinadores, explicam com brilhantismo a importância dos princípios em nosso ordenamento, e, porque não dizer, no Direito mundo afora.

Ainda nesta tarefa de interpretação cabe definir, com o objetivo de tentar dissecar a função, ou as funções possíveis de um princípio constitucional.

2.1 Função do Princípio Constitucional

A função hermenêutica dos princípios permite aos juízes extrair o mais importante de uma determinada posição legal e serve ainda de limitação protetiva contra uma possível arbitrariedade (CARVALHO, 2009).

Segundo Rothenburg apud Carvalho (2009), os princípios possuem ainda a tarefa de limitação da interpretação ao restringir a discricionariedade judicial, evitando que o operador jurídico invoque valores subjetivos não amparados de forma explícita ao implícita no ordenamento jurídico.

Ainda destaca Carvalho (2009), que os princípios constitucionais possuem função integrativa preenchendo as lacunas deixadas pelas normas constitucionais e a função limitativa atuando no sentido de impedir a produção de normas jurídicas que visem reduzir a sua eficácia.

Confirmando o mencionado anteriormente, Rocha (1999, p. 47) ensina que:

Em casos em que há lacunas na lei os princípios atuam como elemento integrador do direito. A função de fonte subsidiária exercida pelos princípios não está em contradição com sua função fundamentadora. Ao contrário, é decorrência dela. De fato, a fonte formal do direito é a lei. Como, porém, a lei *funda*-senos princípios, estes servem seja com guia para a compreensão de seu sentido (interpretação), sejam como guia para o juiz suprir a lacuna da lei.

É cabível registrar por fim, as colocações de Bonavides apud Mota Filho (2006), a despeito das funções dos princípios, segundo ele os princípios são fundamentos da ordem jurídica, com eficácia derogatória e diretiva; são de espécies orientadoras do trabalho interpretativo e esta, sem dúvida, mais relevante e de enorme prestígio no Direito Constitucional Contemporâneo e por fim, possuem função de fonte em caso de insuficiência da lei e do costume.

2.2 Valor do Princípio Constitucional

O valor de um princípio constitucional pode ser elucidado nas seguintes palavras:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2003, p. 842).

2.3 Princípios e regras constitucionais

De acordo com CARVALHO (2009), os princípios e as regras são formas diferentes de normas jurídicas e ambos dizem o que deve ser. Pena apud Carvalho (2009, p. 645) mostra uma diferenciação entre eles, descreve que:

Princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, já as regras constitucionais são extraídas de enunciados normativos com reduzido grau de abstração e generalidade.

Sob o grau de determinabilidade Canotilho apud Carvalho (2009) afirma que há uma diferenciação entre princípios e regras na aplicação de um caso concreto, onde os princípios, por serem indeterminados precisam de mediações concretizadoras enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

Segundo Canotilho (2002) no intuito de distinguir entre regras e princípios, existem há diversos critérios a serem utilizados. Observando o

grau de abstração (mencionado anteriormente), os princípios são normas com um grau de abstração mais alto, enquanto as regras têm sua abstração reduzida. De modo que, em função de serem vagos e indeterminados, os princípios necessitam de intervenções que os concretizem, por outro lado, as regras, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente. Os princípios denotam padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em virtude da justiça ou da própria idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional.

Detalhadamente ainda, o magistral jurista e doutrinador Canotilho (2002 p. 1125) descreve uma minuciosa diferenciação entre princípios e normas:

Os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (...), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (...) consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

Assim, com base no visto acima, fica consubstanciado que as leis são regras de nível infraconstitucional que revelam um alto grau de concretude, diferentemente dos princípios, e se subordinam aos valores e princípios de um dado ordenamento jurídico.

3 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS

O presente capítulo abordará o princípio da capacidade contributiva em toda sua trajetória histórica no Brasil, buscando explicar desde sua primeira previsão no ordenamento, até o nascimento da Carta Magna de 1988, a que vige hoje em dia.

Tratará pormenorizadamente as características peculiares a cada uma das constituições que antecederam a atual, com vistas a se atingir uma vasta e satisfatória pesquisa capaz de vislumbrar o processo evolutivo gradual que sofreu o instituto jurídico do princípio da capacidade contributiva no Brasil.

De antemão, destaca-se que não encontra, nem nunca encontrou um conceito claro e unânime o princípio da capacidade contributiva por parte dos juristas nacionais em todos os tempos. Este princípio era no passado e continua sendo no presente, alvo de sucessivas críticas e divergências interpretativas, e ressalte-se, hoje devido principalmente ao fato da Constituição Federal de 1988 não apresentar um sistema hierárquico concluído e uniforme na sua moldura estrutural. Por essa razão requer um cauteloso trabalho interpretativo dos juristas contemporâneos para que se possa encontrar uma solução satisfatória. Solução esta, que reflita a vontade real da norma e concomitantemente não transgrida a harmonia sistêmica no exato momento do balanceamento dos valores e interesses à norma intrínsecos.

Desde tempos remotos, faz parte da ideologia de qualquer Estado de Direito que se digne, o cumprimento incessante da tarefa de dirimir problemas sociais oriundos de conflitos de pretensões nas mais dinâmicas realidades da vida, persegue o Estado a implementação da tão almejada paz pública. Os problemas são inevitáveis, pois surgem como consequência natural da própria natureza do homem (animal social) em seu relacionamento.

Na esfera do direito tributário brasileiro não é de hoje que o Estado vem oferecendo aos seus contribuintes um mecanismo hábil para protegê-los das suas próprias intempéries quando da aplicação das imposições tributárias. Dentro dessa prerrogativa, o contribuinte se viu munido com o

princípio da capacidade contributiva, o qual, por longas datas, já se vê familiarizado.

No contexto tributário constitucional brasileiro, o Estado dota seus cidadãos de instrumentos que têm o poder de assegurar ou resguardar seus direitos. Por conseguinte, sempre que estes direitos forem desrespeitados pelo Estado, o cidadão acionará o órgão competente para que se faça valer a vontade da lei, seja por meio do judiciário, ou mesmo por vias administrativas. Assim acontece no país.

Dentre os mecanismos normativos que são conferidos aos cidadãos, merece redobrada atenção o princípio da capacidade contributiva, verdadeira garantia constitucional.

3.1 Constituição do Império de 1824

Na história das constituições brasileiras, a pioneira a tratar de forma congênere o princípio da capacidade contributiva foi a Constituição de 1824, em seu artigo 179, inciso XV, que rezava:

Art. 179 - A inviolabilidade dos Direitos Civis, e políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

XV - Ninguém será exempto de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres. (UCKMAR, 1999, p. 84 apud Mota Filho, 2006, p. 59).

Embora nesse Diploma Legal o princípio da capacidade contributiva não estivesse externado tão claramente; é possível de se observar sua existência, e indo além, pode-se dizer que o mesmo já configurava expressamente neste Documento.

3.2 Constituição Brasileira de 1934

Na Constituição de 1891 não houve menção ao tema da capacidade contributiva, mas, segundo Sabagg (2009, p. 114), na Constituição de 1934, entram-se três menções nos seguintes pontos:

a) a progressividade dos impostos incidentes nas transmissões de bens por herança ou legado (art.128);

b) a proibição de que nenhum imposto poderia ser elevado além de 20% de seu valor no instante de aumento (art.185);

c) a proibição de que as multas de mora impusessem ônus exorbitante ao contribuinte, que não poderia superar 10% do valor do imposto ou taxa devidos (art. 184, parágrafo único).

3.3 Constituição Brasileira de 1946

No início do século XX, o Brasil adotou o Regime Republicano, e na seqüência veio a promulgar a Constituição de 1946. Atrelado a esta nova Constituição, teve o princípio da capacidade contributiva, um lugar em seu artigo 202 e escrito da seguinte maneira: “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”. (BRASIL, [19--], p. 50).

A Constituição acima mencionada merece alguns esclarecimentos, em razão de ter ocorrido alguns embaraços de ordem interpretativa, que acabaram por minuar a aplicação efetiva do princípio citado.

À época, indagavam os doutrinadores se essa regra constitucional era programática ou auto-executável.

Pairavam dúvidas se o princípio obrigava somente ao legislador, ou também aos juízes (administração) na hora de sua concretização. Por

consequente, surgiram correntes que entendiam não ser o princípio auto-excutável.

Entretanto, caso prevalecesse o equivocado juízo de valor de não ser o princípio da capacidade contributiva auto-excutável, estariam os jurisdicionados, inevitavelmente, diante de um dispositivo inócuo, que necessariamente reclamaria uma regulamentação para que tivesse validade no mundo jurídico.

Para piorar, numa demonstração de insensatez, este princípio foi revogado pelo art. 25 da Emenda Constitucional nº 18 de 1965, cuja errônea diretriz interpretativa subsistiu, e conseguiu alcançar ainda a vindoura Constituição de 1967.

3.4 Constituição de 1967

Em situação nacional de Regime Militarista, foi outorgada a Constituição de 1967. Na contramão das Constituições anteriores, este Comando Legal não endossou o princípio da capacidade contributiva, ao invés disso, foi absolutamente omissa, muito embora juristas renomados, como os de quilate de Eliomar Baleeiro, entendessem que o princípio continuava a vigorar desde que se fizesse um trabalho de hermenêutica constitucional sistemática.

O mestre Oliveira apud Mota Filho (2006) manifestou-se a respeito das conseqüências desta 'leviandade' cometida pelos legisladores constituintes de 1967, que optaram por expurgar do ordenamento o princípio em estudo. Denunciou ele que o prejudicado maior foi o contribuinte, haja vista ter o seu direito de acesso ao STF tolhido. Como conseqüência gerada ficavam os contribuintes à mercê do Estado nas situações que desencadeavam litígios envolvendo matéria tributária, em outras palavras, agora desprovido daquela histórica garantia de ver suas pendências litigiosas submeterem-se ao julgamento daquela tribuna, a rigor, a intérprete legítima da norma; ficavam impotentes, numa agravada vulnerabilidade, além é claro, de já serem hipossuficientes na relação Estado x contribuinte.

Refletindo sobre o dispositivo constitucional acima citado, constata-se que tragicamente prevaleceu a inteligência da Emenda Constitucional nº 1/1969, indiscutivelmente, um retrocesso que maculou o Direito Constitucional Tributário Pátrio à época.

3.5 Constituição de 1988

A Constituição de 1988 retomou de maneira expressa o princípio da capacidade contributiva em seu art. 145, § 1º, que dispõe: “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...).” (BRASIL, 2009, p. 160).

Note-se que a inclusão do princípio da capacidade contributiva em nosso ordenamento jurídico nacional acabou variando de acordo com o momento político histórico no qual o país atravessava, demonstrando seu caráter democrático.

Segue a observação de Costa (2003) que afirma que felizmente a Constituição de 1988, paralelo com o panorama verificado no direito constitucional comparado, devolve-nos – ainda que com modificação de redação -, em seu art. 145, §1º, o preceito contido no art. 202 do Texto Fundamental de 1946, além de consagrar, em outros dispositivos, desdobramentos do princípio da capacidade contributiva. Este acontecido, provocou o despertar das atenções sobre o assunto que se mantiveram adormecidas nos últimos anos.

3.6 Esclarecimentos à parte histórica

Por todo o explanado, cumpre dizer que não discutimos quanto às Constituições de 1881 e a de 1937. Pelo motivo de não serem pertinentes ao trabalho ora realizado, dada a falta de amadurecimento mínimo de idéias que tratassem em seu conteúdo da norma qualificada ou a algo afim, objeto desse estudo.

É dispensável, portanto, fazer qualquer tipo de comentário em relação às constituições referidas, apesar de saber que elas também fizeram parte da história do Direito Pátrio.

Torres (1997, p. 82) tece um interessante apanhado geral da evolução histórica do princípio da capacidade contributiva no Brasil:

No Brasil as vicissitudes da idéia de capacidade contributiva acompanharam as do pensamento universal. Ingressou com a constituição do nosso Estado Fiscal no início do século passado, cabendo ao Visconde de Cairu captar os princípios lançados na obra de Adam Smith. Hibernou longamente ao depois, pela nossa vocação para o positivismo. Ressurgiu explicitamente na Constituição de 1946 e mereceu considerações judiciosas por parte da doutrina liberal, especialmente através da obra de Aliomar Baleeiro. Desapareceu da letra das Cartas outorgadas pelo regime autoritário (1967/1969) e, também, do discurso da doutrina sua contemporânea, que retornou ao positivismo normativista. Reapareceu, vigorosamente, no texto do art. 145, 1º, da CF 88, o que já está provocando a ressurgência da meditação sobre o tema.

3.7 O princípio da capacidade contributiva no Direito Internacional

Segundo Santin (200-?):

O berço do princípio da capacidade contributiva deu-se na Alemanha. Porém, foi a partir daquela construção que a Espanha principiou a discussão a respeito do mínimo isento, fator potencializador do princípio da capacidade contributiva. Trata-se de uma espécie de limitação ao poder de tributar por parte do Estado, o qual deverá respeitar a capacidade contributiva do indivíduo, não podendo onerá-lo de

forma a atingir o mínimo vital para sua sobrevivência e de sua família.

Além da Constituição brasileira e Alemã, é possível se encontrar o princípio da capacidade contributiva nas Constituições italiana, portuguesa e espanhola.

Na Constituição italiana, segundo Santin (200-?), o princípio em voga está registrado em seu artigo 53, § 1º, onde prevê que todos são obrigados concorrer para as despesas públicas em função de suas capacidades, sendo o sistema tributário italiano informado por critérios de progressividade. Observa-se que o dispositivo referido não trata especificamente da capacidade contributiva, mas sim da capacidade econômica, assemelhando nisso ao artigo 145, § 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988. Dessa forma, verifica-se no sistema tributário italiano o amplo reconhecimento do princípio da capacidade contributiva, tido como uma limitação ao poder de tributar por parte do Estado.

Segundo Nabis apud Santin (200-?):

No ordenamento jurídico português há limitações formais e materiais ao poder de tributar. Os limites formais referem-se a *quem* tributa e *como* se tributa. São eles o princípio da legalidade fiscal, da competência, da segurança jurídica no domínio dos impostos e da proibição do referendo fiscal. Já os limites materiais estão relacionados ao objeto e conteúdo do poder tributário. Questiona-se que aspectos da vida dos cidadãos e das empresas podem cair na mira do *ius incidendi et collectandi* do Estado, e dentro de que limites. São eles o princípio da igualdade fiscal (a ser medido com base na capacidade contributiva); o princípio da consideração fiscal da família; do respeito aos direitos, liberdades e garantias fundamentais; do estado social, dentre outros.

Na Constituição espanhola há, disposição expressa que torna oficial a limitação do poder de tributar. O seu artigo 31.1 dispõe que todos contribuirão com os gastos públicos de acordo com sua capacidade econômica, mediante um sistema tributário justo inspirado nos princípios da igualdade e progressividade, sem jamais ter um alcance confiscatório. Assim, a capacidade econômica é tida como a aptidão do indivíduo em contribuir com os gastos públicos, dispondo de recursos econômicos que possam realizar o pagamento dos tributos. Logo, o princípio da capacidade econômica na Espanha é tido como fundamento da imposição tributária e somente na presença de índices de riqueza é que será possível o gravame tributário. O princípio da capacidade econômica serve de limite à tributação, já que o ente público não pode gravar além da capacidade econômica dos cidadãos (GONZÁLES apud SANTIN 200-?).

4 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva encontra importantes aplicações nas relações entre o fisco e o contribuinte, inserindo-se no centro do Estado de Direito no campo tributário.

Apesar de norma fundamental, a sua linha de contorno não está suficientemente bem definida, gerando dúvidas no seu campo de aplicação quanto aos seus efeitos.

Para Mota Filho (2006) o conceito do princípio da capacidade contributiva figura como sendo o critério fundamental e primordial em matéria de direito tributário para a divisão da carga tributária e está relacionado à realização da justiça social obedecendo a capacidade econômica dos contribuintes.

O princípio da capacidade contributiva envereda por caminhos diversos de outros princípios e institutos jurídicos.

Segundo Sabbag (2009) o princípio da capacidade contributiva está intimamente ligado ao da igualdade, pois longe de servir apenas para coibir discriminações arbitrárias, abre-se para a consecução de um ideal de justiça para o direito tributário.

Ainda neste propósito, observa-se que este princípio comporta determinadas acepções, segundo aponta o doutrinador Mota Filho (2006) sob a perspectiva do princípio da igualdade, a capacidade contributiva pode ser vista como pressuposto ou fundamento do tributo, e ainda como critério de graduação e limite da tributação. Do ponto de vista objetivo, pra conhecimento da base imponible possível do tributo, a capacidade contributiva atuaria como critério de graduação e limite da tributação. Do ponto de vista valorativo ou axiológico, a capacidade contributiva atuaria como fundamento racional de justiça do tributo.

Sabido isto, conclui-se que o princípio da capacidade contributiva comporta mais de uma interpretação possível. Por esta razão, adverte-se que para sua correta aplicação, faz-se necessário ao operador do direito questionar qual o critério que deverá inspirar a norma ante seu interesse no caso concreto para que se atinja o resultado mais apropriado e por sua vez justo. Para isto, é importante que se proceda a uma metodologia de estudo racional e prudente, pois como já dito, a nossa Constituição Federal de 1988 não apresenta um sistema hierárquico, concluído e uniforme na sua moldura estrutural.

Esta ação de conduta levada a cabo será, antes de qualquer coisa, um dever, não uma discricionariedade posta ao aplicador da norma jurídica, exigência inerente ao formato sistêmico de nosso Direito brasileiro, e requisito do próprio regime democrático.

Ainda que existam variadas interpretações possíveis do aludido princípio, o mesmo deve atender ao valor da justiça fiscal e da igualdade tributária, cada qual contribuindo com significativa parcela para aferição daquela nomenclatura jurídica, sendo estes valores os mecanismos basilares no qual se apoiará o princípio da capacidade contributiva.

Acrescenta-se que o aplicador da vontade normativa constitucional, jamais, poderá valer-se de uma conduta que soe arbitrária na realização do seu trabalho de dizer quais fatos irão submeter-se a imposição tributária. Resumindo, passará necessariamente os atos atinentes à realização da vontade normativa concernente ao princípio da capacidade contributiva, em cada caso concreto, a revestirem-se de argumentos fundamentados e

razoáveis para que não gerem efeitos arbitrários, ou entre em atrito com outras normas fundamentais prestigiadas nas políticas nacionais, dado o modelo de Estado Democrático que somos.

Na teoria da metodologia jurídica tradicional, a capacidade contributiva revela um ponto que é unânime, uníssono: a tributação deve-se dar de acordo com a riqueza dos contribuintes. Porém existem outras variáveis na equação desta nomenclatura, cada qual sob influência de interesses diferentes.

Destaca-se que não se confunde capacidade econômica com capacidade contributiva, embora seja bastante tênue a linha divisória entre estes dois institutos jurídicos, como aponta Mota Filho (2006), a capacidade econômica é a aptidão, de ordem genérica, para produzir ou dispor de riqueza. Revela, ao menos, indícios de força econômica. A capacidade contributiva denota uma noção jurídico-econômica, manifesta-se pela determinação da riqueza, que constitui a justificação da imposição tributária, na medida das forças econômicas dos contribuintes. É a aptidão do sujeito poder ser obrigado, pelo dever tributário, a concorrer à satisfação das despesas públicas.

Na Carta Magna, o princípio da capacidade contributiva, quanto à sua topologia, encontra-se em destaque absoluto. Assim, na Seção I, Capítulo VI, referente aos princípios gerais do sistema tributário nacional, consta apenas o princípio da capacidade contributiva. Os demais, reconhecidos e consagrados pela doutrina, estão estatuídos apenas na Seção II, das limitações do poder de tributar. Logo, em visível realce está a relevância desta norma qualificada.

Há necessidade de se operar no Brasil uma eficiente interpretação para que dê uma posterior aplicação ao princípio em estudo, atendendo 'plenamente' aos ditames da garantia constitucional da capacidade contributiva em prol dos contribuintes.

Sabidamente, não iria o legislador constituinte escrever qualquer instituto que fosse tido como uma "letra morta" num ordenamento que se diz lógico. Cabe ao intérprete buscar atribuir um sentido lógico a norma

constitucional, qualquer que seja, por mais ambígua que ela possa parecer. Neste trabalho, ele certamente não poderá deixar de lançar mão da hermenêutica jurídica.

Talvez, uma das maiores dificuldades de se concretizar a vontade normativa em estudo, reside em grande parte ao motivo da Lei Maior brasileira não conter um sistema concluído e uniforme, lógico-axiomático ou hierárquico de valores.

A polêmica que envolve o princípio da capacidade contributiva pode ser atribuída ao modelo formalista e positivista do direito pátrio, que pauta-se na segurança jurídica como o seu valor maior e perseguido pela jurisprudência. Daí, o que vem a ser interpretado nos tribunais desse país revela um total desprestígio aos valores da justiça fiscal e da igualdade, em detrimento da segurança jurídica.

Como conseqüência, paira na consciência do povo a nítida sensação de injustiça para com os contribuintes, que têm freqüentemente desrespeitadas pelos aplicadores da norma, suas legítimas garantias; já que no momento de se praticar a apuração dos sujeitos passivos das relações tributárias que possuem idôneas condições de figurarem como tais, obrigamos a arcar com valores não condizentes com suas reais capacidade econômica, vitimando-os graças aos levanos critérios de interpretação seguidos insistentemente pelos tribunais.

Por outro lado, se dentro dessa realização interpretativa dos tribunais, estes tomassem conhecimento quanto à importância das diretrizes da justiça fiscal e da igualdade para a exigência dos tributos, os contribuintes, ao seu tempo, teriam o mínimo tributável mais fielmente respeitado. Fosse assim, doravante a mesma norma que se irradia no ordenamento tributário, disseminando-se em perfeita harmonia com outros valores políticos de extrema importância para os jurisdicionados, tais quais a propriedade, a dignidade da pessoa humana, e o próprio valor da segurança jurídica.

A cobrança de tributos deve estar ligada às diretrizes do estado democrático, observando isto que o valor segurança jurídica não é, modestamente falando, o mais apropriado para subsidiar a melhor

interpretação. Infelizmente, tal idéia não é hoje a usada pelo judiciário brasileiro.

Na intenção de demonstrar a possibilidade em incorrer em erros interpretativos e omissões quanto a real vontade da lei, transcreve as ponderações seguintes de Guerra Filho apud Mota Filho (2006) onde a simples vigência de um texto constitucional não é suficiente para quê os valores que o inspiram se introduzam efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes.

Complementando o mencionado acima, destacam-se as palavras de Mota Filho (2006) mostrando que o Estado Democrático de Direito propõe uma visão do texto constitucional como uma “obra aberta”, cujo sentido é permanentemente construído por seus destinatários, ao buscar conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente, uma vez que no momento de sua concretização podem se chocar.

4.1 Destrinchando o princípio da capacidade contributiva a partir da dicção do art. 145, §1º, CF

A Constituição de 1988 tem, dentre suas inúmeras virtudes, a de devolver ao princípio da capacidade contributiva a atenção constitucional que este tema requer.

Falar em capacidade contributiva no contexto jurídico pátrio corresponde a tratar de uma garantia constitucional conferida ao contribuinte. Instituto que foi reintroduzido no ordenamento com o advento da Constituição de 1988.

A designação do destinatário legal do imposto deve considerar a efetiva aptidão para contribuir e não a mera idoneidade para ser sujeito passivo da obrigação tributária.

Segundo Amaro (2009), em regra, o contribuinte é, na situação material descrito como fato gerador, ou, a pessoa que manifesta capacidade contributiva, ou seja, titularidade de riqueza seja renda, patrimônio ou outros.

Note que o conceito de capacidade contributiva é aplicável às pessoas jurídicas, as quais, também, se inserem no conceito de destinatário legal tributário.

Como visto em (BRASIL, 2009, p. 60) A cláusula "sempre que possível", do art. 145, § 1º, da Constituição Federal, não quer dizer que o caráter pessoal dos impostos e sua graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte sejam de adoção facultativa pelo legislador. Segundo Sabag (2009) a expressão "sempre que possível" não confere poder discricionário ao legislador, mas designa, sim, por meio do advérbio um inafastável grau de imperatividade no comando.

A pessoalidade dos impostos está condicionada à viabilidade jurídica de ser considerada a situação individual do sujeito passivo numa dada hipótese de incidência tributária. Já a graduação dos mesmos, consoante a capacidade econômica, somente pode ser completamente afastada ante a tributação exercida com finalidade extrafiscal, ou seja, aquela que não visa a arrecadar recursos que financiarão as políticas de atuação Estatal.

A graduação segundo a capacidade econômica é sempre possível e a interferência dos Entes Públicos na contribuição pessoal serve como forma de benefício ou prejuízo daquele que se quer gravar.

A alusão constitucional à capacidade contributiva não se resume ao preceito contido em seu artigo 145, § 1º. Diversos dispositivos estancos do texto fundamental prestigiam tal idéia mediante outros institutos, como a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV), a progressividade expressa do IR (art. 153, § 2º, I, e II e art. 155, § 2º, I e III), e a fixação de um salário mínimo (art. 7º, IV).

A preservação do mínimo vital é decorrente do princípio examinado, correspondendo a uma isenção técnica, fundada na ausência de capacidade contributiva, não podendo ser revogada.

As isenções e as imunidades de natureza política constituem verdadeiras exceções ao princípio, posto que visam beneficiar pessoas que possuem capacidade para contribuir.

A apuração da inconstitucionalidade da imposição tributária no caso concreto, face à inobservância do princípio da capacidade contributiva, é viável, cabendo ao juiz, negar efeitos à lei impugnada *in casu*, quando constatar a ausência de capacidade contributiva relativa ou o excesso de carga fiscal sobre determinado sujeito.

A capacidade contributiva relativa ou subjetiva refere-se à concreta e real aptidão de determinada pessoa (considerados seus encargos obrigatórios pessoais e inafastáveis) para o pagamento de certo imposto.

Na outra ponta, a capacidade contributiva objetiva ou absoluta obriga o legislador tão somente eleger como hipóteses de incidência de tributos, aqueles fatos que, efetivamente, contenham indícios suficientes de capacidade econômica.

Por derradeiro, registre-se que a noção de capacidade contributiva tal qual está no dispositivo constitucional em mira, afina-se com outros direitos constitucionais, como a título exemplificativo o direito fundamental de propriedade, com o qual guarda relação necessária.

4.2 Princípio da capacidade contributiva e o princípio da personalidade

O princípio da capacidade contributiva, objeto dessa obra, é um ideal de justiça social tributária, apresentando-se atrelado ao princípio da personalidade.

O caráter pessoal que deve ser revestido o imposto, por exemplo, refere-se à aptidão de poder relacionar-se à pessoa do sujeito passivo da obrigação tributária, considerando a sua condição econômica, cujos indícios possam sugerir a existência da riqueza tributável. É uma técnica adotada para aferir a capacidade econômica.

Amaro (2009, p. 140) atenta para o fato de que “A personalização do imposto pode ser vista como uma das faces capacidade contributiva, à qual, sem dúvida, o imposto pessoal deve ser adequado.”

Em função disso, diz Machado (2009) que há a classificação dos impostos em reais e pessoais onde os impostos pessoais são aqueles em cujas quantificações são observadas pelas condições pessoais de cada contribuinte, seja na definição da base de cálculo ou da fixação da alíquota, já os impostos reais são aqueles em cujas quantificações se leva em conta apenas a matéria tributável.

Sendo os impostos de natureza pessoal, a aplicação do princípio da capacidade contributiva é simples. Basta que se analisem as condições do sujeito passivo da obrigação tributária para, em função destas qualidades, aferir-se sua capacidade de contribuir, e graduar a imposição de acordo com esta capacidade.

Por outro lado, os impostos de natureza real podem causar dificuldades relativamente à aplicação do princípio em questão; isto porque, conforme se verifica da própria conceituação desta espécie de tributo, a materialidade do fato gerador é indiferente ao sujeito passivo e suas qualidades.

No caso dos impostos reais, o legislador reconheceu que adequar os impostos à capacidade contributiva do consumidor é um pouco mais complicado, e sua aplicação dificilmente será tão fiel aos ditames normativos.

Dado o fato de que alguns impostos não permitem adequadamente a avaliação das características do sujeito passivo, como os impostos de natureza real, que, quer incidindo diretamente, como nos casos dos impostos que atingem o patrimônio, que incidindo indiretamente, como os impostos sobre a produção e circulação de riquezas, dificultam o prévio conhecimento das condições pessoais do contribuinte, verifica-se que o legislador constituinte, pela redação do §1º do art. 145, privilegiou a criação de impostos com caráter pessoal, por reconhecer que estes tendem a atingir melhor a justiça fiscal, em consonância com o princípio da capacidade contributiva.

Pela corrente de Carrazza (2003, p.), advoga que a ressalva do §1º do art. 145 é imperativa, não devendo ser encarada como mera diretriz programática, incapaz de produzir efeitos, ensejando a inconstitucionalidade das leis que as afrontem, vinculando, portanto, os legisladores e os juristas. É o que obriga o legislador a buscar soluções para os impostos reais no que tange a persecução do princípio da capacidade contributiva.

E segue dizendo também Carrazza (2003, p. 84-85):

Podemos perceber a influência do princípio da capacidade contributiva em outras normas constitucionais tributárias. É o caso da que obriga o legislador a tornar o IPI seletivo em função da essencialidade do produto industrializado (art. 153, §3º, I, da CF), da que declara imunes à tributação por

via do ITR os proprietários de glebas rurais (art. 153, §4º, da CF), da que protege da tributação por via de IR os rendimentos provenientes de aposentadorias e pensões recebidos por pessoas com idade superior a 65 anos (art. 153, §2º, II, da CF) etc.

4.3 O Princípio da capacidade contributiva e o princípio da progressividade

A forma como o princípio da capacidade contributiva se concretiza é através do princípio da progressividade. De acordo com Machado (1994, p. 60), “o tributo progressivo na verdade é o que mais adequadamente alcança a capacidade econômica das pessoas.”

Na tentativa de onerar o contribuinte na medida de sua aptidão para contribuir com os cofres públicos, as alíquotas aplicadas são graduadas levando em consideração a percepção de riqueza do cidadão, buscando aproximar-se ao máximo de sua capacidade contributiva.

A alíquota é o critério legal, normalmente expresso em porcentagem, que conjugado à base de cálculo, permite que se chegue o *quantum debeat*. Forma com a base de cálculo, o elemento quantitativo do tributo, e de certo modo, também está predefinida na Constituição Federal.

Base de cálculo é a definição legal da unidade de medida, constitutiva do padrão de referência a ser observado na quantificação financeira dos fatos tributários. Consiste em critério abstrato para medir tais fatos que, conjugados à alíquota, permite obter a dívida tributária.

Decorre do princípio da capacidade contributiva que a hipótese de incidência e a base de cálculo dos impostos devem ter inequívoca dimensão econômica, em consonância com a obtenção de rendimentos.

A progressividade está limitada pelo princípio da capacidade contributiva visando à não confiscatoriedade e ao não cerceamento de outros direitos.

Aos contribuintes deve ser resguardado o direito de deduzir da base de cálculo as despesas que lhes garantem a subsistência e de seus dependentes econômicos, dando-lhes condições mínimas de existência; isto é, o *mínimo vital* deve ser insuscetível de tributação por força do princípio da capacidade contributiva.

Segundo Alexandrino e Paulo (2009, p. 62):

A técnica da progressividade destinada a atender à capacidade contributiva, significa incidências de maiores alíquotas quanto maior for a base de cálculo, permitindo alíquotas mais elevadas as rendas mais altas. A progressividade faz com que as alíquotas dos impostos sejam cada vez mais altas, quanto maior for a riqueza, ou seja, quanto maior seja a capacidade contributiva. Trata-se de um instrumento municiado para alcançar equidade na tributação, objetivo primordial do Princípio da Capacidade Contributiva.

Dentro desta ótica, Amaro (2009, p. 142) bem observou a relação entre estas diretrizes:

Outro preceito que se aproxima do princípio da capacidade contributiva é o da progressividade, previsto para certos impostos, como o de renda, por exemplo. A progressividade não é uma decorrência necessária da capacidade contributiva, mas sim, um refinamento desse postulado.

As normas que tratam da capacidade contributiva e da progressividade são normas cogentes, isto é, de observância obrigatória pelo legislador. A lei poderá regular o modo pela qual se dará a observância da pessoalidade (capacidade contributiva) do gravame e a progressividade de suas alíquotas.

Vale aqui citar um trecho da obra de Amaro (2009, p. 141), que procedeu a uma análise breve, porém perspicaz quanto à progressividade

escrevendo que “o gravame fiscal deve ser diretamente proporcional à riqueza evidenciada em cada situação impositiva”.

Impende advertir que a tributação, mesmo que gradativa segundo a capacidade contributiva deve, inevitavelmente, respeitar o limite do princípio constitucional que veda o confisco, impedindo que o tributo seja estipulado de forma tão elevada, que possa gerar obstáculo a continuidade da geração de riquezas, e ao desenvolvimento.

Seguindo os apontamentos, realçamos o sábio ensinamento do mestre Sabag (2009, p. 122):

O princípio da capacidade contributiva impõe, na esteira da justiça distributiva, que aqueles cidadãos dotados de maior poder aquisitivo devem pagar impostos, em princípio com alíquotas maiores, de forma que o sacrifício econômico por eles sentido seja proporcionalmente maior do que o suportado pelos contribuintes mais economicamente vulneráveis.

O fundamento da progressividade é o de procurar igualar o sacrifício do ônus fiscal de todos os contribuintes, realizando a capacidade contributiva, impondo uma tributação justa e equitativa.

Carraza (2003), com propriedade, pôs em paralelo ambos os princípios, o da capacidade contributiva e o da progressividade, e concluiu dizendo que, em nosso sistema jurídico, todos os impostos, em princípio, devem ser progressivos. Por quê? Porque é graças à progressividade que eles conseguem atender ao princípio da capacidade contributiva. Melhor esclarecendo, as leis que criam *in abstracto* os impostos devem estruturá-los de tal modo que suas alíquotas variem para mais à medida que forem aumentando suas bases de cálculo. Assim, quanto maior a base de cálculo do imposto, tanto maior deverá ser a sua alíquota.

Enfim, trata-se de uma relação de interdependência. O princípio da capacidade contributiva é um ideal abstrato louvável, contudo sua tônica é de difícil concretização no plano real das relações tributárias. Diante disso,

é exatamente aí que mora a importância da progressividade, para a sua concretização de uma forma justa.

4.4 Relação do princípio da capacidade contributiva com alguns Princípios do Sistema Tributário Constitucional

Machado apud Mota Filho (2006), elenca os maiores princípios jurídicos atinentes à tributação na nossa Carta Magna de 1988, os quais serão comentados apenas quanto aos que se julgam conveniente ao proposto nesta obra, para que não se desvie o foco do estudo, são eles: o princípio da legalidade, da isonomia, da capacidade contributiva, da anterioridade, da vedação do confisco e da liberdade de tráfico.

Observa-se o maior relacionamento do princípio da capacidade contributiva com os princípios da legalidade.

Segundo Nogueira apud Sabbag (2009) o fundamento de toda a tributação parte do princípio da legalidade tributária, sem este princípio não há como se falar em Direito Tributário.

O princípio da capacidade contributiva liga-se de maneira coesa e permanente ao princípio da legalidade.

É a lei que estabelecerá as hipóteses de incidência dos impostos, tomando como base o delineamento genérico da Norma Constitucional e observando que a idéia de tributar está em razão direta com a riqueza dos indivíduos.

Aqui cabe ilustrar com as sábias palavras de Barbosa apud Sabbag (2009, p. 91) "... a regra da igualdade (ou da isonomia) consiste senão em aquinhoar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam".

O princípio da capacidade contributiva, em verdade, é a concretização do princípio da isonomia no ramo do direito tributário. Exige tratamento fiscal igual aos que ostentam situações econômicas equivalentes, e desigual aos que ostentam situações econômicas diversas. O encargo fiscal deve, em resumo, ser tanto maior quanto maiores forem as possibilidades econômicas das pessoas que o suportam.

Em se tratando do princípio do não-confisco, segundo Amaro (2009), observa-se que este atua em conjunto com o da capacidade contributiva e

se traduz na capacidade de suportar a carga tributária sem que se anule a riqueza privada.

Pelo princípio do não-confisco é vedado utilizar o tributo com efeito de confisco, derivação do princípio da capacidade contributiva. As leis que criam impostos, ao levar em consideração a capacidade econômica dos contribuintes, não podem compeli-los a colaborar com os gastos públicos além de suas possibilidades. Assim é confiscatório o imposto que esgota a riqueza tributável das pessoas, isto é, não leva em conta suas capacidades contributivas.

O princípio do não-confisco limita o direito do Fisco de expropriar os bens privados. Assim exemplificativamente, os impostos devem ser graduados de modo a não incidir sobre as fontes produtoras de riqueza dos contribuintes, e portanto, a não atacar a consistência originária das suas fontes de ganho.

Acrescenta-se àqueles princípios postos por Machado apud Mota Filho (2006), os princípios da tipicidade e segurança pública.

O princípio da tipicidade é uma forma de império constitucional, delimitando pelos modelos ou tipos, a forma pelas quais deverão ser ajustadas as situações nas quais incidirão os efeitos tributários, da lei.

O conceito de fato tributário caracteriza-se por um requisito formal, a tipicidade, e por um requisito material, a capacidade contributiva.

O princípio da segurança pública está ancorado nos postulados de certeza e da igualdade, exige que as discriminações efetuadas pela lei tributária apresentem relação de causalidade entre a discriminação eleita e a distinção procedida em razão dela, o que ocorre na aplicação da capacidade contributiva, maior riqueza, maior carga tributária.

4.5 A quantia a ser desembolsada pelo sujeito passivo da obrigação tributária: a base de cálculo e a alíquota

A quantia a ser desembolsada pelo sujeito passivo é o resultado de duas grandezas: a base de cálculo e a alíquota.

A base de cálculo deverá dirigir-se para o fato econômico inscrito no círculo da hipótese de incidência tributária; deverá guardar relação íntima com a capacidade objetiva determinada pelo legislador.

A alíquota é uma fração da base de cálculo que leva ao valor que o contribuinte deverá desembolsar.

Como descrito, a base de cálculo é a definição legal da unidade de medida, constitutiva do padrão de referência a ser observado na quantificação financeira dos fatos tributários. Consiste em critério abstrato para medir tais fatos que, conjugados à alíquota, permite obter a dívida tributária.

Já a alíquota é o critério legal, normalmente expresso em porcentagem, que conjugado à base de cálculo, permite que se chegue o *quantum debeatur*. Forma com a base de cálculo, o elemento quantitativo do tributo.

4.6 As espécies de exações tributárias em que o princípio da capacidade contributiva vai ou não ser aplicado

Segundo Madeira apud Sabbag (2009, p. 118):

O princípio da capacidade contributiva é aplicável a todas as espécies tributárias. No tocante a impostos, o princípio é aplicável em todas as suas extensão e efetividade. Já no caso dos tributos vinculados, é aplicável restritivamente, devendo ser respeitados apenas os limites que lhe dão os contornos inferior e superior, vedando a tributação do mínimo vital e a imposição tributária que tenha efeitos confiscatórios.

4.6.1 A Capacidade Contributiva e os Impostos

Nos impostos o sujeito passivo realiza comportamento indicador de riqueza que não foi, de maneira alguma, provocada pelo Poder Público; daí essa modalidade de exação fundar-se na capacidade contributiva do sujeito passivo.

Imprime à tendência de personificação dos impostos a capacidade contributiva. Contudo, há de ser observada a dita personificação sempre que a estrutura do aspecto material da hipótese de incidência o comporte até mesmo nos impostos reais.

Nos impostos indiretos, que são aqueles pelo qual o contribuinte *de jure* não é aquele que absorve o impacto da imposição tributária, sendo repassada ao contribuinte “de fato”. Nessa modalidade de imposto, a garantia constitucional atuará de maneira um tanto diferenciada. Dada a dificuldade da operatividade do princípio, em conseqüência da inviabilidade de se imprimir feição ‘pessoal’ aos impostos indiretos, caracterizando a distinta forma com que este princípio incide aí.

Salienta-se que se a capacidade contributiva não puder ser levada em conta para a graduação do tributo indireto, ao menos prestar-se-á como indicador das hipóteses em que deve conceder isenção na obrigação tributária.

4.6.2 A Capacidade Contributiva e as Taxas

No direito tributário brasileiro, parece que não há espaço para entendimento que não seja o de refutar o princípio da capacidade contributiva aplicada às taxas.

No tributo em estudo, tem-se como seu conceito: aquele cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal direta e imediatamente referida ao compelido pela lei a satisfazer a obrigação tributária principal, sendo um tributo vinculado.

Têm as taxas uma natureza remuneratória da atuação do Poder Público Estatal.

Esclarece Costa (2003, p. 55-56) que:

Sustentar a necessidade de observância do princípio da capacidade contributiva nas taxas é não atentar para a natureza dessas imposições tributárias. Significando uma contraprestação pela atuação do Poder Público, diretamente referida ao contribuinte, não se pode erigir nas taxas, como critério informador desses tributos, uma circunstância absolutamente

alheia a essa atuação estatal. Vale dizer, se, com a taxa, se pretende remunerar a atuação estatal, essa remuneração deve reportar-se ao custo da mesma, e não à capacidade contributiva do sujeito passivo, irrelevante para a hipótese de incidência ou para a graduação da taxa.

Tanto assim é que o sujeito da taxa, seja rico ou pobre, pagará o tributo na mesma proporção, consoante o serviço público oferecido ou a atividade de polícia desencadeada.

Vale endossar o raciocínio de Costa (2003), que demonstra que as taxas não atendem ao princípio da capacidade contributiva.

Destaca-se com isso, a fundamentação da afirmação que é devido ao caráter restitutivo que carregam as taxas, que seu *quantum* debitório será proporcional ao efetivamente despendido pelo Poder Público na realização de sua parte da obrigação sinalagmática tributária.

Por outro lado, Sabbag (2009) mostra que determinadas taxas podem ser passíveis da aplicação do aludido princípio, o exemplo ilustrativos reside na situação onde em há assistência integral e gratuita para registros civis de nascimento e óbito, quando o solicitando não possui recursos.

4.6.3 A Capacidade Contributiva e as Contribuições de Melhoria

Segundo reza o artigo 145, III, da Constituição Federal, “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.” (BRASIL, 2009, p. 160).

O dispositivo em voga, preleciona sobre as contribuições de melhoria, cuja sua cobrança requer uma prévia feitura de obras públicas que convertam-se em benefício que venha necessariamente a valorizar o bem do seu sujeito passivo da imposição tributária. Ocorrido isso, haverá um acréscimo na riqueza do beneficiário desta obra. Todavia a riqueza será

proporcionada pelo Poder Público, descaracterizando qualquer vinculação jurídica que faça-o atender ao princípio da capacidade contributiva, desclassificando este postulado.

4.6.4 A Capacidade Contributiva e as Contribuições Parafiscais

As contribuições parafiscais podem ser tidas como interventivas ou corporativas, segundo dispõe o artigo 149, da Constituição Federal. Aqui, tem-se que são tributos vinculados, cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal indireta e mediata, referida ao obrigado, podendo seu aspecto material revestir-se de modalidade de taxa ou imposto.

Quando representar um imposto, automaticamente deverá atender ao princípio da capacidade contributiva.

Caso corresponda a um modelo característico de taxa na sua imposição prática, esta não precisará satisfazer aos ditames do princípio da capacidade contributiva.

4.6.5 A Capacidade Contributiva e os Empréstimos Compulsórios

Quanto aos empréstimos compulsórios, coloca-se perfeitamente possível a sua vinculação ao princípio da capacidade contributiva para sua justa efetivação.

Como se pode abstrair da prática da cobrança tributária, os empréstimos compulsórios podem assumir feições de imposto (dada sua vinculação), de taxas, ou mesmo de contribuição de melhoria.

Recebe realce o fato de, quase que sempre assumirem forma de impostos os empréstimos compulsórios. Implica com isto, que é evidente a sua sujeição ao princípio da capacidade contributiva nessa modalidade de imposição tributária, prescrita por força da Constituição Cidadã.

5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOBREPOSTOS AO PODER DE TRIBUTAR

De acordo com Carrazza (2003), a Constituição Brasileira, ao tratar dos direitos fundamentais, garantiu a igualdade de todos perante a lei, a inviolabilidade da propriedade privada, a liberdade de ir e vir da pessoa, a liberdade de consciência, a liberdade de associação e reunião etc. Nesse mesmo sentido alberga o direito que tem a pessoa de não ter o que é seu expropriado, ao limitar o poder de tributar do Estado. Essas garantias apresentam-se como proibições ao Estado de lesar, por meio de leis, atos administrativos ou decisões judiciais, aqueles valores prestigiados por nossa Carta Magna. As leis, os atos administrativos e as decisões judiciais, que, eventualmente, contrariem tais valores podem ser anulados com base em sua inconstitucionalidade.

A Constituição Federal Brasileira de 5 de outubro de 1988 contém uma série de versículos que vinculam os direitos fundamentais do homem e suas garantias que, limitam a ação do Estado, não só proibindo-o de prejudicá-los, como obrigando-o, mesmo, a encaminhar-se no sentido do interesse público. Estes direitos seriam o mínimo para que todos possam viver e desenvolver livremente suas atividades.

A par desta lição, é possível concluir que determinados princípios constitucionais, são desdobramentos de outras normas tidas como fundamentais. Nesse contexto, exemplificativamente, teríamos o princípio da capacidade contributiva, atuando como corolário do direito fundamental da igualdade.

Tendo-se em mente que o princípio da capacidade contributiva deriva de outro princípio de maior amplitude, irradiador de efeitos por todo o ordenamento jurídico, é importante observar o texto de Derzi apud Baleeiro (1997, p. 536 e 697) :

Universalmente a igualdade é aceita como regra de tratamento igual de direitos e deveres dos cidadãos. Ora, o tributo é um dever cuja característica é ser econômica, patrimonial. O levar dinheiro aos cofres públicos. O que se postula é puramente que esse dever seja idêntico para todos e importe em sacrifício igual a todos os cidadãos (...) Ora, o critério básico, fundamental e mais importante (embora não seja o

único), a partir do qual, no Direito Tributário, as pessoas podem compor uma mesma categoria essencial e merecer o mesmo tratamento, é o critério da capacidade contributiva. Ele operacionaliza efetivamente o princípio da igualdade no Direito Tributário. Sem ele, não há como aplicar o mais importante e nuclear direito fundamental, ao Direito Tributário: a igualdade.

Oliveira apud Mota Filho (2006) transcreve, sinteticamente, as várias facetas em que a igualdade se desdobra no direito tributário:

- a) Se todos são iguais perante a lei, todos devem ser por ela tributados (princípio da generalidade);
- b) O critério de igualação ou desigualação há de ser a riqueza de cada um, pois o tributo visa a retirar recursos do contribuinte para manter as finanças públicas; assim, pagarão todos os que tenham riqueza; localizados os que têm riqueza (logo, contribuintes) devem todos estes ser tratados igualmente – ou seja - tributados identicamente na medida em que possuem igual riqueza (princípio da igualdade tributária);
- c) ‘Essa riqueza só poderá referir-se ao que exceder o mínimo necessário à sobrevivência digna, pois até este nível o contribuinte age ou atua para manter a si e aos seus dependentes, ou à unidade produtora daquela riqueza (primeira acepção do princípio da capacidade contributiva, como pressuposto ou fundamento do tributo);
- d) Essa tributação, ademais, não pode se tornar excessiva, proibitiva ou confiscatória, ou seja, a tributação, em cotejo com diversos princípios e garantias constitucionais (direito ao trabalho e à livre iniciativa, proteção à propriedade), não poderá inviabilizar ou até mesmo inibir o exercício da atividade profissional ou empresarial lícita nem retirar do

contribuinte parcela substancial de propriedade (segunda acepção do princípio da capacidade contributiva, como critério de graduação e limite da tributação).

Seja como for, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, ao fazerem uso de suas competências tributárias, são obrigados a respeitar os direitos individuais e suas garantias.

O contribuinte tem a faculdade de, mesmo sendo tributado pela pessoa política competente, ver respeitados seus direitos públicos subjetivos, constitucionalmente garantidos; ou mesmo, os direitos fundamentais explícitos como: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade.

Xavier apud Becker (1998, p. 490):

Nem todas as situações da vida abstratamente suscetíveis de desencadear efeitos tributários podem, pois, ser designadas pelo legislador como fatos tributáveis. Este encontra-se limitado na sua faculdade de seleção pela exigência de que a situação da vida a integrar na previsão da norma seja reveladora de capacidade contributiva, isto é, de capacidade econômica, de riqueza, cuja expressão sob qualquer forma se pretende submeter a tributo. Pode o Legislador escolher livremente as manifestações de riqueza que repute relevantes para efeitos tributários, bem como delimitá-las por uma ou outra forma, mas sempre deverá proceder a essa escolha de entre as situações da vida reveladoras de capacidade contributiva e sempre a estas se há de referir na definição dos critérios de medida do tributo.

Os Poderes de Investigação do Fisco permitem ao Estado-Administração aferir a capacidade contributiva dos grupos de contribuintes, e não para fiscalizá-los em época posterior. Este poder de polícia o Fisco sempre teve, obedecidos os devidos processos e procedimentos legais e respeitados os direitos fundamentais.

A Constituição deseja obrigar a administração a cumprir e realizar o princípio da capacidade contributiva investigando a realidade, sem intuito fiscalizatório dos contribuintes para que possa preparar os projetos de leis tributárias dentro de um sistema efetivo e justo. Por isto a CF rejeita as técnicas presuntivas de aferição da capacidade contributiva.

A norma em discussão tem por fundamento a justiça distributiva. A capacidade econômica é a concretização da potencialidade econômica da pessoa, seu relacionamento ou vínculo com o poder, já a capacidade contributiva (objeto desse estudo) leva em conta a capacidade econômica em face da imposição global ou específica, como um aspecto próprio de um vínculo com o poder tributante, no interesse coletivo, no dever da solidariedade e na aptidão para realizar o interesse público. Nunca se pode perder de vista a primazia dos direitos fundamentais. Sempre.

6 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL LIMITADORA DO ARBÍTRIO DO PODER ESTATAL

Silva apud Mota Filho (2006) afirma que a nossa Constituição é rígida, e, em consequência é a lei fundamental e maior do Estado brasileiro. Todo poder só nela encontra fundamento e só ela confere autoridades e competências governamentais.

Na linha de raciocínio do ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, pode-se observar que a Constituição é a Base de todo o Direito Público, notadamente do Direito Tributário.

Analisando a matéria tributarista, o aguçado cientista jurídico atentará ao fato de boa parte das normas tributárias apresentarem-se como corolário dos direitos fundamentais, como apontado anteriormente.

Não é exagero afirmar que a supremacia constitucional é, no Estado Democrático de Direito, o único e soberano instrumento que detém o contribuinte, como meio apto a frear o arbítrio Estatal. Afinal, para limitá-lo está a Constituição.

No Brasil, o assunto tem merecido grande atenção pelo fato da Constituição ser rica em normas tributárias.

No sistema político nacional, o cidadão elege o constituinte para que este crie uma legislação que atenda aos seus anseios – constatação extraída de uma análise bastante apressada - a partir da instituição desta que será a Lei-Base, a Lei-Mãe, a Lei-Fundante, é que ter-se-á, por assim dizer, a personificação formal e abstrata das políticas máximas que regem a nação brasileira.

A Carta Magna discrimina a competência tributária para instituir impostos, fixando em sede constitucional as possíveis hipóteses de incidência e a competência residual da União para criar outros impostos.

Observe que na seção tributária, preferiu o constituinte, redigir explicitamente no corpo da constituição, as competências dos entes políticos integrantes do estado brasileiro. Disciplinou também as respectivas receitas, e vinculações compulsórias as quais devem obedecer estes entes políticos. Com isto, percebe-se que foi feliz o legislador constituinte, porquanto, coibiu de pronto, as gincanas legislativas e fiscais acontecerem, caso contrário. Não tivesse tomado essas precauções de disciplinar no próprio corpo constitucional as referidas matérias, muito possivelmente os legisladores infraconstitucionais travariam intermináveis disputas, cada qual buscando avocar para si o que bem lhe aprouvesse, almejando principalmente engordar suas receitas. Não é difícil imaginar, que diante deste cenário de total insegurança jurídica no plano tributário, o Estado experimentaria uma total voracidade fiscal, e sem proporções, ainda pior que a realidade atual.

Reitere-se que na realidade cotidiana o sentimento quase que generalizado dos brasileiros não é de contentamento. Ao contrário, é alvo freqüente de inúmeras críticas ao modelo tributário.

Numa outra perspectiva, a denúncia não só é ao fato de o legislador constituinte ter, ou não ter sido omisso ou comisso no que toca à atribuição de competência, à discriminação das receitas, ou quanto ao rol das vinculações compulsórias. Importa agora saber, que é grave o descumprimento das normas constitucionais, graças a distorções interpretativas que soam arbitrarias. O contribuinte, impotente, tem de suportar com opressão as gritantes inconstitucionalidades, que acabam por instituir, *a contrario sensu*, um sistema de injustiça fiscal.

No Estado Democrático de Direito o cidadão-contribuinte encontra na Constituição seu precioso subsídio de proteção jurídica, lhe conferindo mecanismos que salvaguardam suas pretensões na relação jurídico-tributária. Para tanto, compõe esta vontade constitucional um conjunto de normas, seja regras ou princípios, que dirigem o legislador e o aplicador.

O Estado de Direito é aquele que, tanto quanto os particulares respeita as leis e as decisões judiciais.

A Constituição brasileira também acolheu essa idéia central de sujeição e acomodação do Estado ao direito, em razão disso a vontade constitucional deve 'efetivamente' ser levada a cabo; e mais ainda, deve ser compreendida pelos jurisdicionados, enraizada de vez na consciência de todos, pois só aí terá atingido a educação fiscal, capaz de proporcionar a paz social na seara tributária.

7 CONCLUSÃO

O princípio da capacidade contributiva, posto expressamente na Constituição, encontra-se em destaque absoluto no ordenamento constitucional tributário.

Não se pode dizer que o princípio em voga é mera diretriz do sistema constitucional aos legisladores.

Pode assumir acepções distintas o princípio da capacidade contributiva, sendo utilizado ora como fundamento ou pressuposto do tributo, e ainda como critério de graduação e limite da tributação.

A interpretação do princípio a luz da capacidade econômica é, seguramente o critério mais propenso a se atingir a justiça fiscal e a igualdade tributária; sendo este critério aceito em uníssono pelos juristas em razão de não revestir-se de arbitrariedade quanto a sua metodologia de justificação.

Reiterando, a capacidade econômica informa com grande valia a aferição da capacidade contributiva dos sujeitos passivos, não ao arrepio da lei, em desarmonia com o todo sistemático perquirido no ordenamento. Observa-se a capacidade econômica esboçando a feição técnica da capacidade contributiva, o legislador ordinário, e o aplicador da norma *in casu*, obrigatoriamente, deverão deduzir os eventuais gastos que se fazem necessários à aquisição, à produção, e principalmente à manutenção da

renda e do patrimônio daquele que se ver compelido a pagar tributo, não cerceando o seu mínimo existencial, sob pena de ser caçada a eficácia da norma ou a efetiva cobrança, via decretação de sua inconstitucionalidade.

É evidente em nossa sociedade, quase de forma universal, o sentimento de descontentamento e às vezes de revolta devido a elevada carga tributária que o Estado brasileiro criou.

Têm os jurisdicionados o seu patrimônio, a sua renda atingidos pela demasiada voracidade fiscal dos entes tributantes, muitas vezes de forma injusta. Sabido é que hodiernamente ouve-se reclamações provenientes de todos os setores da sociedade, pondo em cheque as essas elevadas tributações, muito embora não se perceba uma contraprestação do Estado que faça jus a tamanha avareza. Nem o mais insensível e insensato brasileiro negaria essa realidade.

A garantia constitucional da capacidade contributiva, nitidamente, é o mais importante mecanismo conferido ao cidadão-contribuinte, porém não é o único. É importante seu fiel cumprimento para que não haja infração por tabela, a uma série de outros direitos à esta norma afinado, inclusive direitos historicamente consagrados como o da dignidade da pessoa humana e de propriedade.

Em que pesem os esforços empenhados para que se leve a cabo a observância à capacidade contributiva, ainda são pequenos os resultados alcançados. Parece-nos que há uma gama de entraves que impedem o êxito de sua aplicação no plano prático; arriscamos a apontar, dentre outras causas que impedem o sucesso desta norma, a equivocada interpretação que vem sendo manejada nos tribunais desse país.

Vimos que os tribunais primam pelo valor da segurança jurídica nas suas decisões jurisprudenciais tangentes a conflitos de cunho tributário. Em grande parte isso se deve ao formalismo e ao positivismo do nosso Direito, haja vista jurisprudência dos conceitos que nos servem de paradigma. Aqui vale conceituar a jurisprudência dos conceitos como aquela que concebe o Direito orgânico e lógico, representado ilustrativamente como uma pirâmide de conceitos, cada qual se sobrepondo uns aos outros hierarquicamente, logo, desse rígida vinculação o de conceito inferior jamais ultrapassará as limitações que lhe for atribuído pelo de conceito superior, sob pena de invalidez.

Este entendimento teimoso dos tribunais maculam o espírito da norma constitucional da capacidade contributiva, uma vez que refutam de plano os valores da justiça fiscal e da igualdade. Entretanto nós vivemos num estado democrático de direito que clama pela justiça e exige dos operadores do direito a construção de um ordenamento equilibrado, harmônico. Por fim deve-se operar um único pensamento dos valores da segurança jurídica, da justiça fiscal e da igualdade inerente às relações tributárias, revendo o critério norteador da prudente interpretação que mais obedeça à capacidade contributiva.

Realçamos que não são todos os tributos que atenderão ao postulado da capacidade contributiva. Como visto, esta norma fundante do sistema tributário aplicar-se-á aos tributos não vinculados a uma atuação estatal (impostos, contribuições sociais e empréstimos compulsórios na medida em que estes assumem o formato de impostos) .

Emana do princípio da capacidade contributiva a restrição de tributar o sujeito passivo respeitando o seu mínimo existencial ou vital.

Merece holofote a idéia de que na imposição tributária *in concreto*, em desatendimento a diretriz da capacidade contributiva, deve ser declarada a inconstitucionalidade deste ato, bastando demonstrar a ausência de idoneidade para agente figurar como sujeito passivo ou apontar o excesso de carga fiscal aplicado a esta pessoa.

Derradeiramente, salientamos que seria bem vindo no Brasil a edição de um Código de Defesa do Contribuinte, certamente com a feitura deste diploma legal, a positivação inibiria enormemente o cometimento de arbitrariedades por parte dos entes tributantes, melhor instruiria os jurisdicionados quanto à matéria tributária, edificando com maior clareza e objetividade o direito tributarista.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**: esquematizado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009. 783 p.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Manual de direito tributário**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário Brasileiro**: atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Constituição (1946). **A constituição de 1946**. [Brasília]: Ministério do Interior. Fundação Projeto Rondon, [19-].

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição : direito constitucional positivo**. 15. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARCO, Carla Fernanda de. **Dos Princípios Constitucionais.** Disponível em: . Acesso em 01 de out. de 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. **Introdução ao Princípio da Capacidade Contributiva.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. encontrar este livro

REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA. Uberlândia: UFU, 1978-. Continuação de Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de direito tributário.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTIN, Janaína Rigo. **Princípio da capacidade contributiva e o mínimo isento: uma abordagem de direito comparado.** Disponível em: . Acesso em 15 de nov. de 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 4. ed., atual. e rev. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WEISZFLOG, Walter. **Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa.** 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1999. xii, 2259 p.

O DIREITO ORIGINÁRIO DOS POVOS INDÍGENAS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM E OS IMPACTOS DA PEC 215/00

ALANA SAMARA DIAS ARAUJO: Graduanda do Curso de Bacharel em Direito da Faculdade Católica do Tocantins

OSNILSON RODRIGUES SILVA(orientador) [\[1\]](#)

RESUMO: O presente artigo traz considerações acerca da PEC 215/00 tratando de sua tramitação e possível aprovação, a referida Proposta de Emenda mudará alguns pontos da Constituição e determinará que a demarcação de terras indígenas passará a ser feita por lei de iniciativa do Executivo, e não mais por decreto, como acontece atualmente, ou seja, com essa medida o Congresso Nacional terá a palavra final sobre novas demarcações. As controvérsias relativas à demarcação de terras indígenas têm como ponto central, justamente o fato de uma dada porção de terras ser ou não considerada indígena, diante das dificuldades relativas ao entendimento do sentido de determinados dispositivos constitucionais, será abordado também quanto ao direito à terra dos povos indígenas e seu processo de demarcação, trazendo os pontos de afetação positivos e negativos de tal medida no que se refere à proteção e estabilidade aos direitos que são inerentes aos nativos, bem como no âmbito jurídico e social de toda uma população que já vem sofrendo duras perdas. Neste artigo utilizou-se de um método exploratório através de técnica bibliográfica simples com o intuito de verificar bibliografia e documentos mais relevantes a fim de obter como resultado, a confirmação ou não da violação de preceitos fundamentais de nossa Carta Magna, e também mostrar as facetas que essa alteração à lei trará de forma positiva ou negativa a liberdade dos indígenas equanto a demarcação de terras, que sem dúvida é o tema mais relevante no âmbito do Direito Indigenista.

Palavras- chave: Povos Indígenas. Demarcação de Terras. Direito Originário.

ABSTRACT: This article presents considerations about PEC 215/00 regarding its procedure and possible approval, said Amendment Proposal will change certain points of the Constitution and will determine that the

demarcation of indigenous lands will be done by law of initiative of the Executive, and not more by decree, as it is now, that is, with this measure the National Congress will have the final word on new demarcations. Controversies relating to the demarcation of indigenous lands have as their central point, precisely the fact that a given portion of land is considered indigenous, in the face of difficulties related to the understanding of the meaning of certain constitutional provisions, will also be approached as to the land rights of indigenous peoples. Indigenous peoples and their process of demarcation, bringing the positive and negative aspects of this measure with regard to the protection and stability of the rights inherent to the natives, as well as in the legal and social context of a population that has been suffering losses. In this article we used an exploratory method through a simple bibliographic technique with the purpose of verifying bibliography and more relevant documents in order to obtain as a result, confirmation or not of the violation of fundamental precepts of our Magna Letter, and also show the facets that this amendment to the law will positively or negatively affect the freedom of indigenous peoples and the demarcation of lands, which undoubtedly is the most relevant issue in the context of Indigenous Law.

Keywords: Indigenous Peoples. Demarcation of Lands. Right of Origin.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da natureza jurídica das terras indígenas; 2. Breve histórico sobre a evolução da questão indígena no Brasil Colonial; 3. Extensão no território brasileiro; 4. Do direito a posse tradicional dos índios; 5. Do processo de demarcação; 6. Pec 215/00 e seus efeitos; 7. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A diversidade étnica brasileira é uma característica que faz do Brasil um país multicultural, graças ao patrimônio cultural dos diversos grupos sociais formadores da sociedade nacional, dentre as várias contribuições desses inúmeros grupos destacam-se as dos povos indígenas, povos considerados nativos uma vez que originariamente constituíram comunidades locais nas terras brasileiras, pelas quais lutaram arduamente e incansavelmente contra a ação arrebatadora dos colonizadores europeus.

Durante muito tempo houve bastante sofrimento para os povos indígenas, mas apesar disso, muitos resistiram e atualmente os índios são reconhecidos como sujeitos de direitos, que devem ser promovidos e protegidos pela ordem jurídica nacional, em razão da proteção do patrimônio cultural da humanidade, da qual faz parte a identidade indígena.

Os indígenas estão profundamente ligados à preservação e sustentabilidade do meio ambiente, por serem moradores originários desta terra e possuidores de cultura e definições próprias de nação, e em 1988 depois de muita luta por seus direitos, conseguiu-se incluir à Constituição Federal os artigos que garantem a posse das terras aos índios, bem como a demarcação que se enquadrarem como tradicionalmente ocupadas na data da promulgação da Constituição da República.

O presente artigo fará uma análise dessas populações indígenas, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais a elas reconhecidos, fazendo também um levantamento sobre a evolução histórica do direito indigenista quanto à terra tanto no plano constitucional, quanto no infraconstitucional.

Para chegar às informações que serão exposta no desenvolvimento do artigo, foram empregados como procedimento metodológico o estudo bibliográfico de obras e artigos à temática.

No primeiro momento o trabalho abordará quanto a natureza jurídica das terras indígenas, onde será tratado sobre o teor do que consta no art. 231 da Constituição Federal, explanando sobre os pressupostos que levam às terras a serem consideradas tradicionalmente ocupadas pelos índios. Seguidamente mostrará um percurso sobre a questão indígena desde o descobrimento do Brasil, no período colonial até a situação atual, mostrando a evolução quanto a discussão referente aos direitos indigenistas, apresentando também quanto à extensão territorial nacional que atualmente se encontra os povos nativos.

Dito isto, o trabalho passará à análise quanto a posse tradicional dos indígenas, que está prevista no art. 24 do Estatuto do Índio, referindo-se ao usufruto assegurado aos índios ou silvícolas das terras e expondo suas

modalidades, logo adiante será discutido sobre todo o procedimento de demarcação das terras, que atualmente é regulamentada pela União e é presidida pela FUNAI, dado isso, chegará à discussão principal do trabalho, onde se pontuará os efeitos da PEC 215/00, expondo os impactos sobre os povos indígenas, e esclarecendo quanto a discussão, de a referida Proposta de Emenda ser ou não constitucional.

1- DA NATUREZA JURÍDICA DAS TERRAS INDÍGENAS

A Constituição Federal em seu art 231, garante às comunidades indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, e incumbe a União de demarcá-la, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

A finalidade e sentido da atribuição à União para que se regulem as terras tradicionalmente em posse dos índios é para uma maior segurança e proteção dos direitos indígenas a essa terra. De um lado, a terra possui um significado para a sobrevivência física, mas sobretudo existe o lado da sobrevivência cultural dos índios, então, além da importante relevância sobre a garantia da existência da questão indígena, há também a questão da terra com a fé indígena e os seus conhecimentos.

As terras indígenas são fundamentais à preservação cultural das comunidades que nela vivem e a Constituição estabeleceu um conceito abrangente das “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, onde possui quatro pressupostos:

- que a terra seja habitada pelos índios em caráter permanente,
- que os índios utilizem a terra para atividade produtivas,

- que a terra seja necessária para a manutenção dos recursos indispensáveis ao bem estar dos índios e

– que a terra seja necessária à reprodução física e cultural, pressupostos estes que estão elencados no parágrafo 1º do artigo 231 da Constituição Federal;

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Estes pressupostos são comprovados através de laudos antropológicos, porém não é exigida pela Constituição a imemorialidade da ocupação, ou seja, a ocupação desde o descobrimento do Brasil, para ser identificada como terra indígena, pois o texto constitucional consagrou o indigenato, um instituto de origem luso-brasileira que de acordo com essa noção jurídica os direitos aos índios conferidos são fundadas pelo fato de que eles são os senhores originários e naturais da terra se tratando, portanto, ao direito inato, enquanto que os direitos de outros são adquiridos, como os índios vieram antes mesmo do surgimento do Estado, cabe a este não conceder aos índios esses direitos, mas tão somente reconhecer sua existência.

2- BREVE HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO DA QUESTÃO INDÍGENA NO BRASIL COLONIAL

Desde os primórdios do Brasil o índio era escravizados e levados para Portugal, e foi em 1500 que a escravidão passou a ser legalmente permitida e institucionalizada na vida econômica de Portugal. O Direito Civil português possui normas expressas sobre a escravidão, as chamadas Ordenações Manuelinas de 1521.

Durante todo o período colonial a exploração da mão de obra indígena foi combustível para parte política econômica do Brasil e se prolongou até o período Imperial, somente em 1831 através de lei de modo irrestrito e permanente foi proibida a exploração.

No período inicial de adaptação quanto a infraestrutura econômica do país a escravidão representava para os portugueses necessidade econômica devido a intensa administração latifundiária e mesmo mais tarde, nos ciclos econômicos posteriores ainda se optava pela mão de obra do índio devidos aos custos serem mais baixos em relação aos negros, o problema da escravidão indígena se tornou o grande ponto central da política indígena portuguesa durante esse período, em função da intensa necessidade econômica dos latifundiários.

A reforma mais significativa quanto a esta questão da escravidão se deu pela Lei de 06 de junho de 1755, onde foi proclamado para o Estado de Maranhão a liberdade irrestrita do índio e como consequência deu ao índio a liberdade de decidir se iriam, e para quem eles gostariam de trabalhar, porém esse mandado legal de liberdade dos índios foi ignorado parcialmente pelo então governador do Maranhão, Mendonça Furtado.

Mais tarde, mais uma vez a liberdade do índio foi confirmada através da carta de Dom João VI, de 12 de maio de 1798 e até o final do período colonial não houve outra ação legislativa que se relacionasse com a liberdade dos índios ou à sua escravidão, e em 1832 a escravidão foi extinta.

Nas palavras de Emanuel Kayser Hartmut (2010, p. 168), pode-se perceber que durante o período colonial o tratamento jurídico voltado para a questão indígena no Brasil foi caracterizado por uma política de submissão, de opressão religiosa e cultural, de exploração econômica e de desapropriação para ônus dos indígenas, sob forma de catequese obrigatória legalmente permitida, trabalho forçado, escravidão, guerras e tomada de terras. Com base nas ordens administrativas fundamentais para o governo central em 1548, foram realizadas guerras contra os povos indígenas que se defendiam das invasões, principalmente nas áreas exploradas pelos portugueses, durante todo o período colonial, e a

consequência das guerras foi sem dúvida a expulsão ou o extermínio dos índios.

Ainda no decorrer dessa trajetória em busca de direitos que fossem verdadeiramente reconhecidos, foi possível assegurar pela primeira vez por Portugal durante a União Ibérica em 1609, a propriedade da terra indígena, e confirmada durante toda a legislação colonial que se seguiu, mas devidos a escravidão e as guerras e as consequências que dela sobrevieram, as garantias de propriedade não obtiveram grandes efeitos práticos que oferecesse proteção.

O direito colonial indígena e sua aplicação provocaram no contexto político, a dramática e extensa redução da população indígena que por fim se tornou numericamente não mais do que uma fração da população existente em 1500.

Como se não bastasse, logo mais os povos indígenas se tornaram também empecilho para expansão territorial da sociedade nacional, como aborda Emanuel Kayser Hartmut (2010, p. 1790), que durante a monarquia a submissão dos povos indígenas hostis já havia sido amplamente realizada, a resistência remanescente foi superada pelo uso de recursos não-bélicos, por isso a escravidão indígena, que foi proibida desde 1831 não tinha mais a qualquer importância, assim como as guerras contra os povos indígenas com a finalidade de assegurar o domínio, a obrigação estabelecida legalmente dos índios pacificados à prestação de trabalho forçado, não foi, no entanto, prejudicada, pois o foco da política indígena do império encontrava-se na área da política de terras, como os índios atrapalhavam a expansão territorial da sociedade nacional, foram procuradas alternativas que possibilitasse o povoamento de território indígena, por isso a tomada de terras indígenas continuou por outros meios com a lei da terra de 1850, e numerosas aldeias foram extintas pelos parlamentos das províncias e ocorreu a expropriação das terras indígenas em favor dos particulares.

3- EXTENSÃO NO TERRITÓRIO BRASILEIRO

Apesar do equívoco histórico, que levou à designação índio, para os primeiros habitantes do Brasil, onde a expressão utilizada usualmente eram

gentios, os nativos são chamados hoje predominantemente como índio no Direito Brasileiro. Desde o descobrimento do Brasil em 1500 até a década de 1970 a população indígena brasileira sofreu em uma escala decrescente e como consequência muitos povos foram extintos, algo visto como lamentável, porém inevitável. Contudo ao longo das últimas décadas do século XX esse quadro foi se modificando, e em 1991, o IBGE incluiu os indígenas no censo demográfico nacional, o número de brasileiros que se consideravam enquadrados nas características indígenas cresceu 150% na década de 90, o ritmo de crescimento foi quase seis vezes maior que o da população em geral, o percentual de indígenas em relação à população total brasileira saltou de 0,2% em 1991 para 0,4% em 2000, totalizando 734 mil pessoas.

Segundo a Fundação Nacional do Índio, são conhecidos no Brasil 225(duzentos e vinte e cinco) povos indígenas, que se caracterizam por sua enorme diversidade, que se constata não apenas em relação à sociedade nacional brasileira, mas também na comparação dos povos indígenas entre si, nos aspectos linguísticos e culturais, e pode se analisar também pelo grau de contato com a sociedade nacional, portanto não é possível estimar com exatidão ao número total de povos indígenas, visto que ainda subsiste povos que não possuem nenhum tipo de contato com o Estado Brasileiro e o mundo exterior, ou seja, são completamente isolados.

De acordo com dados mais recentes obtidos pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio), no Brasil há cerca de 462 (quatrocentos e sessenta e duas) terras indígenas regularizadas, ou seja, demarcadas, que representam cerca de 12,2% do território nacional, tendo sua maior concentração na região da Amazônia Legal e isso se deu devido a processos de demarcações inicializados na década de 1980 no âmbito da política de integração nacional e consolidação da fronteira econômica do Norte e Noroeste do País.

Mas ao se falar sobre a terra, refere-se diretamente ao habitat para a cultura indígena, lugar esse, onde as comunidades que se formam mantêm profundo vínculo afetivo e sobretudo espiritual é na terra que os integrantes dessas comunidades sentem a liberdade de viverem conforme seus costumes, tradições e dessa forma conseguindo reproduzi-la e refleti-las

para as próximas gerações a garantia do direito à terra é, portanto, condição “*sine qua non*” para a proteção de todos os demais direitos dos indígenas.

4- DO DIREITO A POSSE TRADICIONAL DOS ÍNDIOS

Há duas consequências jurídicas que ficaram estabelecidas pela Constituição sobre a posse tradicional dos índios à terra que são, a garantia da posse futura e o direito dos índios ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos, cuja concretização deve ser consolidada através de outras normas o direito ao uso desses recursos abrange art. 24 do Estatuto do Índio, especialmente os direitos a caça e pesca de coleta, assim como o direito à obtenção de extratos vegetais.

Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

§ 1º Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acrescidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

§ 2º É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas.

Nos termos da Constituição da República e do Estatuto do Índio e Decreto nº 1.775/96 atual legislação vigente, as terras indígenas podem ser classificadas nas seguintes modalidades:

1) Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas: São as terras indígenas de que trata o art. 231 da Constituição Federal de 1988,

direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.

2) Reservas Indígenas: São doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional.

3) Terras Dominiais: São as de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

4). Interditadas: São áreas interditadas pela FUNAI para proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96 (FUNAI, 2015).

5- DO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO

Com a intenção de garantir os direitos especiais territoriais, Emanuel Kayser Hartmut (2010, p. 247) friza fragmentos da Carta Magna, onde dispõe sobre a responsabilidade da União:

“A obrigação de demarcação é um instrumento importantíssimo, e quem ficou incumbido de regulamentar estas terras foi a União, de acordo com o caput do artigo 231 da Constituição Federal, dessa forma a Constituição obriga a União de estabelecer os limites das terras que os índios tradicionalmente ocupam, o que na falta dessa verificação causa incertezas jurídicas referente a responsabilidade

governamental em relação a vigilância e a proteção dessas terras o que evita possíveis conflitos sobre a posse”.

Esta proteção é atribuída pela Constituição, pois os Estados federais e os municípios não podem agir referente a este assunto e compete à FUNAI a proteção extrajudicial podendo se valer de auxílio da Polícia Federal e das Forças Armadas para garantir a proteção das terras ocupadas pelos índios e pelas comunidades indígenas, conforme dispõe o art. 35 do Estatuto do Índio.

5.1 O CAMINHO DA REGULARIZAÇÃO

Todo o procedimento para regularizar as terras é presidido pela Funai, o órgão do governo que estabelece e executa a Política Indígena no Brasil, as organizadoras Flávia Piovesan e Maria Garcia abordam de forma clara em sua obra esse processo que se desenvolve em 10 etapas (2011, p.237)

- 1) Estudo antropológico de Identificação: através de estudos será apontado como se deu a ocupação de determinado grupo étnico indígena observando critérios culturais.
- 2) Formação de grupo técnico organizado: o grupo é coordenado por antropólogo que ao final apresenta Relatório circunstanciado de identificação e delimitação através de estudos de caráter ambiental, histórico, etno- histórico, cartográfico que é necessário para demonstrar ocupação tradicional e apresentação de proposta de delimitação de área.
- 3) Aprovação do Relatório Circunstanciado: no prazo de quinze dias após a aprovação pela Presidência da Funai será, portanto, publicado

resumo dos estudos nos diários oficiais da União e Estados.

4) Contraditório: quaisquer manifestações quanto ao procedimento podem ser apresentadas desde o início dos trabalhos de identificação até noventa dias depois da publicação, onde a Funai responde eventuais contestações no prazo de sessenta dias e encaminha processos de identificação e de contestação para a apreciação pelo Ministério da Justiça.

5) Haverá a emissão de Portaria Declarando pelo Ministério da Justiça, reprovações ou solicitações de diligências.

6) Demarcação Física: a materialização dos limites é feita apenas nas linhas secas, através de abertura de picadas, implantação de marcos e placas indicativas e medição topográfica e geodésica, os limites naturais são definidos através de conversão digital das cartas topográficas. Em seguida é elaborado o mapa e o memorial descritivo da demarcação, que instrui o decreto de homologação do Presidente da República.

7) Ocorre então a Homologação do Presidente da República.

8) Atualização do levantamento fundiário e cadastro pelo Incra.

9) Seguirá o Registro no Cartório de Registro de Imóveis e anotação na Secretaria de Patrimônio da União-SPU.

10) Regularização Fundiária: quando ocupações forem feitas de boa-fé, a legislação prevê o pagamento de indenizações relativas a benfeitorias derivadas dessa modalidade de ação.

É sabido, que a princípio não é necessário a publicidade do registro aos bens da União com a intenção de se tornar válido aos direitos de seus titulares, mas é perceptível a presença cada vez mais marcante do Registro de Imóveis como um importante instrumento que reforça a publicidade legal.

6- PEC 215/00 E SEUS EFEITOS

Em 2000, o deputado federal Almir Moraes de Sá, do Partido da República (PR-RR), apresentou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) denominada 215, através dessa PEC, foi proposto que as demarcações de terras indígenas, a titulação dos territórios quilombolas e a criação de unidades de conservação ambiental passassem a ser uma responsabilidade do Congresso Nacional, ou seja, uma atribuição dos deputados federais e senadores, e não mais do poder Executivo, como é atualmente, porém neste presente trabalho será abordado especificamente no se que refere as demarcações de terras indígenas.

Em 2004, a PEC 215 foi apresentada a comissão de deputados chamada Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados. O deputado Luiz Couto, do Partido dos Trabalhadores do estado de Pernambuco (PT-PE), foi escolhido para fazer um parecer sobre esta proposta e pediu o arquivamento dela por entender que ela seria inconstitucional, mas somente no início de 2015, o deputado Luis Carlos Heinze do Partido Progressista o Rio Grande do Sul (PP-RS) entrou com um pedido de desarquivamento da PEC e no dia 17 de março, o então presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ) reinstalou a Comissão Especial, Atualmente aguarda publicação para apreciação do plenário.

A proposta da PEC 215/00 é fazer modificações no texto Constitucional nos artigos 49 e 231:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

XVIII – Aprovar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas.

Art. 231 São reconhecidos aos índios (...) e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Parágrafo 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis.

Com a aprovação da PEC o artigo passará a ser lido assim:

-As terras de que trata este artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis.

Além dessas alterações, com a aprovação definitiva da PEC, ocorrerá alteração também no Decreto 1775 de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, diz que essa mudança será feita através de uma Lei Ordinária, portanto os deputados elaborarão a lei, que irá descrever o procedimento da demarcação de terras indígenas o sítio da Câmara dos Deputados disponibiliza o inteiro teor da proposta:

PROPOSTA DE EMENDA À
CONSTITUIÇÃO Nº 215, DE 2000 (Do Sr. Almir
Sá e outros) Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49;

modifica o § 42 e acrescenta o § 82 ambos no Art. 231, da Constituição Federal.

(Apense-se à Proposta de Emenda à Constituição nº 153, de 1995) As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:(...) No sistema de mútuo controle entre os Poderes da República, adotado pela Constituição Brasileira, busca-se o necessário equilíbrio para evitar que no desempenho desmedido das respectivas competências se criem entraves na área de atribuição de outro Poder OU de outra esfera de Poder. Assim, por exemplo, pode o Congresso sustar ato normativo do Executivo, sempre que este exorbite o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa; por sua vez, o Executivo dispõe do poder de edição de medidas provisórias, antecipando-se a, ou determinando, a iniciativa legislativa do Congresso. No caso da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, verifica-se que implementada a atribuição pela União Federal no caso, por meio do Poder Executivo - sem nenhuma consulta ou consideração aos interesses e situações concretas dos estados-membros, têm criado insuperáveis obstáculos aos entes da Federação. No fim e ao cabo, a demarcação das terras indígenas consubstancia-se em verdadeira intervenção em território estadual, com a diferença fundamental de que, neste caso e ao contrário da intervenção prevista no inciso IV do art. 49, nenhum mecanismo há para controlá-la, ou seja, a falta

de critérios estabelecidos em lei torna a demarcação unilateral. Por isso, e valendo-se do próprio precedente constitucional, que exige a aprovação congressual para a intervenção federal, é que se propõe a presente emenda à Constituição, para que o Congresso, em conjunto com as partes interessadas na demarcação, passem a aprovar a demarcação das terras indígenas. É mantida a atribuição da União Federal e, assim, preservada a separação entre os Poderes, ao mesmo tempo em que se estabelece um mecanismo de convalidação ao desempenho concreto daquela competência. Coerentemente, prevê-se que o Congresso ratifique as demarcações já homologadas. Ao contrário do que a alguns possa parecer, com tal providência outorga-se um inédito nível de segurança jurídica às demarcações das terras indígenas, na medida em que, tendo-se pronunciado sobre elas o Poder que representa o povo e as unidades federativas, ficarão absolutamente isentas de qualquer questionamento. Por tais razões, a que se espera o acréscimo das demais que inspirem os nobres pares, solicita-se a aprovação desta proposta. Sala de Sessões, 28 de março de 2000. - Deputado Almir Sá

Nesse contexto o relator usou como bases que a demarcação de terras indígenas seria efetivamente uma intervenção federal em território estadual, que nesse caso e ao contrário da intervenção prevista no inciso IV do artigo 49, nenhuma forma há para controlá-la, ou seja, a falta de critérios em lei torna a demarcação unilateral.

A emenda de nº 215 traz como fundo que tal proposta é constitucional uma vez que o Poder Executivo vem identificando e demarcando de forma

privada terras indígenas, e que o art. 231 da CF expressa “competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”, assim nestas circunstâncias a referida emenda expressa que não houve indicação de qual poder refere-se tal tarefa.

Portanto o principal núcleo da proposta é de que a mesma é constitucional uma vez que em seu entendimento não interfere em cláusulas pétreas, e seria justa a interferência do legislativo uma vez que a união interfere nos territórios estaduais ao homologar terras indígenas.

Após a propositura da PEC, houve grandes discussões, uma vez que pode ser considerada inconstitucional sob alguns prismas, entre eles se ressalta que deve haver equilíbrio ao revisar cláusulas para eventuais emendas, pois conforme o mundo possui sua mudanças o direito não pode parar no tempo, mas ocorre que, estas cláusulas não são mero reflexo de direito contidos em nossas leis, mas estão previstas em nossa mais alta carta para garantir direitos fundamentais do povo, assegurando segurança jurídica, para que não haja subterfúgio de grupos bem posicionados no intuito de manipular direito de todos pelo bem de poucos.

A referida emenda não fere apenas a cláusula dos três poderes, mas também direitos e garantias individuais previstos no § 4º, IV da CF 88, artigo este que não pode ser interpretado engessadamente, uma vez que os direitos e garantias individuais vão além dos artigos 5º e 17º da Carta da República, como direitos políticos, proteção ao consumidor, direitos sociais entre outros princípios, mas que substancialmente estão todos ligados ao princípio da dignidade da pessoa, que vem como princípio fundamental expresso no art. 1º, inciso III Constituição Federal de 1988. Não há como se referir a direitos e garantias individuais sem ligá-los aos direitos humanos, portanto mais que evidente a conexão de tal princípio ao direito às terras dos povos indígenas, consagrado em seu art. 231.

6.1 IMPACTOS SOBRE OS POVOS INDÍGENAS

Após a aprovação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, os direitos indígenas foram lentamente, sendo colocados em prática algumas poucas terras foram sendo demarcadas, e conforme as

demarcações foram aumentando também cresceram as manifestações contra esse direito dos indígenas entre elas, pessoas, empresas e, principalmente fazendeiros e donos de empresas mineradoras começaram a se manifestar contra.

Desde então, a luta e movimentação dos povos indígenas, juntamente com seus aliados e parceiros tem sido nesse combate contra a redução dos direitos já existentes.

Portanto a PEC 215 é uma desconsideração aos direitos individuais dos povos indígenas, uma vez que para eles a terra representa sua cultura e seu modo de vida, o índio sem suas terras perde sua identidade.

7- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao ser elaborada a Constituição de 1988, houve o reconhecimento aos povos indígenas seu direito a tradições, organização social, língua, crenças e a terras tradicionalmente ocupadas, tais terras são bens da União com intuito de preservar e garantir os direitos indígenas sobre as terras que, portanto, são inalienáveis, indisponíveis e o direito sobre elas é imprescritível.

As terras já demarcadas e as que ainda serão, constituem em apenas a posse aos indígenas, uma vez que o domínio é da União que deve demarcá-las, mas deve se ressaltar que o direito indígena não depende de demarcação, a constituição de 1988 declarada como cidadã, assumiu com os povos indígenas um compromisso de demarcar todas as terras em cinco anos, mas era um momento muito diferente do que se vive hoje, o país tinha a preocupação de assegurar a vida e o bem estar da diversidade brasileira, mas principalmente do meio ambiente e a pauta era essa, mas o tempo foi mudando os interesses do representantes, que também são financiados por grandes corporações, a bancada ruralista já soma mais de 160 deputados e 24 senadores, que estão à frente de projetos polêmicos como a alteração do Código Florestal, o enfraquecimento de obras ambientais e a PEC 215.

A referida emenda proposta pelo Deputado Almir Sá, gera inúmeras discussões, pois ao pretender modificar atribuição do Executivo de

homologar as demarcações das terras indígenas para o legislativo, estaria interferindo em cláusula pétrea, mas tem de se analisar, que as demarcações são atos administrativos, pois apenas reconhecem um direito já existente, reconhecido na data da promulgação da república.

O processo de homologação dos territórios indígenas requer laudos antropológicos e estudos técnicos; desta forma o executivo apenas reconhece aos indígenas seus direitos originários a terra, com essa emenda as demarcações estarão nas mãos daqueles que priorizam a agricultura capitalista porém não há como esquecer que a referida emenda prejudica não só o direito às terras, e ultrapassa seus limites ao querer interferir em cláusulas pétreas bem como afronta o princípio da dignidade da pessoa, uma vez, que o índio sem-terra não tem identidade, o que acaba ocasionando inúmeros problemas sociais.

Esta luta não é apenas das nações indígenas ou comunidades quilombolas, mas está entranhada a um modelo de sociedade do país se aprovada não só será um retrocesso, mas um perigo aos direitos adquiridos de todos sem distinção.

A demarcação é ato administrativo de mero reconhecimento, portanto não cabe ao poder legislativo, permitir-se alterar cláusulas que são consideradas essenciais aos direitos, como as cláusulas pétreas não restará nada do restante dos direitos, diante de toda a análise proposta evidencia-se que a demarcação de terras indígenas, são direitos adquiridos com a promulgação da mais alta carta em 1988, declarando que o Executivo é responsável por sua homologação, pois ao homologar tais glebas reconhece por ato administrativo e de caráter técnico que as mesmas são tradicionalmente ocupadas, se aprovada trará resultados catastróficos aos povos indígenas e quilombolas, pois a terra para eles é reflexo de sua própria cultura, e está ligada à sua constituição como indivíduo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.** Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03, mar 2017

BULUS, Fernanda Miraldes. **O direitos dos índios ao reconhecimento de suas terras e o licenciamento ambiental.** Disponível em: > <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16768/16768.PDF>. Acesso em: 09, abr 2017

Câmara dos Deputados **Proposta de Ementa à Constituição, inteiro teor** disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>

Acesso em: 23, ago 2017

Da Redação. **A terra sagrada dos índios.** Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/a-terra-sagrada-dos-indios/>. Acesso em: 16, mar 2017

Demarcação de terras. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em: 08,abr 2017

HATMUT, Emanuel Kayser. **Os Direitos Dos Povos Indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.**Ed., Porto Alegre 2010, Sergio Antonio Fabris Editor.

LOPES, Ana Maria D´Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. **O direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-colônia ao Estado Democrático de Direito.** Disponível em: ><https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92744/Lopes%20Ana%20Maria%20e%20Mattos%20Karine.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08, abr 2017

PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria. **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos** -Vol IV- Grupos Vulneráveis. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590001>

PLANALTO, **Estatuto do Índio**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 05, out 2017

REGIONAL SULI, Conselho Indigenista Missionário – Equipe Florianópolis. **PEC 215: Ameaça aos direitos dos povos indígenas, quilombolas e meio ambiente**. disponível em: <http://www.cimi.org.br/pec2015/cartilha.pdf>. Acesso em : 20, mar 2017

SARMENTO, Daniel. **Nota técnica: A PEC 215/00 E AS CLÁUSULAS PÉTREAS**. Disponível em: https://mobilizacao nacionalindigena.files.wordpress.com/2014/12/pec-215_nota-tc3a9cnica-mpf.pdf. Acesso em: 16, mar 2017

SILVA, José Afonso. **Demarcação de terras indígena**. Interesse Público, n 52, Editora Fórum, 2008. Disponível em: >http://www.prto.mpf.mp.br/pub/geral/demarcacao_de_terra_indigena.pdf. Acesso em: 17, set 2017

SILVEIRA, Flávia Lanat. **Tradições e propriedade da terra em processo de demarcação de terras indígenas**. Disponível em: > <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25152/25152.PDF>. Acesso em: 09, abr 2017.

VIEIRA, da Silva. **A Emenda constitucional de nº 215: e os direitos à terra dos povos indígenas e quilombolas**. Constituição e Justiça: Estudos e Reflexões. Disponível em: <http://periodicos.unibave.net/index.php/constituicaojustica/article/view/118/10>. Acesso em: 09, set 2017.

NOTAS:

[1] Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; Graduação em Filosofia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho; Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins; Orientador deste artigo de conclusão de curso; osnilson.rodriques@gmail.com

INCONVENIÊNCIA DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PENA DE MORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

PEDRO HENRIQUE PEREIRA CORREA:
Técnico Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

RESUMO: O presente ensaio faz um estudo detalhado da pena de morte com objetivo geral de propor a inconveniência da aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo de uma análise da origem da pena capital, da aplicação dela em alguns países e dos principais argumentos contrários e favoráveis a sua adoção, evidencia-se que, conforme principalmente o fundamento constitucional do direito à vida, a pena capital não deve ser aplicada na legislação brasileira. A pesquisa pertence à linha crítica-metodológica na medida em que apresenta uma reflexão hermenêutica a respeito da pena de morte. Em consonância a isso, adota-se também a vertente teórico-metodológica jurídico-sociológica. E utiliza-se o raciocínio dialético formulando o pensamento através da lógica do conflito. Por fim, pode-se dizer que por meio de uma análise reflexiva, fundamentada nos posicionamentos de renomados autores como Cesare Beccaria, Kant, São Tomás de Aquino entre outros, o trabalho se inicia com uma análise histórica e comparativa da pena capital, para posteriormente estudar o tema em relação ao sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Pena de morte. Perspectiva histórica. Análise comparativa. Aplicação. Legislação brasileira.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. PERSPECTIVA HISTÓRICA; 3. LEGISLAÇÃO COMPARADA; 4. PENA DE MORTE NO BRASIL; 4.1. PERSPECTIVA HISTÓRICA; 4.2. PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO ATUAL; 5. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À LEGALIDADE DA PENA DE MORTE; 6. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADOÇÃO DA PENA DE MORTE; 7. PENA DE MORTE: SOLUÇÃO OU ILUSÃO?; 7.1 A VIOLÊNCIA POLÍTICA; 7.2 A OPINIÃO PÚBLICA; 7.3. O CUSTO ECONÔMICO; 7.4 A DISCRIMINAÇÃO; 7.5. OS RISCOS; 7.6. A CRUELDADE; 7.7. A QUESTÃO BRASILEIRA; 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a divergência de opiniões entre os diversos segmentos sociais e até mesmo entre alguns países a respeito da aplicação da pena de morte, o trabalho apresenta uma detalhada reflexão sobre o assunto. Realiza-se uma análise dos basais argumentos contrários e favoráveis à legalidade da pena capital, buscando mostrar que o referido instituto vai muito além dos argumentos apresentados pelas correntes favoráveis e contrárias à sua aplicação; incluindo questões muito mais subjetivas e complexas. Objetiva-se compreender a possibilidade de aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, percebe-se ser fundamental iniciar o trabalho pela perspectiva histórica.

2 PERSPECTIVA HISTÓRICA

Segundo o renomado autor Paulo Daher Rodrigues o termo pena tem origem latina _poena_ que por sua vez tem origem grega _poine_ que por sua vez advém do sânscrito _punia_ e significa dor e sofrimento. Mas tal termo pode significar também castigo, vingança e intimidação. Em ambas as vertentes supracitadas, a pena significa repreensão de um ato delituoso.^[1]

Nesse diapasão, a pena de morte surge como um meio eficaz e natural trazido pelos indivíduos para repreender aquele que praticasse um ato criminoso. Percebe-se que até a metade do século XVIII, ela era o método mais usado. Somente a partir do Iluminismo, com os ideais do célebre Cesare Bonesana Marquês de Beccaria, é que a situação se modifica e a teoria da abolição da pena capital passa a ganhar muitos adeptos.

O doutrinador Aílton Stropa Garcia fez uma classificação das fases da pena que é importante destacar. Segundo ele a pena possui quatro fases: a fase da vingança privada, a da vingança divina, a da vingança pública e a do período humanitário.^[2]

A primeira foi adotada por Pentateuco e outras legislações antigas. Ela levou ao surgimento do tabelião, o qual era caracterizado pela proporcionalidade entre a ofensa e a reação exercida como resposta. Nesse

sentido, era aplicada a tese “olho por olho, dente por dente”. O próprio indivíduo é que atuava contra o seu agressor em razão do ato violento praticado pelo segundo, a vingança era privada, particular.

A segunda foi marcada pelo período em que vigorou o direito penal teocrático. Para ela, o ato delituoso era uma violação à divindade e a pena, imposta pelos sacerdotes, era uma reparação à alma do infrator. Nesse sentido vale demonstrar as seguintes passagens retiradas da Bíblia:

Quem derramar o sangue do homem pelo homem o seu sangue será derramado; porque Deus fez o homem conforme a sua imagem (Gn, 9-6) [3]

Quem ferir a outro, de modo que este morra, também será morto. Se alguém vier maliciosamente contra o próximo matando-o a traição, tirá-lo-á até mesmo do meu altar, para que morra. (Ex, 21:12, e 14) [4]

A terceira fase considerava o delito como uma afronta ao soberano, logo, a pena teria um efeito intimidativo. Os soberanos tinham um poder ilimitado, discricionário, logo qualquer indivíduo que infringisse a ordem, estaria contrariando as autoridades e como isso na época era inadmissível, o criminoso teria de ter a pena extrema, a qual seria retirar-lhe a vida.

A quarta e última fase é a abolição da pena de morte e ficou marcada pelos ideais do humanitarismo. Este período surgiu em contraposição ao poder arbitrário e ilimitado exercido pelas autoridades de épocas anteriores. Ele veio para reforçar a suavização dos rigores penais e teve como seu principal defensor o milanês Cesare Bonesana Marquês de Beccaria. Este lançou em 1764, o famoso livro “Dos Delitos e Das Penas”, o qual contribuiu consideravelmente para a expansão da teoria a favor da abolição da pena de morte e muito influenciou na criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

É importante evidenciar que nas quatro fases da pena expostas pelo doutrinador Aílton Stropa Garcia houve a aplicação da pena capital, mas os

métodos utilizados para a sua aplicação variaram bastante conforme a época e os povos que a aderiram.

No Egito, a pena de morte foi a única pena adotada até a gradação e diversidade de penas ser introduzida por Manes. Ela assemelhava-se a um comportamento animal, irracional. O condenado era abandonado em um local com animais predadores como leões, tigres, crocodilos, serpentes, peixes carnívoros, aranhas peçonhentas até morrer. Percebe-se que havia muita crueldade e sofrimento na aplicação da pena, o que corroborava em alto efeito intimidativo.

Os hebreus aplicavam penas expiatórias e corporais graves contra a idolatria, a blasfêmia pública e as leis religiosas. Nos casos de assassinatos, os parentes da vítima tinham o direito de matar o infrator. Nos delitos contra o pudor havia a pena capital para o homossexualismo e o adultério. Percebe-se que a pena de morte não era a única aplicada entre os hebreus. Tais povos aplicam também a pena pecuniária para os crimes contra a propriedade e nos crimes de estupro, o estupro deveria se casar com a vítima como forma de pena.

Na Babilônia, o Código Sagrado de Hamurábi propunha além da pena de morte a multa, o tábulo e o açoite. A pena de morte nessa região era aplicada em 29 crimes.

Em Dracon, na Grécia a pena de morte era a única aplicada. Uma modalidade desta era a precipitação (lançamento de bebês quando apresentassem deficiências físicas do monte Taigeto, na Esparta).

Na Índia, pelo Código de Manu, a pena era um instituto público imposto pelo rei e era de morte e de expulsão da casta. Percebe-se que até hoje o instituto é aplicado no país.

Para os romanos, aplicava-se a Lei das XII Tábuas a qual previa como penas: o açoite, o tábulo, o desterro, a infâmia, a multa, a prisão, a escravidão e a de morte. É relevante destacar que a Lei das XII Tábuas (449-450 a.C) permitia o uso da força na solução de controvérsias dentro dos limites estabelecidos pela lei, logo a pena de morte seria aplicada ao réu

conforme o formalismo rigoroso previsto em lei. Percebe-se assim que surge um limite para a aplicação da pena de morte, o qual é posteriormente adotado em muitas outras legislações.

Na Idade Média e Moderna as modalidades de pena de morte mais usadas foram o enforcamento (o condenado era atirado a uma forca e sobre ele era colocada terra ou outra matéria a qual lhe provocada asfixia), o esmagamento (o corpo do condenado era submetido a pressões físicas que culminavam por quebrar ou romper os seus ossos e triturar os seus órgãos essenciais), a empalação (era penetrado no orifício anal do condenado um pedaço de pau pontiagudo fazendo atravessar o corpo da vítima de forma a ferir-lhe letalmente), o esfolamento (matava-se o condenado cortando-o em pedaços, a fogueira (muito usada durante a inquisição) e o retalhamento (seccionava-se os membros do condenado até a morte do mesmo).

Atualmente percebe-se que há uma tendência mundial para a abolição da pena de morte. Os ideais de abolição do instituto e a defesa do fundamento constitucional do direito à vida são cada vez mais defendidos por organizações internacionais como a ONU e atraem cada vez mais países. Entretanto, evidencia-se que a maioria dos países que ainda adotam a pena capital regulam o instituto segundo normas de legalidade (só se pune o crime com pena de morte se previsto em lei), proporcionalidade (se aplica a pena de morte para os crimes mais graves), devido processo (só se pune com tal pena após devido processo e julgamento do condenado) e regras de prescrição (se o crime prescreveu não se pode aplicar a pena capital).

3 LEGISLAÇÃO COMPARADA

A pena de morte é aplicada nos países de forma diferenciada. Alguns a adotam como pena para a maioria dos crimes comuns, como é o caso da Tailândia (Código Penal da Tailândia) e da Líbia (La Carta Magna Verde Em La Era De las Masas). Já outros restringem a aplicação do instituto a apenas alguns crimes específicos, como é o caso da Argélia, Congo e Marrocos.

Dentre os países que adotam o instituto para a maioria dos crimes comuns se destacam alguns sobre os quais é importante tecer algumas considerações.

O Irã, em 2011, foi considerado, por um relatório da Anistia Internacional sobre o tema, como o país que mais aplicou a pena de morte nas suas sentenças. Ele utiliza com frequência o método da lapidação (morte por apedrejamento) para efetivar a pena capital e suas execuções são tanto judiciais e quanto extrajudiciais.

A China foi enunciada por este mesmo relatório como o país com o maior número de execuções. É relevante dizer que tais números são segredo de estado, logo o governo pode omitir os dados exatos ao informá-los. A China usa com frequência o método de fuzilamento, o condenado morre com um tiro na nuca e a família paga ao Estado o valor da bala utilizada. Atualmente, a pena de morte no país é aplicada para 13 crimes.

No continente africano, a maioria dos países que aplicam a pena capital realiza a execução de forma pública com a presença de autoridades de elevados escalões governamentais. Segundo, um relatório da Anistia Internacional, 14 dos 49 países da África Subsaariana continuam a praticar a pena de morte.

No Oriente Médio há muitos países que aplicam o instituto. Em 2011, também segundo o relatório supracitado, a Arábia Saudita, o Iêmen, o Irã e o Iraque, por exemplo foram responsáveis por aproximadamente 99 por cento de todas as execuções registradas no Oriente Médio e no Norte de África. E as autoridades da Argélia, Líbano, Qatar, Jordânia, Marrocos, Kuwait e Saara Ocidental proferiram algumas penas de morte como sentença, mas não realizaram execuções.

Segundo Paulo Daher, no Oriente Médio: Líbia, Irã, Iraque, Jordânia, Síria, Egito a admissibilidade da pena de morte relaciona-se consideravelmente com a segurança externa e interna do Estado.^[5]

O autor afirma também que no Vietnã não há propriamente um sistema penal, pois o Código Penal foi substituído por decretos e decisões,

muitos dos quais foram politicamente motivados; comitês e tribunais do povo administram a justiça criminal e a pena capital é considerada necessária para prevenir atividades contra revolucionárias. [6]

A pena de morte nos Estados Unidos é oficialmente permitida em 33 dos 50 Estados e pelo governo federal. A maioria das execuções é realizada pelos Estados, o governo federal raramente faz execuções. Cada estado possui leis e padrões específicos para a aplicação do instituto. Logo, os métodos, limites de idade e tipos de crime que utilizam a pena de morte podem ser diferentes de estado para estado.

Atualmente, segundo algumas pesquisas, percebe-se que há grande divergência de opiniões entre os defensores e os críticos da pena de morte no país, destacando-se a forte tendência da abolição da pena capital.

Segundo o especialista da Anistia Internacional em relação ao tema Jan Wetzel há um maior custo para o governo executar alguém do que usar a prisão perpétua. No caso de pena de morte, há ao menos oito recursos, e o julgamento dura em média 13 anos. No caso de prisão perpétua isso normalmente não ocorre. [7]

O posicionamento de Richard Dieter, diretor do Centro de Informação da Pena de Morte (CIPM) e autor do relatório oficial divulgado por esta instituição em 20 outubro de 2009, também é relevante em relação ao tema. Diz ele que muitos estados norte-americanos gastam milhões de dólares para manter a pena de morte, mas quase nunca ou poucas vezes a aplicam. O castigo então converteu-se em uma forma onerosa de prisão perpétua. A Califórnia é um exemplo. O estado gasta 137 milhões de dólares por ano com a pena de morte e não realizou uma única execução nos últimos quatro anos. Na Flórida, os tribunais perderam cerca de 10 por cento dos seus recursos fiscais com a aplicação da pena. Dessa forma, reforça-se do ponto de vista econômico a inviabilidade da adoção de tal pena para muitos estados norte-americanos que a adotam. Ela gera um desperdício orçamental que é extremamente inviável em tempos de crise econômica.

Outro ponto de vista que também deve ser analisado e que foi abordado por Bharat Malkani, pesquisador e professor de direitos humanos

e justiça criminal da Universidade de Birmingham, localizada na região da Inglaterra em entrevista ao site Terra pela jornalista Melissa Becker é que apesar do apoio dos defensores da pena de morte não mudarem sua opinião sobre a moralidade de executar criminosos, eles estão cada vez mais incomodados com a execução de pessoas inocentes. Partindo desse ponto, percebe-se que os inúmeros erros judiciais que levam a condenação de inocentes reforçam também a ideia da inviabilidade da pena capital nos estados norte-americanos.

Em suma, pode-se dizer que há atualmente uma tendência a abolição do instituto da pena de morte a nível mundial. Nesse diapasão, é relevante considerar os argumentos usados pelo secretário-geral da Anistia Internacional Salil Shetty. Segundo ele, a grande maioria dos países afastou-se da pena de morte. A minoria que ainda adota o instituto não está em sintonia com o resto do mundo nesta matéria, é cruel, desumano e degradante esses continuarem a aplicar tal pena. Mas percebe-se que mesmo entre esse grupo minoritário de países há um progresso gradual perceptível. Medidas progressivas como redução do número de crimes que têm como pena a pena capital têm contribuído para percebermos que a abolição total da pena de morte a nível mundial não é algo utópico, pode sim tornar-se realidade. [8]

4 PENA DE MORTE NO BRASIL

4.1 Perspectiva histórica

Na época do descobrimento do Brasil, vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas de 1446. Foi, porém, sob as Ordenações Manuelinas (1512), que se conferiu a Martim Afonso de Souza, nomeado Capitão-mor, poderes de julgar e aplicar até a pena de morte. [9]

Com a divisão do Brasil em capitanias hereditárias, o Capitão e o Governador nomeavam os Ouvidores e com eles decidiam as questões criminais. Podiam aplicar até pena de morte, salvo tratando-se de pessoa *de mór qualidade*, pois nesse caso, excetuando os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa, só tinham alçada até dez anos de degredo e cem

cruzados de multa. Nessa época, embora em vigor as Ordenações Manuelinas, na prática, o direito criminal era o arbítrio dos donatários.

Nos vinte e cinco anos de permanência dos holandeses em Pernambuco (1630-54), vigorava nas terras ocupadas a pena de morte como pena por excelência, executada pela força, pela espada, pela fogueira, pela entrega da vítima aos índios e pelo esquartejamento do condenado ainda vivo.^[10] Antes disso, contudo, haviam surgido as Ordenações Filipinas (1603), aplicadas por mais de dois séculos, até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. O Livro V das Ordenações do Reino retratava os castigos e suplícios em nome da vingança pública. A pena de morte, por meio de execuções na força e na fogueira, era a regra.

Após a proclamação da Independência (1822), entrou em vigor a primeira Constituição do Brasil (1824), inspirada no liberalismo do século XVIII. Embora não tenha afastado a pena capital, o texto constitucional aboliu os açoites, a marca de ferro quente e as demais penas cruéis. A partir de então, tornou-se necessário um Código Penal compatível com os princípios constitucionais estabelecidos, o que ocorreu com o Código Criminal de 1830.

O Código de 1830 apresentava originalidades, entre as quais o esboço da individualização da pena, o arbítrio judicial e a responsabilidade sucessiva. Porém, como ensina Magalhães Noronha, esse código espelhou-se também na lei da desigualdade no tratamento iníquo do escravo. Cominava as penas de galés e de morte, esta para os seguintes crimes: homicídio agravado e roubo com resultado morte. A referida pena era executada na força e precedida de ritual destinado a incutir temor no povo.

A pena de morte foi largamente aplicada até a segunda metade do século XIX. Porém, o erro judiciário que culminou com a execução de Motta Coqueiro, em Macaé (1855), impressionou profundamente o Imperador, que passou a comutá-la sistematicamente em galés perpétuas.^[11] Este histórico erro judiciário que levou à morte Motta Coqueiro é revelado pela confissão tardia de um desconhecido, de nome Herculano, que momentos antes de

morrer confessa ao seu próprio filho que ele sim teria sido o verdadeiro autor do crime pelo qual Mota Coqueiro havia sido condenado.

Na legislação, o fim da pena de morte só ocorreu com o Código Penal de 1890, que não a incluía entre as penas previstas.^[12] Com a abolição da escravatura, em 1888, caiu por terra a “necessidade” da pena capital, reflexo da violência do poder escravista. Mais tarde, a Constituição de 1891 afastou-a expressamente, com ressalva às disposições da legislação militar em tempo de guerra, o mesmo ocorrendo com a Constituição de 1934.

A partir do Estado Novo, entrou em vigor a Constituição de 1937 que, em seu artigo 122, previa inúmeras hipóteses de aplicação da pena de morte. Não obstante tal previsão constitucional, o Código Penal de 1940 não incluiu a pena capital entre suas sanções. O homicídio cometido nas condições mencionadas na Constituição foi considerado qualificado pelo novo Código, com a pena agravada de reclusão, de doze a trinta anos.

Com a queda do Estado Novo, veio a Constituição de 1946, que, novamente, aboliu a pena de morte, ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra, com país estrangeiro, o que foi seguido pela Constituição de 1967. A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, ampliou a possibilidade de incidência da pena capital, com a seguinte redação: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar. Essa disporá também sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta” (art. 153, § 11). Com a Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978, foi novamente abolida a pena de morte para os crimes comuns contra a segurança nacional e restringida sua incidência à legislação penal aplicável em caso de guerra externa.

4.2 Previsão na legislação atual

A atual Constituição brasileira, ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 5º, caput, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida. No inciso XLVII, do mesmo artigo, proíbe expressamente a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do art. 84, XIX. Segundo esse dispositivo, “Compete privativamente ao Presidente da República: XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”. Assim, só há previsão da pena de morte para os dispositivos penais militares aplicáveis em tempo de guerra, contidos na legislação castrense, estando banida sua aplicação no direito penal comum.

O Decreto Legislativo n. 27, de 1992, publicado em 28 de maio do mesmo ano, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.

Ao cuidar do Direito à vida, o Pacto proíbe aos Estados Membros a extensão da aplicação da pena de morte a delitos aos quais não se aplique atualmente e determina a impossibilidade de restabelecê-la nos Estados que a tenham abolido. Como no Brasil só existe a previsão da referida pena para crimes militares em tempo de guerra, não poderia ser estendida nem restabelecida aos crimes comuns, em relação aos quais foi abolida pela Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978. Com esses dispositivos, a Convenção Americana demonstra nítida intenção de abolir progressivamente a pena capital em todos os Estados-Partes e de evitar o retrocesso nos países que já não a possuem.

Pode-se concluir, pois, que tanto as prescrições constitucionais em vigor, quanto a adesão do Brasil ao citado tratado humanitário de São José, constituem uma garantia adicional de efetiva proteção à vida e de total impossibilidade de restabelecer a pena capital no direito comum. Além disso, a adesão ao Pacto de São José significa o reconhecimento de que os direitos fundamentais do homem transcendem a ordem interna para assumir um caráter universalizante.

5 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À LEGALIDADE DA PENA DE MORTE

Os argumentos favoráveis à aplicação da pena de morte têm uma origem bastante remota visto que como foi dito até a segunda metade do século XVIII tal pena era considerada como algo natural. Defendia-se a concepção meramente moral e retributiva da pena, fundamentada pelo postulado de Hegel e Kant da justiça como igualdade. Tal postulado se caracterizava pela máxima de que é justo que aquele que praticou uma má ação seja atingido pelo mal que causou aos outros. A pena teria, portanto, o objetivo de restabelecer a ordem moral por via de expiação. Aplicada em decorrência do mal cometido e com o fim de reparar e purgar este mal. Seria retribuir o mal do crime com o mal concreto da pena.

O primeiro teórico defensor do instituto foi Platão. O filósofo defendia que o criminoso irrecuperável é extremamente nocivo à convivência social, pois é capaz de corromper inúmeros indivíduos; logo por ele ter uma vida sem merecimento seria conveniente eliminá-lo do ordenamento social.

Posteriormente a Platão, outros doutrinadores também argumentaram a favor da pena capital. Santo Tomás de Aquino, por exemplo, sustentava que somente Deus tinha o poder de dar e tirar a vida do indivíduo, mas “tal privilégio” poderia ser transferido aos governantes, os quais podiam usar a pena capital para todo aquele que infringisse a ordem.

Rousseau, por sua vez, em sua famosa obra “O contrato social”, justificava que o pacto social ao ser implantado iria conferir à sociedade o direito de aplicar a pena de morte quando um particular praticasse ações ofensivas às regras comuns de convivência.

Os ideais de Montesquieu também eram favoráveis à legalidade da pena capital. O autor afirmava que esta seria a pena mais adequada para ser aplicada aos criminosos irrecuperáveis.

Segundo o professor Maurício Levy Júnior um argumento a favor da pena de morte é que ela poderia evitar fugas por influências políticas e, principalmente, que seria muito benéfico à sociedade que o custo com a

manutenção dos presos fosse aplicado pela sociedade em prol das camadas mais carentes.

Lombroso foi outro penalista favorável à aplicação da pena de morte. Ele defendia a tese da inutilidade social de certos delinquentes incorrigíveis. Para o sociólogo a pena de morte seria a melhor pena aplicável a eles visto que eles não seriam passíveis de ressocialização e reeducação.

Érico Maciel Filho teceu certos argumentos sobre o instituto nos quais se destacam:

A pena de morte ser a mais intimidante e, em consequência, a que mais contribui para demover as pessoas da prática do crime; a pena de morte ser mais econômica que a pena de prisão; a pena capital ser um excelente meio de seleção artificial e ela caracterizar-se, pela sua irreparabilidade, como uma garantia contra o perdão judicial ou a possível fuga dos condenados. [13]

Além desses argumentos é relevante destacar o seguinte posicionamento de Basileu Garcia “Não há juízo infalível, ocorrem erros judiciários, contudo ocorrem erros médicos e nunca ninguém tentou proibir intervenções cirúrgicas e os processos terapêuticos.” [14]

E os seguintes posicionamentos de Paulo Daher Rodrigues:

Como aceitar que um assaltante, de arma em punho, “decreta”, arbitrariamente, sumariamente, inapelavelmente a pena de morte à própria vítima e nos tribunais seus direitos sejam preservados? [15]

Eliminando da sociedade estes indivíduos que estariam impossibilitados de se adaptarem aos meios de convivência seria outra alegação para os partidários de sua eficácia [16]

A concepção de Donnedieu de Vabres também é condescendente:

Nós não reconhecemos o menor valor às objeções de princípio que têm sido feitas à aplicação da pena capital. Dizer que a sociedade, que não cria a vida, não tem direito de tirá-la de nenhum de seus membros, é formar um simples postulado; é enumerar um defeito que também existe nas outras penas, porque a sociedade também não cria a liberdade. Alegar que a pena de morte é injusta porque, não sendo possível graduá-la, não assegura nenhuma proporcionalidade entre o castigo e a falta. Excetuando-se as diferenças de grau, os defeitos que se lhe apontam são inerentes a todas as penas. [17]

Além da concepção do Padre Emílio Silva que também é de suma protuberância:

“A ordem vital humana que se violou no homicídio não é nenhuma magnitude quantitativa e ponderável que com outro peso igual se deva restaurar, senão que, como todo direito, é algo ideal, e se o assassino premeditadamente elimina a vida de outro homem, nega com seu ato o valor absoluto dessa vida, de que dispôs até sua aniquilação. Esse fato requer reparação; exige que de novo seja reconhecido o valor absoluto da vida negado pelo homicida.” [18]

Em suma, pode-dizer que para muitos penalistas os argumentos favoráveis à legalidade da pena de morte se resumem em ela ter uma eficácia intimidativa de combate à intensa criminalidade (nos países onde ela foi abolida, houve um aumento de delitos), ela ser um método rápido e eficaz para se efetuar a solução artificial que a sociedade deve realizar (eliminação de indivíduos irreparáveis e inadaptados ao meio social) e ela ser mais tolerável que a prisão perpétua (pena que se propõe a substituir a pena capital), visto que esta acarreta a transformação de personalidade do

criminoso pondo em risco todo o sistema penitenciário, pois se tornam líderes nos presídios, corrompendo outros encarcerados.

6 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADOÇÃO DA PENA DE MORTE

O principal argumento de ilegitimidade da pena capital reside no princípio consagrado da inviolabilidade da vida humana, erigido a dogma constitucional. O Direito natural à vida surge como principal corolário de proteção à dignidade humana, valor essencial, que deve inspirar e orientar o Direito positivo.

Se o Estado protege a vida e criminaliza o homicídio por meio de normas jurídicas, não é coerente que estabeleça a pena capital, na qual a morte é intencional e premeditada. Não se pode também aceitar o argumento da legitimidade da pena de morte baseado na legítima defesa da sociedade. Isto porque, nesse caso, haveria ausência de atualidade do perigo que motivaria a defesa. A infração já estaria consumada, e a morte do autor não iria remover o perigo ou reparar o dano. Pelos mesmos motivos, a referida pena não se legitima pelo estado de necessidade, que também exige a iminência do perigo.

Também não há que se acolher a fundamentação utilitária da pena capital, baseada na segurança da sociedade contra novos crimes. A pena de morte pode ser sempre substituída por outras penas ou medidas que mantenham a segurança social, como, por exemplo, a privativa de liberdade. A crueldade imposta pela sanção máxima também retira sua legitimidade, porquanto contraria a Declaração Universal de Direitos Humanos, que impede a tortura, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5). A Constituição do Brasil, ao cuidar *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, em seu art. 5º, afastou as penas cruéis (XLVII, alínea e). No entender de Juarez Cirino dos Santos,

a pena de morte é a última modalidade de pena cruel, desumana e degradante da história do direito penal: cruel, pelo sofrimento físico e mental do condenado, sua família e amigos; desumana, pela

ruptura de sentimentos mínimos de piedade e de solidariedade entre os homens; e degradante, pelo envelhecimento moral e social de seus aplicadores e executores. [19]

Além da execução em si, a crueldade maior consiste na expectativa da morte infligida ao condenado, que pode durar meses ou anos. Mesmo após a sentença, a angústia provocada por cada etapa do processo de apelação pode deprimir certos prisioneiros a tal ponto que chegam a desistir do recurso e aceitar a execução, como uma forma de suicídio.[20] O isolamento no “corredor da morte”, às vezes logo tempo antes da execução, causa a “morte da personalidade”, com a perda do sentido da realidade, acompanhada de uma degradação física e mental.[21] Talvez por isso, Albert Camus tenha dito que, para haver uma equivalência entre o crime e a sanção, “a pena capital teria de castigar um criminoso que tivesse avisado à vítima quando lhe infligiria uma morte horrível e a mantivesse sob sua guarda durante meses. Tal monstro não se encontra em um particular”. [22]

Considera-se, com frequência, que a pena capital, pela sua natureza, também atinge psicologicamente as pessoas envolvidas com o processo judicial ou que participam da execução, porquanto delas é exigida uma carga elevada de responsabilidade pela vida do autor do crime. Não se tem considerado, porém, o sofrimento e traumas infligidos àqueles que têm laços afetivos com o condenado. Ambas as situações demonstram que os efeitos da sanção máxima ultrapassam a pessoa do delinquente.

Poder-se ia afirmar que a de prisão também viola o direito natural de liberdade e, apesar disso, é aceita na totalidade dos Países; no entanto, a privação de liberdade só se justifica pela concepção moderna de prevenção específica, voltada para a reeducação do delinquente, com possibilidades de sua reinscrição social, o que não ocorre com a sanção máxima, cuja única eficácia comprovada é a retributivas.

A retribuição jurídica, que deve estar presente em qualquer sanção penal, não se confunde com a retribuição igualitária, inspirada na *Lei de Talião*, segundo a qual quem mata deve morrer. Se o Estado proíbe a vingança privada, não pode aceitar a pública. A finalidade primordial da

imposição da sanção penal é a recomposição do tecido social violado pela transgressão, o que não ocorre com a pena capital, pela impossibilidade de restabelecer o *status quo ante*. Ela nem repara, nem compensa o dano causado pelo criminoso.

A supressão do delinquente, mesmo diante de crimes graves, impossibilita seu arrependimento ou regeneração, conteúdos éticos da sanção. Muitas vezes poderá ocorrer uma desproporção entre a gravidade do crime praticado e a pena, sob o ponto de vista quantitativo e qualitativo; no entanto, a sanção não pode afastar a ideia da regeneração.^[23]

Um dos principais argumentos circunstanciais dos que defendem a necessidade da sanção máxima é o seu poder de intimidação e prevenção. Para muitos, a referida pena exerceria a *prevenção geral primária*, porque diminuiria a delinquência; exerceria *prevenção secundária*, porque intimidaria certo número de pessoas que estivessem em perigo de cometer delitos graves; finalmente, exerceria a *prevenção terciária*, porque impediria a reincidência dos que já cometeram delitos graves, pois as pessoas executadas, por motivos óbvios, não poderiam voltar a delinquir.

No que se refere à *prevenção geral primária*, ao contrário do que sustentam alguns autores, não existe demonstração científica de que a pena capital intimidaria mais do que outras sanções, como a privativa de liberdade, ou que a sua existência em determinada legislação tenha diminuído a criminalidade. A pena capital também não exerce a chamada *prevenção secundária*. Via de regra, criminosos violentos agem movidos por fortes impulsos internos e externos que atuam sobre a vontade, tornando-os insensíveis às ameaças da sanção penal, mesmo em se tratando da de pena de morte. Ou agem com total imprevidência, convencidos de que não serão descobertos, razão pela qual seus crimes são logo desvendados. Essa certeza de impunidade afasta o poder intimidativo da pena capital, reforçando sua inutilidade.

Não é outro o entendimento de João Marcello de Araújo Júnior:

Para um indivíduo que pretende cometer um crime, tanto faz que a pena cominada seja de um mês

ou de dez anos de reclusão, ou mesmo a prisão perpétua, ou ainda a pena de morte. Ele irá delinquir, seja qual for a pena, desde que as oportunidades de impunidade lhe pareçam satisfatórias, desde que suas aquisições culturais lhe façam crer que o Sistema Penal não atuará em seu caso. [24]

Em relação à *prevenção terciária*, como já foi dito anteriormente, a reincidência poderia ser evitada por meio da privação da liberdade, sem necessidade de ser imposta a sanção máxima. Além disso, a reincidência, muitas vezes, não deve ser atribuída somente à culpabilidade do delinquente, mas à insuficiência pessoal e material do sistema penitenciário, que não lhe proporciona os meios legais previstos para a sua reintegração social. Há que considerar, ainda, como se sabe, a estigmatização do egresso de um estabelecimento penal, aliada à falta de apoio da comunidade. [25]

Outro argumento circunstancial que merece destaque é a irreparabilidade de um eventual erro judiciário após a execução da pena de morte. Se o erro for descoberto após a execução, será impossível restabelecer a vida. A injustiça perdurará para sempre. A história tem registrado, tanto no Brasil como em outros Países, conhecidos casos de erros judiciários, alguns dos quais levaram à condenação à pena de morte.

O conjunto dos argumentos ora apresentados reforça a tese contrária à pena capital; no entanto, como foi mencionado no início deste capítulo, a prova de sua ilegitimidade, baseada na proteção e inviolabilidade da vida humana, vem a ser o principal fundamento a afastar sua permanência da civilização contemporânea e, portanto, a hipótese de seu retorno à legislação comum brasileiro.

7 PENA DE MORTE: SOLUÇÃO OU ILUSÃO?

7.1 A violência política

Atentados com explosivos, sequestros, assassinatos de funcionários públicos, sabotagens em aviões e outros atos de violência por

razões políticas, com frequência resultam na morte e na mutilação não só das pessoas-alvo, como também de outras que ocasionalmente se encontram no local do ataque. É compreensível, assim, que esses atos provoquem uma forte reação da sociedade e tenham como resultado a exigência da aplicação da pena de morte aos terroristas. Entretanto, como os responsáveis pela luta contra esses delitos têm repetido várias vezes, as execuções têm tanta possibilidade de diminuir como de aumentar o terrorismo.

As execuções por crimes políticos violentos podem redundar em uma maior publicidade para os atos de terrorismo, atraindo uma grande atenção da opinião pública para as ideias dos terroristas. Essas execuções também podem criar mártires, cuja memória se torne um fator de coesão dos militantes das organizações clandestinas. Para alguns homens e mulheres convencidos da legitimidade dos seus atos, a perspectiva de sofrer a pena de morte pode até servir como incentivo. Longe de pôr fim à violência, as execuções são utilizadas como justificativa para novos atos de violência. Exemplo: as autoridades britânicas que governavam a Palestina enforcaram vários membros da organização sionista “Irgun” durante a década de 40, depois de condenados por atentados a dinamite e por outros atos de violência. Menahem Begin, antigo dirigente do “Irgun” e mais tarde primeiro-ministro de Israel, disse posteriormente que as execuções haviam “inflamado” seu grupo, que em represália enforcou vários soldados ingleses.

7.2 A opinião pública

Uma razão que por vezes é dada para manter ou implantar a pena de morte – citada inclusive por governantes que dizem ser pessoalmente contra a pena capital – é que a opinião pública a exige. Mostram pesquisas que aparentemente comprovam um forte apoio popular à pena de morte para alegar que seria inclusive antidemocrático aboli-la ou deixa de institui-la.

A primeira resposta a este argumento é que o respeito pelos direitos humanos nunca deve depender da opinião pública. A tortura não seria admissível mesmo que tivesse apoio na opinião pública.

Em segundo lugar, a opinião pública sobre a pena de morte amiúde se baseia numa compreensão incompleta dos elementos a ela pertinentes, e o resultado das enquetes pode variar de acordo com a forma pela qual as perguntas são feitas. Incumbe aos políticos que tratam do tema não somente escutar a opinião pública, mas também assegurar-se de que ela está inteiramente informada.

Algumas informações sugerem que o posicionamento das pessoas em relação à pena de morte pode mudar radicalmente depois de terem um melhor conhecimento dos fatos. Em um estudo realizado entre habitantes de uma cidade universitária norte-americana, comprovou-se que a maioria deles pouco sabia sobre os efeitos da pena de morte, e que o apoio ao castigo diminuiu acentuadamente após as pessoas terem se defrontado com as informações. Pediu-se a alguns dos entrevistados que lessem um ensaio que trazia dados e argumentos sobre os efeitos da pena de morte. Antes de lê-lo, 51% das pessoas disseram que eram a favor da pena capital, enquanto que 29% estavam contra e 20% mostravam-se indecisos. Depois de lerem a obra, o apoio à pena de morte baixou para 38%, a oposição subiu para 42% e os demais 20% permaneceram indecisos. A outros membros do grupo pesquisado, pediu-se que lessem um ensaio sobre o assunto não relacionado com a pena capital; constatou-se que nesse agrupamento as opiniões acerca da pena de morte praticamente não mudaram.

Algumas pesquisas repetidas ao longo dos anos têm indicado que, apesar da decisão de abolir a pena de morte ser inicialmente contrária à opinião pública, sua revogação é bem aceita com o passar do tempo. Na Alemanha, por exemplo, o apoio da população à pena tem diminuído constantemente desde a sua extinção. Em 1950, um ano depois da abolição, 55% das pessoas consultadas disseram que eram a favor e 30% contra a pena de morte. Quando se procedeu a outra enquete, em 1973, somente 30% defenderam o castigo. A percentagem baixou para 26% em 1980, para 24% em 1983 e para 22% em 1986, ano em que 55% dos entrevistados se pronunciaram contra a pena de morte. Em 36 anos, uma completa inversão dos resultados obtidos anteriormente.

7.3 O custo econômico

Por vezes, tenta-se justificar a pena de morte com a alegação de que é mais barato matar alguns presos do que mantê-los na prisão. Tal argumentação, além de torpe, por pretender avaliar a vida em moedas (não se pode perder de vista a grosseria e a falta de ética em fundamentar sobre bases financeiras a eliminação de vidas humanas), é falsa.

Estudos realizados no Canadá e nos Estados Unidos mostram que nesses países a imposição da pena de morte é mais cara para o Estado do que a reclusão perpétua do preso. Um levantamento realizado no estado de Nova Iorque comprovou que, em média, um processo que possa redundar na aplicação da pena capital, somente na sua primeira fase custa aos contribuintes aproximadamente um milhão e oitocentos mil dólares – mais do que o dobro da quantia que se supõe necessária para manter uma pessoa presa por toda a vida.

Inúmeros profissionais ligados à área jurídica, em todo o mundo, também se opõem à pena de morte porque acreditam que a enorme concentração de recursos humanos e financeiros, em uma quantidade de casos relativamente pequena, desvia tais recursos valiosos de outros setores do judiciário. No Brasil, quem tiver um mínimo compromisso com a verdade, admitirá que nossas prisões, longe de parecerem “hotéis”, como propalam alguns, são verdadeiros infernos, centros de ensinamento de delinquência, às voltas com graves problemas de superlotação, de assistência médica e psicológica, de alimentação, de reeducação, todos raríssimas vezes enfrentados pelos governos. Uma possível alternativa para minorá-los, seria proporcionar trabalho decente aos detentos nas próprias penitenciárias, a fim de que eles pudessem se auto-sustentar.

7.4 A discriminação

Seria surpreendente que a imposição de um castigo tão terrível e definitivo não recaísse principalmente sobre as camadas menos favorecidas de uma sociedade: os pobres e os membros das minorias raciais, políticas, religiosas ou étnicas. Em todo o mundo, a pena de morte é aplicada de maneira desproporcional contra os despossuídos de toda sorte, que comprovadamente não teriam que se defrontar com ela caso fizessem parte das camadas mais favorecidas. Isso acontece porque são incapazes de se

defender eficazmente em um processo penal (por falta de conhecimentos, de amizades influentes ou de dinheiro) ou porque o sistema judicial reflete de alguma forma os preconceitos e as intolerâncias que a sociedade ou seus governantes têm contra eles. Também existem provas contundentes de que os criminosos têm mais possibilidade de serem condenados à morte se suas vítimas integram as classes mais abastadas da sociedade.

Nos Estados Unidos, como em qualquer outro país, o réu, para escapar da cadeira elétrica, da forca ou do pelotão de fuzilamento, deve ter dinheiro para patrocinar uma boa defesa ou possuir ligações amistosas com a classe ou raça dominante.

7.5 Os riscos

Mesmo que os efeitos da discriminação racial e da desigualdade econômica pudessem ser eliminados, permaneceriam outras causas que possibilitariam erros em qualquer sistema judicial concebido e administrado por seres humanos, naturalmente falíveis. As decisões arbitrárias que privam indivíduos de sua liberdade são inaceitáveis e devem ser corrigidas, mas a decisão arbitrária que tira a vida de uma pessoa é simplesmente intolerável e não tem remédio.

A deliberação sobre quem vai viver ou morrer pode estar viciada por fatores não diretamente relacionados com culpabilidade ou inocência, como pressões econômicas e da comunidade, interpretações diferentes da lei ou opiniões parciais de juízes e jurados. A descoberta de um erro técnico cometido pela polícia ou pelas autoridades judiciárias pode dar lugar à anulação de uma sentença; a incompetência de um advogado ou uma prova importante não obtida a tempo pode conduzir a uma execução. A falibilidade humana torna possível que a pena de morte seja aplicada de maneira imparcial e coerente.

Quando os recursos judiciais são esgotados, a pena capital ainda pode ser comutada em pena de prisão mediante o exercício do “direito de graça” que não raras vezes é usado de modo arbitrário: a sorte de um prisioneiro é determinada pela vontade de uma só pessoa, sujeita às influências de um partido político, de amizades ou de outros fatores que

nada têm a ver com as circunstâncias jurídicas que originaram a condenação à morte. Ademais, com a constante mudança dos costumes, um delito hoje castigado com a morte pode amanhã já não o ser. Desta forma, alguém que na atualidade pague com a vida por certo tipo de delito, fica impossibilitado de, no futuro, favorecer-se com uma eventual lei nova, mais branda, que não puna o mesmo crime com a pena capital.

7.6 A crueldade

A pena de morte supõe que o Estado vai levar a cabo exatamente o mesmo ato que a lei pune mais severamente. Praticamente todos os ordenamentos jurídicos que preveem a pena capital, a reservam para o homicídio deliberado e premeditado, mas inexistente forma mais premeditada e deliberada de dar morte a um ser humano que mediante uma execução, um verdadeiro assassinato a sangue frio. E, assim, como não é possível criar um processo que imponha a pena capital livre de arbitrariedades, discriminações ou erros, tampouco é possível encontrar uma maneira de executar uma pessoa que não seja cruel, desumana e degradante.

Uma execução, como a tortura física, implica uma agressão programada ao preso, e não um ato de legítima defesa da sociedade, como querem alguns. A legítima defesa constitui-se sempre em uma reação frente a uma ameaça iminente, enquanto uma execução consiste em matar de forma planejada.

A crueldade da pena de morte não se limita ao momento da execução. Seu horror singular, que não pode ser abrandado pela utilização de métodos de matar mais “humanos”, está no fato de que a partir do instante em que se dita a sentença, o condenado se vê obrigado a contemplar a perspectiva de que, em algum determinado momento, irão busca-lo para tirar-lhe a vida. Estudos já realizados acerca do tema mostram que as relações do preso com sua família e amigos começam a se deteriorar acentuadamente ante a expectativa de uma separação permanente, e que a perda de contato com o mundo exterior e as condições de isolamento em que se encontram os condenados à morte também produzem sentimentos generalizados de abandono, que conduzem a um estado denominado

“morte da personalidade”, caracterizado por uma forte depressão, apatia, perda do sentido da realidade e degeneração da saúde física e mental.

A aflição sofrida pela família de uma vítima de assassinato é inimaginável, mas a agonia dos familiares de um preso executado é igualmente terrível. As famílias das vítimas que pedem perdão pela vida dos assassinos merecem respeito, como igual respeito merecem aqueles parentes que, perturbados pela dor e sofrimento, pedem vingança. Porém, a argumentação sobre a pena de morte não deve basear-se em emoções, mas sim na razão. Se não é possível impedir-se que uma pessoa imponha sofrimentos a outra, pode-se e deve-se impedir que o Estado o faça, pois a evolução da justiça, ao longo dos séculos, foi no sentido de superar a vingança particular. Fazer justiça não significa repetir um ato que a própria sociedade condena.

7.7 A questão brasileira

A instituição da pena de morte no Brasil para crimes comuns configuraria bem mais que um problema para os defensores dos direitos humanos. Seria uma tragédia nacional.

Em 1988, o país introduziu dispositivo que faz parte do cerne imutável da sua Constituição, pela qual a pena capital só é possível em tempos de guerra. O fato de essa disposição conter-se em uma cláusula chamada pétrea implica, como a maioria dos juristas brasileiros corretamente entende, na impossibilidade jurídica, mesmo através de plebiscito, de a Carta Magna ser emendada para acolher a pena de morte.

Essa situação, contudo, não deve implicar no afrouxamento da vigilância por parte daqueles que professam a causa dos direitos humanos. É preciso estar atento às propostas que volta e meia surgem para legalizar o assassinato oficial no Brasil.

A realidade brasileira de profunda desigualdade e violência faz com que a reação da maioria do povo a esta cena de discriminação e descaso seja, naturalmente, de revolta. A elite social, por sua vez, não enfrenta esta situação influenciando uma política que confira reais oportunidades aos seus

compatriotas desafortunados. Faz disso, como sempre fez, um caso de polícia. E como a polícia não tem hoje condições de reprimir, nos limites da lei, insatisfação deste porte, a lógica da exclusão, que comandou o relacionamento entre patrícios e plebeus, transformou-se na estratégia do extermínio.

Multiplicam-se as execuções extrajudiciais. Os esquadrões de assassinos profissionais atuam em todas as regiões do país, sendo o preço de seus “serviços” e a impunidade notoriamente conhecidos. Tudo isso passa com a cumplicidade tácita e, às vezes, expressa da maioria dos nossos privilegiados. Os exterminadores são, hipocritamente, justificados pela incompetência estatal. Os autores dos massacres do Carandiru e da Candelária receberam telegramas de cumprimento oriundos das mais diversas regiões do País.

Uma vez introduzida a pena de morte, os esquadrões de extermínio agiriam sob a proteção de um, por assim dizer, “habeas-corpus” legal. A lógica da exclusão teria sua solução final consagrada em texto de lei. Os avanços liberais de 1988 encontrariam um dique. As onipresentes tendências autoritárias da velha sociedade escravagista sairiam do subterrâneo. Contra a eventual censura, em nome da legalidade, que a multiplicação dos Carandirus e Candelárias causasse, possivelmente ouviríamos: “Mas a própria lei não condena à pena de morte?”.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pena de morte não é uma questão abstrata. A decisão de aplicá-la significa que homens e mulheres serão selecionados para morrer. É a realidade da sua aplicação, e não meras teorias, o que destaca a necessidade de aboli-la.

A pena de morte, utilizada como meio de proteção da sociedade, é comprovadamente desnecessária; usada como método de vingança, é embrutecedora e reacionária. Um simples exame da história da pena capital demonstra o esforço que o homem vem fazendo há séculos para erradicá-la, seja através da diminuição gradativa dos delitos puníveis com a morte, seja através da tentativa de suavizar os processos de execução.

A sanção extrema, como se viu, não proporciona nenhuma proteção, nenhum benefício à sociedade. Quando tal castigo excepcional, extremamente cruel e irrevogável, é empregado por sistemas falíveis, sujeitos a erros humanos, tem-se como resultado não o aprimoramento da justiça, mas sim sua perversão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALBUQUERQUE, Antônio Aleixo Paes de. **Pena de morte.** Jurisprudência Alagoana, v.7, p.239-243, dez./1992

Amnesty International. **La Peine de Mort Dans le Monde.** Paris, Les Éditions d'Amnesty International, 1989.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Impunidade e Cia.** In O Globo, de 13-5-1991.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas.** São Paulo: Atenas, 1956.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988), 5 out. 1988.

CAMUS, Albert; KOESTLER, Arthur. **Réflexions sur la Peine Capitale.** Paris, Calmann-Lévi, 1979, pp. 141 e 142.

GARCIA, Aílton Stropa. **A falência da execução penal e a instituição da pena de morte no Brasil.** Revista dos tribunais, ano 82, v. 694 p. 287-302, ago./1993

GOFFMAN, Erving. **Estigma.** Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1982, p.155.

MACIEL FILHO, Érico. **Da pena de morte e da necessidade de sua prescrição.** Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, ano 3, v. 2, n.1,p. 522-547, 1951.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek Marques. **A pena capital e o direito à vida**. São Paulo: Juarez de Oliveira LTDA, 2000.

PINHO, Ruy Rebello. **História do Direito Penal Brasileiro – Período Colonial**. São Paulo, José Bushatshy, 1973, p. 163.

REALE, Giovanni. História da Filosofia Antiga: **Os Sistemas da era helenística**, vol. 3. 10a Ed. São Paulo: Loyola, 1994.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Pena de morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 215 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A morte da Pena**. In Folha de São Paulo, de 15-12-1991.

TROCONIS, José Rafael Mendoza. **La Denominada Pena de Muerte. In Pena de Morte – Colóquio Comemorativo da Pena de Morte em Portugal**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1967.

<http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI5686513-EI8141,00-EUA+falham+em+diminuir+aplicacao+de+pena+de+morte+diz+Al.html> / Site acessado dia 11/10/2017 às 17:00.

http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/120326_anistia_pena_de_morte.jp.shtml14:17 02/07/2012 / Site acessado dia 02/11/2017 às 19:26.

<http://www.jornaldagente.com.br/index.php/archives/146> / Site acessado dia 02/07/2017 às 14:10.

http://penademorte.info/mos/view/Pa%C3%ADses_em_Relac%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0_Pena_de_Morte/ Site acessado dia 02/07/2017 às 14:15.

NOTAS:

[1] RODRIGUES, 1996, p. 29

[2] GARCIA, 1993, p. 287-302

[3] GÊNESIS. In: *A BÍBLIA*: tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

[4] ÊXODO. In: *A BÍBLIA*: tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002

[5] RODRIGUES, 1996, p. 53

[6] RODRIGUES, 1996, p. 52

[7] Disponível em:
<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/120326_anistia_pena_de_morte_ip.shtml> Acesso em: 02 de novembro de 2017

[8] Disponível em: <http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=935:pena-de-morte-em-2011-menos-paises-matam-mas-os-numeros-sao-alarmantes&catid=19:noticias&Itemid=77> Acesso em: 02 de outubro de 2017

[9] Vide *História da Colonização Portuguesa no Brasil*. Porto, Litografia Nacional, 1926, Vol. III, p. 123. A mesma obra contém o texto original da Carta.

[10] PINHO, 1973, p. 163.

[11] Basileu Garcia. *Instituições de Direito Penal*, v. I, T. I, cit., p. 132.

[12] Pouco tempo antes de o Código entrar em vigor, o Decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890, declarou abolida a pena de galés, substituindo-a pela prisão com trabalhos, e reduziu para trinta anos a prisão perpétua (art. 1º e 2º).

[13] MACIEL FILHO, 1951, p. 522-547.

[14] RODRIGUES, 1996, pg.100

[15] RODRIGUES, 1996, pg.97

[16] Idem, pg.92

[17] ALBUQUERQUE, 1992, p.239-243.

[18] RODRIGUES, 1996, p.89

[19] Juarez Cirino dos Santos. A morte da Pena. In Folha de São Paulo, de 15-12-1991.

[20] Amnesty International. *La Peine de Mort Dans le Monde*. Paris, Les Éditions d'Amnesty International, 1989, p.62.

[21] Idem, p.62.

[22] CAMUS e KOESTLER, 1979, pp. 141 e 142.

[23] Eduardo Garcia Máynez. Op.cit,p. 82.

[24] João Marcello de Araújo Júnior. *Impunidade e Cia*. In O Globo, de 13-5-1991.

[25] ESTIGMA, 1982, p.155.

TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA, FORMAS DE COMBATE E "LISTA SUJA"

AMANDA FANINI GOMES ALCANTARA:
Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo a análise do trabalho escravo no ordenamento jurídico brasileiro, buscando-se analisar a evolução histórica do instituto, o arcabouço normativo, formas de combate, bem como a exposição da temática da “lista suja” frente as recentes decisões judiciais sobre o tema.

Palavras-chave: Trabalho análogo ao de escravo. Histórico. Legislação. Formas de combate. Lista suja.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Breves apontamentos históricos do trabalho escravo no mundo. 3. Breves apontamentos históricos do trabalho escravo brasileiro. 4. Da terminologia adotada atualmente. 5. Legislação internacional e nacional. 6. Formas de combate do trabalho em condições análogas à de escravo. 7. Da “lista suja”. 8. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

A história do trabalho escravo acompanha a história de humanidade, havendo indícios de sua aplicação desde tempos remotos, quando os guerreiros vitoriosos escravizavam os seus adversários perdedores. Com o passar do tempo e o desenvolvimento da sociedade, a escravidão clássica foi abolida, entretanto, novas formas contemporâneas de escravidão ainda persistem, inclusive no Brasil.

Para a compreensão deste instituto, faz-se indispensável, em um primeiro momento, analisar a evolução histórica do trabalho escravo no mundo e no Brasil, para, em um segundo momento, abordar as formas contemporâneas de escravidão.

Posteriormente, será apresentado o arcabouço normativo que repele as práticas de trabalho escravo, bem como as tentativas de retrocesso, a exemplo do Projeto de Lei nº 6442/2016.

Por fim, examinar-se-á a problemática do cadastro de empresas e pessoas autuadas por exploração do trabalho escravo em face das recentes decisões judiciais sobre o tema.

2. Breves apontamentos históricos do trabalho escravo no mundo

A história do trabalho escravo remonta aos primórdios das relações humanas. Silva (2010) aponta que há indícios que a escravidão surgiu na Pré História, ao final do Período Neolítico e início da Idade dos Metais, com a descoberta da agricultura. Por outro lado, há indícios de que o trabalho escravo tenha surgido por volta do ano 3000 a.C., no Egito e Sul da Mesopotâmia, expandido gradativamente em outros territórios, como Assíria, Fenícia, Pérsia, Índia, China e Europa.

A escravidão era um meio de subjugação de um povo a outro, em razão das guerras que ocorriam entre as tribos e povos (SANTOS, 2003). Neste período, como destaca Silva (2010), a história já aponta registros de servidão ou escravidão por dívidas.

Contudo, apesar de já existir traços de escravidão anteriormente, foi no Egito, Grécia e Roma que o instituto ganhou maiores proporções, uma vez que os prisioneiros de guerra foram considerados escravos, cujos filhos também já nasciam nessa condição (Santos, 2003).

No Egito, a sociedade era dividida entre dois grandes grupos: o dos dominantes, compostos por nobres, escribas e sacerdotes, e o dos dominados, composto por artesãos, felás (camponeses e pessoas que trabalhavam em obras públicas) e escravos, sendo que estes tinham alguns direitos, como o casamento com pessoas livres, aquisição de bens e capacidade de testemunhar em tribunais (SANTOS, 2003).

Já na Grécia, embora existente a escravidão desde o período Homérico, que perdurou entre o século XV e o século VIII a.C., foi utilizada em grande escala no período Helenístico (séculos V e VI a.C.). O trabalho

escravo era imposto aos prisioneiros de guerra e também àqueles não honravam com suas dívidas contraídas (SILVA, 2010).

Em Roma, os escravos sequer faziam parte da sociedade, uma vez que eram considerados como coisas (*res*), não fazendo jus a direitos civis ou de cidadania. Registre-se, no entanto, que alguns possuíam alguns direitos, como o de comparecer perante os tribunais, com intermédio de seus senhores, bem como não serem mortos ou torturados (SILVA, 2010).

Na localidade, em 366 a.C., decretou-se a proibição da escravidão por dívidas e, em 326 a.C, a escravidão foi abolida.

Como leciona Santos (2003), com o advento e ascensão do Cristianismo, a escravidão foi gradativamente atenuada por ideais religiosos de igualdade, fraternidade e liberdade, preconizado pela Revolução Francesa. São Tomás de Aquino e Santo Agostinho propugnavam um tratamento digno e caridoso aos escravos, mas não condenavam a escravidão.

Superado o período escravagista, na Idade Média prevaleceu o trabalho sob o regime de servidão, no qual grande parte do poder foi transferido do monarca aos chamados senhores feudais (SANTOS, 2003), que ofereciam proteção militar e política aos servos em troca de sua liberdade (GARCIA, 2011).

Nesse período, apesar de os servos não serem considerados escravos ou coisa (*res*), eram tidos como acessórios das terras pertencentes aos senhores feudais, em situação de desumanização. Submetiam-se a uma série de restrição de direitos, como proibição de contrair casamento sem autorização do seu senhor, bem como de se deslocar para outras terras (SANTOS, 2003).

Paralelamente à servidão, não obstante ser o regime mais utilizado na Idade média, adverte-se que o trabalho escravo não desapareceu por completo, sendo utilizado ainda pelos senhores feudais quando aprisionavam os derrotados em batalhas, negociavam no mercado de

compra e venda de escravo, além de haver um intenso tráfico de escravos promovido por turcos (SILVA, 2010).

Autores notam semelhanças entre a servidão na Idade Média e a servidão por dívidas contemporânea:

não é exagero afirmar que a servidão serve de referência analítica ao trabalho análogo ao de escravo rural contemporâneo, na modalidade da servidão por dívidas, pois, assim como o servo da Idade Média não podia romper o vínculo que o atava ao senhor feudal, por estar em constante débito com aquele, o trabalhador rural reduzido a condição análoga à de escravo, em razão de dívida, também não pode desligar-se do liame que o prende ao fazendeiro (SILVA, 2010, p.93).

Com o declínio do feudalismo, que se concentrava basicamente na zona rural, no final da Idade Média e início da Idade Moderna, observou-se processos gradativos de expulsão dos servos das glebas, o que acabou por romper com as relações servis (DELGADO, 2013).

Na Idade Moderna, todavia, os traços de escravidão voltaram a se fortalecer no chamado Novo Mundo, que teve como característica as navegações promovidas por povos europeus, sobretudo de Portugal e Espanha.

Nas terras encontradas, os europeus passaram a subjugar os nativos americanos, denominados de indígenas, causando esgotamento das forças de trabalho disponíveis nas colônias e conduzindo à escravidão negra para suprir a escassez de mão-de-obra (SILVA, 2010).

A partir deste momento, o tráfico negreiro ganhou contornos cada vez mais densos, sendo difundido em países mercantilistas de todo o mundo.

As condições de trabalho e de sobrevivência na escravidão negreira também eram extremamente precárias, uma vez que os escravos estavam

sujeitos a castigos e torturas, excesso de trabalho, baixa expectativa de vida e precárias condições de higiene e saúde (SANTOS, 2003).

A sociedade mundial, já na Idade Contemporânea, é drasticamente modificada pela Revolução Industrial. Garcia (2011) assevera que a necessidade de pessoas para operar máquinas a vapor e têxteis acabou por impor a substituição da mão de obra de trabalho escravo, servil ou cooperativo por trabalho assalariado, ou seja, trabalho livre.

É a partir desse momento histórico que surge o Direito do Trabalho, ou seja, com o fim da escravidão e servidão, já que a categoria central de formação do direito do trabalho é o trabalho subordinado, mais propriamente a relação empregatícia (DELGADO, 2013). Como a existência do trabalho livre é pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado, este não ocorre de maneira relevante na história enquanto não assentada uma larga oferta de trabalho livre e remunerado.^[1]

3. Breves apontamentos históricos do trabalho escravo brasileiro

No Brasil, a escravidão sempre esteve presente na história. Desde a chegada dos colonizadores, iniciou-se um processo de escravização dos nativos deste território.

A força de trabalho dos índios foi utilizada no setor rural cafeeiro e de cana-de-açúcar, atingindo elevados patamares de rentabilidade e produção. Porém, para suprir toda esta demanda na produção rural, o mão-de-obra dos nativos americanos não foi suficiente, sendo introduzida, gradativamente, a utilização do trabalho de negros.

Com o passar do tempo, os próprios colonos passaram a preferir a utilização de trabalho escravo negro,

já que o tráfico de escravos africanos interessava não só aos traficantes, quanto à própria Coroa portuguesa. Com efeito, enquanto a captura do nativo americano era praticamente um negócio interno da colônia, pois, com freqüência, até o quinto devido à Coroa era sonegado, o tráfico negreiro constituía

importante fonte de receita ao governo e aos comerciantes. (SILVA, 2010, p. 100)

Como observa Melo e Lorentz (2011), o Brasil colonial era pautado no quadrinômio escravidão, latifúndio, monocultura e extrema dependência do mercado externo. Com o advento do Estado Liberal, o que se deu a partir da Revolução Francesa, a burguesia, que já detinha poderio econômico, passou a almejar e conquistar o poder político. O fortalecimento dos burgueses, sobretudo após a Revolução Industrial na Inglaterra, impulsionou a conquista de novos mercados, o que, conseqüentemente, fez com que os ingleses proibissem a escravidão e compelissem os outros países a extinguirem esta prática também.

No Brasil, a abolição da escravidão veio a ocorrer de forma gradativa e somente depois que a classe dominante obteve do Estado compensações financeiras pela liberdade dos escravos, por meio da Lei do Vente Livre e da Lei dos Sexagenários (DODGE, 2002).

Assim, no Brasil, o sistema escravagista perdurou até o século XIX, quando em 12 de maio de 1888, a Lei Áurea (Lei nº 3.353) aboliu formalmente a escravidão, por forte influência inglesa (MELO; LORENTZ, 2011).

Todavia, é importante esclarecer que, em terras brasileiras, ao contrário dos países europeus, nos quais a escravidão foi abolida com vistas ao desenvolvimento do capitalismo, a introdução do trabalho livre se deu em razão de interesses externos de ocupação e exploração da terra, objetivando-se a perpetuação do sistema territorial e agrícola no qual a escravidão estava inserida (SILVA, 2010).

A partir da abolição da escravatura, o Brasil passou a utilizar mão de obra de imigrantes europeus para substituir os negros. A própria classe dominante brasileira, mesmo antes da proscricão da escravidão e já prevendo sua inevitabilidade, demonstrou interesse nestes trabalhadores europeus, de modo que por volta de 1850 foi promulgada uma lei de desenvolvimento de uma política de imigração de estrangeiros, mormente de europeus (SILVA, 2010).

Essa mão de obra, portanto, passou a ser utilizada em larga escala após a Lei Áurea. Melo e Lorentz (2011) observam que o resultado disto foi devastador para os ex-escravos negros, já que tinham uma suposta liberdade, mas se encontravam ceifados de possibilidades de trabalho remunerado, passando por intenso processo de exclusão social e marginalização.

Apesar desta pretensa liberdade dos escravos, é certo que o Brasil não deixou de ser uma país escravocrata. E a escravidão moderna não se restringe aos negros ou indígenas, como anteriormente. Na verdade, revela-se como

Uma escravocracia camuflada. Hodiernamente, não somente os negros estão relegados à herança negativa da escravidão oficial, como também os brancos, pobres, mulheres e crianças são submetidos a verdadeiros regimes escravocratas de trabalho nas mais diversas regiões do País; desde as mais industrializadas, como o Sul e o Sudeste, às menos desenvolvidas, como Norte e Nordeste. (SANTOS, 2003, p. 54).

Assim, a escravidão moderna apresenta-se em nova roupagem, porém guarda traços bastante semelhantes com a escravidão antiga.

4. Da terminologia adotada atualmente

Há muita controvérsia doutrinária no que tange à terminologia ideal a ser adotada para designar a nova faceta da escravidão nos tempos contemporâneos.

Para Melo (2003), hodiernamente, quando se fala em “trabalho escravo”, o que se imagina é aquele tipo de trabalho empregado em séculos passados, realizado de fato pelos escravos. Assim, adverte que, ao realizar esta associação, incorre-se em um grande risco de tornarmos insensíveis às formas modernas de trabalho escravo, já que estas são revestidas de vestes de maior “licitude”.

Com a abolição da escravidão tradicionalmente concebida, surgem novas formas de dissimulação que causam resultados práticos muito parecidos.

A terminologia de trabalho escravo contemporâneo, assim, mostra-se mais adequada a demonstrar as novas formas de exploração do trabalho humano, apesar de persistir a utilização da expressão “trabalho escravo” pela doutrina e órgãos governamentais (SILVA, 2010).

As Convenções nº 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho se utilizam da terminologia “trabalho forçado ou obrigatório”. A Convenção nº 29 da OIT, equipara as duas expressões, de modo que

para os fins da presente Convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1930).

Em seu art. 2º, a Convenção nº 29 da OIT ressalva que o serviço militar, serviço cívico em país autônomo, obrigações derivadas de condenações judiciais, trabalhos em situações de emergência e pequenos serviços comunitários não são considerados trabalho forçado.

Em uma acepção tradicional, Melo (2003) equipara o trabalho forçado ao trabalho escravo, conceituando-os como

toda modalidade de exploração do trabalhador em que este esteja impedido, moral, psicológica e/ou fisicamente, de abandonar o serviço, no momento e pelas razões que entender apropriado, a despeito de haver, inicialmente, ajustado livremente a prestação de serviços (MELO, 2003, p. 14)

Conforme observa Villela (2010), para esta corrente, o conceito de trabalho escravo se contrapõe ao de trabalho degradante, que representa a “falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de garantias

mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação” (BRITO FILHO, 2004, p. 13).

Em uma segunda acepção, Brito Filho (2004) entende o trabalho em condições análogas à de escravo como gênero do qual são espécies o trabalho forçado e o trabalho degradante, caracterizando-se como “exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador, e/ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador” (p. 14).

Já para Sento-Sé (2000) o trabalho análogo ao de escravo representa uma espécie do gênero trabalho forçado.

No Código Penal brasileiro, adota-se a terminologia “redução à condição análoga à de escravo”, que se desdobra em quatro condutas típicas: sujeição a trabalhos forçados; sujeição à jornada exaustiva; sujeição a condições degradantes de trabalho; restrição de locomoção, por qualquer meio, em razão de dívida contraída com empregador ou preposto.

Para Melo e Lorentz (2011), o conceito penal, que se aplica perfeitamente na seara trabalhista por força do art. 8º da CLT, equipara o trabalho degradante a uma das espécies de trabalho análogo ao de escravo, ou seja, o trabalho forçado. Inclui-se também a jornada exaustiva no trabalho degradante.

Os autores entendem, assim, que o trabalho em condições análogas à de escravo engloba o trabalho forçado (redução ou impedimento do direito de ir e vir, sendo motivado ou não por dívidas trabalhistas, por qualquer meio de coação, seja física, psicológica ou moral), trabalho degradante (realizado em péssimas condições de trabalho e remuneração, com o uso de técnicas de punições vexatórias, como o assédio moral, incluindo-se também as jornadas exaustivas) e também o trabalho desumano (realizado em condições de exposição física ou moral além do que seria possível que um ser humano suporte, violando o art. 5º, III, da Constituição Federal).

Brito Filho (2014) também classifica as condutas do *caput* art. 149 do Código Penal como típicas (trabalho forçado, jornada exaustiva, condições

degradantes de trabalho e restrição de locomoção por dívida contraída). Ademais, o parágrafo primeiro elenca condutas por equiparação, quais sejam: cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; e manutenção de vigilância ostensiva no local de trabalho ou apoderamento de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Soares (2003) defende que a expressão mais apropriada é “trabalho em condições análogas à escravidão”, que abarca

como exploração de mão de obra em tais condições todos os casos em que a dignidade humana é aviltada, notadamente quando o trabalhador é iludido com promessas de bons salários e transportado sem obediência aos requisitos legais, ou impedido de sair do local de trabalho pela vigilância armada ou preso a dívidas impagáveis contraídas perante o empregador, ou, ainda, quando explorado sem atenção aos direitos trabalhistas elementares, tais o salário mínimo, jornada de trabalho normal, pagamento de adicionais, repouso remunerado e boas condições de higiene, saúde e segurança no trabalho. (SOARES, 2003, p. 34-35).

Desta forma, ante a cizânia doutrinária, entende-se por conveniente adotar a expressão abrangente “trabalho análogo ao de escravo” ou ainda seus sinônimos, como observa Silva (2010): “redução a condição análoga à de escravo”, “trabalho em condições análogas à de escravo” e “trabalho em condições análogas à escravidão”, para designar, neste artigo, as formas contemporâneas de escravidão.

5. Legislação internacional e nacional

No plano internacional, são várias as normas que visam coibir a utilização do trabalho análogo ao de escravo.

Já em 1926, a Convenção das Nações Unidas sobre a Escravatura definiu, em seu art. 1º, a escravidão como “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1926).

Além disso, estabeleceu compromissos entre as partes contraentes para o combate do trabalho escravo.

No âmbito na Organização Internacional do Trabalho, em 1930, a Convenção nº 29 tratou do trabalho forçado ou obrigatório, pela qual os seus signatários se obrigam a suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas suas formas “no mais curto prazo possível”. O Brasil é signatário de tal convenção desde 1957, conforme consta do Decreto nº 41.721/57.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu que ninguém deverá ser mantido sob regime de escravidão ou servidão, proibindo a escravidão e o tráfico de pessoas (art. 4º). No seu art. 5º, prescreve que ninguém será submetido à tortura, castigo cruel, desumano ou degradante.

Em 1956, por sua vez, a Convenção das Nações Unidas sobre a Escravatura foi ampliada pela Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, visando intensificar esforços nacionais e internacionais para abolir a escravidão, tráfico de escravos e instituições e práticas análogas à escravidão. Insta ressaltar que o Brasil aderiu a este tratado internacional em 1966, sendo promulgada internamente pelo Decreto 58.563.

A Convenção nº 29, em 1957, foi complementada pela Convenção nº 105, também da OIT, reforçando o compromisso de erradicação da escravidão. O Decreto n.º 41.721/57 a incorpora no nosso ordenamento jurídico, assim como o faz com a Convenção nº 29.

A Convenção Suplementar das Nações Unidas sobre a Abolição da Escravidão, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Semelhantes à Escravidão de 1965, em seu art. 1º, §1º, descreve a servidão por dívidas, que é uma das formas de trabalho em condições análogas à de escravo:

A servidão por dívidas, isto é, o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual

tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação da dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1965).

Em 1969, foi editada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que proíbe expressamente, em seu art. 6º, a escravidão, a servidão e o tráfico de escravos em mulheres. O Decreto nº 678 de 1992 promulga tal convenção no Brasil.

Por fim, o Protocolo de Palermo, incorporado pelo Brasil através do Decreto 5.077/2004, trata sobre o tráfico de pessoas, muito utilizado por empregadores que visam empregar formas de trabalho análogas à escravidão. A Lei nº 13.444/2016 também dispõe sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, acrescentando ao Código Penal brasileiro o art. 149-A, que criminaliza a conduta de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo (inciso II).

No âmbito nacional, o combate ao trabalho análogo ao de escravo encontra guarida na própria Constituição da República, que estabelece que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV).

O art. 4º da Constituição Federal também elenca a prevalência dos direitos humanos como um princípio que rege o Brasil nas suas relações internacionais (inciso II).

Ainda, o art. 5º da Constituição Federal elenca como direitos fundamentais a garantia de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (inciso III) e a função social da propriedade (inciso XXIII).

O art. 170 da Magna Carta estabelece também que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme ditames da justiça social.

No plano infralegal, o próprio Código Penal cuidou de tipificar a conduta de reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo a trabalhos forçados ou jornada exaustiva, quer sujeitando a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, a sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (art. 149).

No que tange especificamente à servidão por dívidas, modalidade de trabalho escravo contemporâneo, para coibi-la, a Constituição Federal garantiu a irreduzibilidade salarial (art. 7º, VI, CF). A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, cuidou de previu a intangibilidade salarial prevista no seu art. 462, caput, além de estabelecer medidas que vedem a prática do *truck system* em seu art. 462, §§ 2º e 3º:

§2º É vedado à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços destinados a proporcionar-lhe prestações in natura exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços.

§ 3º Sempre que não for possível o acesso dos empregados a armazéns ou serviços não mantidos pela empresa, é lícito à autoridade competente determinar a adoção de medidas adequadas, visando que as mercadorias sejam vendidas e os serviços prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício dos empregados. (BRASIL, 1943)

Ainda, a Consolidação das Leis do Trabalho determina que o pagamento da prestação em espécie do salário será paga em moeda corrente do Brasil.

Campos (2007) também destaca o Precedente Normativo nº 68 da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho que, ao autorizar o chefe de família empregado rural a faltar do trabalho pelo menos uma vez por mês ou meio dia por quinzena para efetuar compras, sem remuneração ou mediante compensação do horário, mas sem prejuízo do descanso, é uma medida de proteção do salário e contribui para que o trabalhador não seja obrigado a comprar no armazém do empregador.

O mesmo ator também leciona que, ainda em relação à servidão por dívidas, a Lei 5.889/73 consagra os mesmos princípios referidos acima aplicados no trabalho rural. O art. 9º da Lei nº 5.889/73 estabelece que os descontos salariais só podem ser feitos até o limite de 20% pela moradia e de 25% pelo fornecimento de alimentação, ambos calculados sobre o valor do salário mínimo, ao passo que o art. 458 da CLT estabelece que o limite é de 25% pela habitação e 20% pela alimentação, sendo ambos calculados sobre o valor do salário contratual.

Na contramão desses preceitos protetivos e representando retrocesso social, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6442/2016, de autoria do Deputado Federal Nilson Leitão, que permite a remuneração do trabalhador rural mediante qualquer espécie, desobrigando o empregador rural de pagamento da remuneração em moeda corrente.

6. Formas de combate do trabalho em condições análogas à de escravo

No Brasil, as iniciativas mais efetivas no combate do trabalho em condições análogas à de escravo ocorreram após a solução amistosa do caso José Pereira na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A primeira tentativa governamental de enfrentamento do problema ocorreu na década de 80, quando a Coordenadoria de Conflitos Agrários do Ministério da Reforma e Desenvolvimento Agrário divulgou relatórios e defendeu a desapropriação em imóveis rurais que se utilizavam de trabalho escravo. Logo após, os Ministros da Reforma Agrária e do Trabalho firmaram protocolo de intenções para coibir o trabalho escravo nos estados do Pará, Maranhão e Goiás e, subsequentemente, um termo de compromisso entre

Ministério da Justiça, Polícia Federal, governos estaduais e suas polícias (BRASIL, 2012).

Em 1991, foi instituída a Comissão Especial de Inquérito no Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, com o objetivo de investigar casos de trabalho escravo. No seguinte, foi instituído o Programa de Erradicação do Trabalho Forçado e do Aliciamento de Trabalhadores, que, por sua vez, não gerou resultados práticos esperados (BRASIL, 2012).

No ano de 1994, o Ministério do Trabalho e Emprego editou sua primeira Instrução Normativa (IN nº 24) com fins de regulamentar o procedimento de fiscalização no meio rural. No mesmo ano, foi assinado um termo de cooperação entre Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho e a Polícia Federal para prevenir, erradicar e reprimir o trabalho escravo (BRASIL, 2012).

No mesmo ano, foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos o caso 11.289, denominado de caso José Pereira, em que organizações não governamentais Americas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) alegaram que o Brasil foi omisso na repressão e punição do trabalho análogo à escravidão ocorrido em uma fazenda no Pará, em que José Pereira e outros sessenta trabalhadores foram retidos e constrangidos a trabalhar sem remuneração e em condições degradantes (CASTILHO, 2005).

Já em 1995, o Brasil reconheceu oficialmente a existência de trabalho em condições análogas à de escravo, criando o Grupo Especial de Fiscalização Móvel no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, que é composto por equipes que atuam principalmente no atendimento de denúncias sobre o tema (BRASIL, 2011). Conforme destaca Silva (2010), o Grupo Móvel é um dos principais instrumentos atuais de combate ao trabalho análogo ao de escravo, sendo que sua atuação pode ser inclusive articulada com outros órgãos, mediante assinatura de termos de compromisso, como o Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Polícia Federal e Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE).

Esta última foi criada em 2003, mediante o Decreto de 31 de julho de 2003, como consequência do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo lançado pelo governo federal. A CONATRAE conta com representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e de outros segmentos da sociedade civil (VIANA, 2007).

Em 18 de setembro de 2003, o Brasil assinou acordo de Solução Amistosa na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso José Pereira, reconhecendo a sua responsabilidade internacional e assumindo uma série de compromissos, dentre os quais destaca-se: esforços para julgar e punir os responsáveis pela conduta; indenizar José Pereira por danos materiais e morais – o que ocorreu mediante a Lei nº 10.706/03; compromisso de mudanças legislativas contidas no Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo; compromisso de defender a competência federal para o julgamento do crime de redução análoga à de escravo; fortalecimento do Ministério Público do Trabalho; velar pelo cumprimento da legislação vigente; fortalecer o Grupo Especial de Fiscalização Móvel; realizar gestões junto do Poder Judiciário e suas entidades representativas para garantir a punição de autores do crime de trabalho escravo (CASTILHO, 2005).

No âmbito do Ministério Público do Trabalho, tem-se a Coordenação Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONAETE), criada em 2002, que é uma coordenadoria temática para enfrentamento do problema. Nela, a proposta é a harmonização da atuação dos procuradores do Trabalho no território nacional, além de buscar parcerias com outros órgãos, como outros ramos do Ministério Público, Ministério do Trabalho e Emprego, Polícia Federal e Justiça do Trabalho (SILVA, 2010).

Através da Portaria nº 540 de 2004 do MTE, um importante instrumento no combate do trabalho análogo ao de escravo foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro: a “lista suja”, que contém nome de empregadores que exploram tal mão-de-obra ilícita, incluídos após decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal em que tenha havido a identificação dos trabalhadores submetidos a condições análogas a de escravo (art. 2º, Portaria nº 540, MTE). O referido instrumento foi regulamentado por sucessivas portarias.

Ainda na evolução de medidas adotadas para se coibir a utilização e trabalho análogo ao de escravo, em 2005, foi assinado termo de cooperação entre o Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério do Desenvolvimento Social, para incentivar a inserção de egressos do trabalho escravo no programa federal de bolsa família. No mesmo ano, foi assinado o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo entre empresas, grupos econômicos e entidades empresariais (BRASIL, 2012).

No ano de 2008, foi lançado o Segundo Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo e o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (BRASIL, 2012).

Todas essas medidas fundamentam as ações de órgãos governamentais (destacando Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Ministério do Trabalho e Emprego e Justiça do Trabalho e não-governamentais (como a Comissão da Pastoral da Terra) no combate do tema.

O Ministério Público do Trabalho pode atuar de extrajudicial ou judicialmente.

No plano extrajudicial, as denúncias feitas ou encaminhadas ao Ministério Público do Trabalho são recebidas pela Coordenadoria da Defesa dos Interesses Individuais, Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos (CODIN), se no âmbito de Procuradorias Regionais, e o Coordenador analisará determinará a sua distribuição. Ato contínuo, o Procurador do Trabalho responsável pela apreciação da representação, apurado pelo art. 129, III, da Constituição Federal, art. 6º, VI e art. 84, II da Lei Complementar nº 75/93, poderá instaurar procedimento preparatório, a fim de que se realizem diligências preliminares para que se verifique a procedência das informações da denúncia, ou inquérito civil, para a realização das investigações necessárias (MELO, 2003).

Melo (2003) leciona que, ao final da investigação, é possível que membro do MPT conclua pela ausência de ilícitos trabalhistas, promovendo o arquivamento da investigação. Ao contrário, concluindo pela prática destes ilícitos, poderá propor Termo de Ajustamento de Conduta, com aparo legal

no art. 5º, §6º da Lei de Ação Civil Pública e art. 876 da CLT, que é um instrumento extrajudicial que estabelece condutas a serem adotadas pelo compromissado, sob pena de multa. No caso de seu descumprimento, poderá ser executado diretamente, visto que representa um título executivo extrajudicial.

Caso opte por não propor o TAC ou este não seja firmado por algum motivo, o representante ministerial poderá judicializar a demanda, propondo a ação judicial competente, que em sua maioria será ação civil pública ou ação civil coletiva, com vistas a obter a condenação.

Judicialmente, o Parquet também pode atuar como órgão interveniente, ou seja, como fiscal de lei, o que se dá em primeira instância, em virtude de solicitação judicial ou por iniciativa própria em processos que entenda haver interesse público que justifique sua intervenção (art. 6º, XV e art. 83, II da Lei Complementar nº 75/93).

Nos tribunais, a intervenção do MPT se dá mediante emissão de pareceres circunstanciados quando presente o interesse público, conforme permissivo legal do art. 83, VII, da Lei Complementar nº 75/93.

Ainda, em se tratando de ação civil pública não ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, este deverá atuar obrigatoriamente como fiscal da lei, segundo mandamento do art. 5º, §1º da Lei de Ação Civil Pública.

Segundo dados fornecidos no sítio do MPT, de 2003 a julho de 2017, o órgão ajudou a resgatar 750 trabalhadores em condições análogas à de escravo.^[2]

Por sua vez, a atuação do Ministério do Trabalho e Emprego no combate ao trabalho escravo contemporâneo consiste na fiscalização e lavratura de autos de infração, que, conseqüentemente, são encaminhados ao Ministério Público do Trabalho para a adoção das medidas supracitadas. Além disso, conforme já exposto, um importante instrumento deste órgão é o adastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo (BRASIL, 2012).

Ainda, à Justiça do Trabalho cabe o julgamento definitivo do aspecto trabalhista das lides sobre o tema, que poderá proferir condenações com vistas a coibir a perpetuação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Sobre o Poder Judiciário, ainda esclarece-se que os crimes contra a organização do trabalho, o que inclui o tipificado no art. 149 do Código Penal, são de competência da Justiça Federal, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3684-0 (MELO; LORENTZ, 2011).

Insta ressaltar que os estes órgãos especializados no âmbito trabalhista podem atuar de maneira conjunta, inclusive com outros órgãos e instituições não-trabalhistas, como o Ministério Público Federal e Polícia Federal.

Por fim, Costa (2003) leciona que a desapropriação em terras que se utilizam de trabalho análogo ao de escravo é possível no ordenamento jurídico brasileiro, o que também é uma forma de coibir ou inibir tal prática. Neste sentido:

é possível a desapropriação, mediante indenização, das terras nas quais ocorre o trabalho forçado, com amparo no art. 186 da Constituição Federal. Com efeito, a inobservância das “disposições que regulam as relações de trabalho” constitui violação à função social que a propriedade rural deve cumprir (COSTA, 2003, p. 106-107).

Em 2014, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 81, que passou a prever expressamente no texto constitucional a desapropriação-sanção em propriedades rurais e urbanos que explorem trabalho escravo, de modo que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido deve ser confiscado e revertido em favor de fundo especial (art; 243 *caput* e parágrafo único da Constituição da República de 1988).

7. Da “lista suja”

Conforme exposto, o cadastro de empresas e pessoas atuadas por exploração do trabalho escravo foi introduzido no ordenamento jurídico mediante a Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 540 de 19 de outubro de 2004.

A inclusão de empregadores nesta lista é informada a diversos órgãos públicos para ciência e tomada de eventuais providências cabíveis. Instituições financeiras também são notificadas, de modo que acaba por dissuadir a concessão de empréstimos a tais empregadores, conforme recomenda a Portaria nº 1.150 do MTE.

O instrumento normativo em análise foi sucedido pela Portaria Interministerial nº 02 de 2011 do Ministério do Trabalho e Emprego e Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Em 2014, a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5209) visando suspender a eficácia da Portaria nº 540 do MTE e da Portaria Interministerial nº 02 de 2011, tendo por fundamento central a alegação de ofensa aos princípios da separação dos poderes e devido processo legal. No mesmo ano, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu medida liminar para determinar que a lista não fosse mais divulgada.

Ato contínuo, foi editada a Portaria Interministerial nº 02 de 2015 do Ministério do Trabalho e Emprego e Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República para normatizar acerca da “lista suja”, que, posteriormente, foi revogada pela Portaria Interministerial nº 04 de 2016, também regulamentadora do tema.

Ante a revogação do ato normativo impugnado, a Ministra Carmem Lúcia julgou prejudicada a ADIADI 5209:

12. A Portaria Interministerial n. 2, de 31.3.2015 não apenas revogou a Portaria Interministerial n. 2, de 12.5.2011, como alterou, substancialmente, o conteúdo das normas ensejadoras do ajuizamento da presente ação, a impor o reconhecimento da perda de seu objeto.

A Portaria Interministerial n. 2/2015 foi posteriormente também revogada pela Portaria Interministerial n. 4, de 11.5.2016.

Embora a Portaria Interministerial n. 4/2016 tenha reproduzido o núcleo essencial da Portaria

Interministerial n. 2/2015 e acrescido a possibilidade de celebração de termo de ajuste de conduta ou acordo judicial para reparação do dano causado pelo administrado alvo da fiscalização, o Autor desta ação descuidou de aditar a inicial e de promover o cotejo analítico das normas constantes da Portaria Interministerial n. 2/2011 e dos diplomas normativos supervenientes, a fim de justificar a persistência do objeto da ação.

(...)

13. Pelo exposto, julgo prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade pela perda superveniente do objeto (art. 21, inc. IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), cassando-se a medida cautelar antes deferida. Prejudicados, por óbvio, os pedidos de ingresso formulados na presente ação. (BRASIL, 2016).

Desde junho de 2014 não houve publicação do cadastro de empresas e pessoas autuadas por exploração do trabalho escravo, o que motivou, em 2016, o Ministério Público do Trabalho a ajuizar a ação civil pública nº 0001704-55.2016.5.10.0011, objetivando que seja realizada a divulgação “da lista suja”. Em 19 de dezembro de 2016, o juízo da 11ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, concedeu a liminar, para determinar ao MTE a divulgação da lista. Lamentavelmente, em 7 de março de 2017, o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra da Silva Martins Filho suspendeu a publicação da referida lista, decisão que foi, posteriormente, revertida pelo próprio Tribunal Superior.^[3]

Atualmente, vigora a divulgação do cadastro de empresas e pessoas autuadas por exploração do trabalho, constituindo efetiva medida de combate ao trabalho escravo contemporâneo, que pode ser acessada no sítio do Ministério do Trabalho^[4].

8. Considerações finais

O trabalho escravo, apesar de ser remontar os primórdios da humanidade, infelizmente ainda faz parte da realidade mundial e brasileira.

Atualmente, há vários diplomas internacionais, das quais o Brasil é signatário, que coíbem tal prática. Dentre estes, destaca-se as importantes Convenções nº 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho - que repele o trabalho forçado ou obrigatório; a Declaração Universal dos Direitos Humanos - que proíbe a escravidão e o tráfico de pessoas, além do regime de servidão; a Convenção das Nações Unidas sobre a Escravatura foi ampliada pela Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura - que visa abolição da escravidão, do tráfico de escravos e de formas análogas à escravidão; e Convenção Americana sobre Direitos Humanos - que veda a escravidão e a servidão.

No âmbito nacional, o Código Penal brasileiro expressamente criminaliza tal prática em seu art. 149, ao tipificar a restrição da locomoção de alguém, por qualquer meio, em razão de dívida contraída com o empregador ou o preposto.

A repressão do trabalho análogo ao de escravo também é objeto de atuação na seara trabalhista- pelo Ministério Público do Trabalho, pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pela Justiça do Trabalho, tendo várias medidas de combate implementadas e fortalecidas após a solução amistosa do Brasil no caso José Pereira na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Como exemplo, cite-se os meios extrajudiciais de titularidade do Ministério Público do Trabalho, como o inquérito civil, procedimento preparatório, termo de ajustamento de conduta, e judiciais, como a ação civil pública e ação civil coletiva, além de intervenção como fiscal de lei.

A Justiça do Trabalho do Trabalho também tem papel determinante no combate da servidão por dívidas, uma vez que, quando da judicialização da lide, somente cabe a ela proferir a decisão definitiva que, a critério do juiz e

mediante avaliação das provas do processo, poderá amparar o interesse de inúmeros trabalhadores submetidos à estas condições de trabalho.

Já o Ministério do Trabalho e Emprego, além de atuar mediante fiscalizações e lavratura de autos de infração, tem como um instrumento valioso a chamada “lista suja”, que acrescenta nomes de empregadores que utilizam desta mão de obra ilícita com finalidade de conhecimento da sociedade, dos órgãos governamentais e não governamentais, autoridades, bem como instituições financeiras, sendo que para estas recomenda-se com não seja concedidos empréstimos a tais empregadores.

Conforme demonstrado, após quase 3 anos, cadastro de empresas e pessoas autuadas por exploração do trabalho escravo voltou a ser publicado no ano de 2017, consagrando-se como medida efetiva de combate ao trabalho escravo.

Ressalta-se que outros órgãos também atuam na repressão e combate da prática, como o Ministério Público Federal, Justiça Federal, ao julgar os crimes contra a organização do Trabalho, assim como a Polícia Federal.

Apesar deste panorama positivo e da evolução das medidas que coíbem o trabalho escravo, o Brasil ainda conta com iniciativas de retrocesso social no tema do trabalho escravo contemporâneo, como o Projeto de Lei nº 6442/2016, de autoria do Deputado Federal Nilson Leitão, que autoriza a remuneração do trabalhador rural mediante qualquer espécie.

9. Referências bibliográficas

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília, 2011.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalho escravo no Brasil em retrospectiva: referências para estudos e pesquisas*. Brasília, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5209. Relator Ministra Carmen Lúcia. Requerente: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC. Brasília-DF, 24 maio 2016.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho com redução do homem à condição análoga de escravo e dignidade da pessoa humana*. Belém, 2004. Disponível: < <http://pgt.mpt.gov.br/publicacoes/escravo/dignidade-trabalhoescravo.pdf> >. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. *Trabalho escravo: caracterização jurídica*. São Paulo: LTr, 2014.

CAMPOS, Ricardo José Fernandes de. Trabalho escravo: a dignidade da pessoa humana e a caracterização do trabalho em condições análogas à de escravo. Servidão por dívida: “truck system”. Aliciamento e transporte de trabalhadores: responsabilidade do empregador e do intermediador. Responsabilidade penal, administrativa e penal. O papel do Brasil no combate ao trabalho escravo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, ano 32, n. 59, p. 245-53, jul./dez. 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. Novas perspectivas para a tese da competência da Justiça Federal para o crime de trabalho escravo. *Boletim dos Procuradores da República*, n. 66, Brasília, março/2005.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. O combate ao trabalho forçado no Brasil: aspectos jurídicos. *Revista do Ministério Público do Trabalho - Edição especial trabalho escravo*. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, São Paulo: LTr, n. 26, p. 86-109, set. 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. Escravidão contemporânea no Brasil: quem escraviza? *Boletim dos Procuradores da República*. São Paulo. v.5. n.56. p.25. dez. 2002.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Manual de direito do trabalho*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MELO; Guilherme Orlando; LORENTZ, Lutiana Nacur. Uma abordagem interdisciplinar do trabalho análogo ao de escravo nas clivagens: trabalho forçado, degradante e desumano. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*

da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 54, n.84, p. 263-288, jul./dez.,2011. Disponível em: < http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_84/guilherme_orlando_anchieta_melo_e_lutiana_nacur_lorentz.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2013.

MELO, Luis Antônio Camargo de. Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo. *Revista do Ministério Público do Trabalho - Edição especial trabalho escravo*. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, São Paulo: LTr, n. 26p. 11-33, set. 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfego de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura. 1956. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade_legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvSupAboEscTrafEsclInstPraAnaEsc.html >. Acesso em: 10 out. 2017.

____. Convenção das Nações Unidas sobre a Escravatura de 25 de setembro de 1926. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRelEsc.htmlf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 29, de 10 de

junho de 1930, sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório. Disponível em: Acesso em: 10 out. 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. A escravidão por dívidas nas relações de trabalho no Brasil contemporâneo. *Revista do Ministério Público do Trabalho - Edição especial trabalho escravo*. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, São Paulo: LTr, n. 26, p. 47-66, set. 2003.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho escravo no Brasil na atualidade*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*. 2010. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário). Universidade Federal de Goiás, Goiânia-GO. Disponível em: <
https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/35d284c9-cd7b-4889-81a5-f3823d8e2270/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2BTrabalho%2BAn%C3%A1logo%2Bao%2Bde%2Bescravo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=35d284c9-cd7b-4889-81a5-f3823d8e2270 >. Acesso em: 10 out. 2017.

SOARES, Evanna. Meios coadjuvantes de combate ao trabalho escravo pelo Ministério Público do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho* - Edição especial trabalho escravo. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, São Paulo: LTr, n. 26, p. 34-46, set. 2003.

VIANA, Márcio Túlio. *Trabalho escravo e 'lista suja': um modo original de se remover*

uma mancha. CD/LTR - Vol. 71, nº 08, Agosto de 2007 – pág . 925. Material da 5ª aula da

Disciplina Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado, ministrada no Curso de Pós- Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – Universidade Anhanguera-Uniderp - REDE LFG - 2013.

VILLELA, Fábio Goulart. *Manual de Direito do Trabalho: teoria e questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NOTAS:

[1] “Em decorrência dessa conexão histórica, material e lógica entre trabalho livre e trabalho subordinado, percebe-se que as relações jurídicas escravistas e servis são incompatíveis com o Direito do Trabalho. É que elas supõem a *sujeição pessoal* do trabalhador e não a sua subordinação. (DELGADO, 2013, p. 82).

[2] http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/e624f899-6a3d-431b-9c39-36a4ebfc9347/!ut/p/z1/rVNNc5swFPwrXDiqEkhGcCROxsWU1K6d2nBhnoWwac1HQPW0_fWV3PqSaSCdKSd97Fu93bfgDO9x1sClOoKq2qbOep9m

[Xu4sClvuPpJ4Ea84CddO8hAtHHdOON6NAWI2w9nI9f1UPeVT9Z9xhjPRqE6dcFp3yiYDnMEqpFXVXS-bAWyij62mVZWoYLCJ9FxFW-kGAPKAFYtQ5oEDQAFEPmDyUIqCMG9JOVAVO34QeF3E KmLSRAMw9eSVLyS6PpvyaRxx5jT1SKqb5PnjmkWLuw2JfW-pGTw_jOJgRR43M7wxHLt5kq8inDpmM9_g_Fz9t0nYSxjMXEL1DQS0Ntn2clDzqbUeBtHDRZ-EopV6QslqayHr5bUhbIZ8tlf8-iwc5btCUo87BBBzyhlizAtQ4PMDltwthSqEcQlfp5eThmnFVRfnp-zUMesbZT8rvD-KghuguAmSN06ljdBYAQZCrdP5slRhwrUCVVN2eL9Szte_0aP-sz4H5_Iz3Lqfj9vb83cb_qzn_5C3dTkevpq6fapz8q9PWTT6hezs6XD-9_bst65yu0_gXz8VWI/dz/d5/L3dHQSEvUUtRZy9nQSEh/](http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590001). Acesso em: 13 out. 2017.

[3] Informações disponíveis em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/8ad011e8-210e-411e-ae69-99de23a21614!/ut/p/z0/jY7NTsMwEAZfJRxytLx2o_wcS1tFJYqAW-oLWpwlNaR2GpsK3h6HI6KI2-6n0Wi44h1XFi9mwGCcxTH-B5U_iRqy_e09NHXzUMD6UbS7fS3kBgp-x9V1oNkWi0HO7aYduJowHJmxL453YcZnHI8ula9nvMQFtSO_0Ob1fFZrrrSzgT4C705TSAFnQp_0IGB4R40uhZ-KyHwr_ixakn8vKrEHLahkUgCXLJ4MKa9YVfUkVyhFLrLreR5HXOrMaZrJekwhzol1wWiDPoV_2ac3dShD-bkah5svobEyNw!!/. Acesso em: 12 out. 2017.

[4] <http://trabalho.gov.br/component/content/article?id=4428>. Acesso em: 13 out. 2017.

PARENTESCO SOCIOAFETIVO NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS E OS REFLEXOS JURÍDICOS COM O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

MARISSOL GALVÃO GODOY: Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).

VINICIUS PINHEIRO MARQUES(Orientador) [\[1\]](#)

Resumo: O presente artigo tem por finalidade analisar a família formada pela afetividade, denominada reconstituída com foco na multiparentalidade e seus efeitos, considerando alguns artigos científicos, doutrinas e jurisprudência acerca do tema. Com o surgimento de novos tipos de famílias, o reconhecimento do direito do filho afim e dos pais afetivos de regulamentar o vínculo existente. Nasce o conceito de multiparentalidade, que é a possibilidade de coexistência da filiação socioafetiva juntamente com a filiação biológica, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e os vínculos da afetividade. Uma vez que esse fenômeno já é uma realidade social, importante faz-se analisar as regulamentações jurídicas sobre assunto.

Palavras-chave: afetividade; efeitos; família; multiparentalidade.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the family formed by the affectivity, denominated reconstituted with focus on multiparentality and its effects, considering some scientific articles, doctrines and jurisprudence on the subject. With the emergence of new types of families, and the recognition of the right of the related child and affective parents to regulate the existing bond. The concept of multiparentality is born, which is the possibility of coexistence of socio-affective affiliation together with biological affiliation, in view of the principle of the dignity of the human person and the bonds of affectivity. Since this phenomenon is already a social reality, it is important to analyze the legal regulations on the subject.

Keywords: affectivity; effects; family; multiparentality.

Sumário: Introdução. 1. Vínculos por parentesco e filiação socioafetiva. 2. Família recomposta 3. Multiparentalidade. 3.1 A extensão jurídica do

reconhecimento da multiparentalidade. 3.2 sucessórios. 3.3 alimentos. 3.4 previdenciário. 3.4 Eleitorais. 4. Visão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema de repercussão geral. 5. Reflexos negativos do reconhecimento. Conclusão. Referência

INTRODUÇÃO

O laço afetivo criado pelo cotidiano, relacionamento de carinho, companheirismo, dedicação, doação entre pais e filhos se torna fortalecido na sociedade. As transformações sociais modificam a forma de agir e de pensar das pessoas, quando se trata de família, um agrupamento cultural, que longo do tempo vem incorporando novos valores e formas de aglutinação, remodelando assim sua estrutura.

Diante da realidade social, o rompimento do laço familiar tradicional de pai, mãe e filhos oriundos do casamento, ganhou grande força com a lei de divórcio de 1977 que facilitou o grande número das dissoluções matrimoniais, com isso, surge a figura necessária de uma nova conjuntura familiar, com novas pessoas, essa situação foi se repercutindo até chegarmos na família recomposta aquela formada por pai, mãe e filhos de outrem, que agora se torna nossos.

Diante disso, as normas que regulam nosso ordenamento jurídico não pode ficar imutável no tempo, se exige uma releitura da nossa codificação civil em todos os aspectos, pois, deve estar em alerta para amparar e garantir os direitos dessas novas relações familiares

A Constituição Federal de 1988, levou em consideração que o conceito de família tornou-se plural, respaldando não somente aquela surgida do matrimônio tradicional, entre homem e mulher, mas também a decorrente da união estável, conforme artigo 226, § 3º, e a monoparental, com fundamento no artigo 226, § 4º.

O foco ao abordar esse trabalho, é o afeto no centro da formação familiar na qual abrange uma relação de carinho que se tem com alguém e os efeitos e reflexos da multiarentalidade, novo instituto que surge no

decorrer da constituição dessas famílias. Analisar as obrigações e deveres estabelecidas entre pais afins e pais biológicos e o reconhecimento da filiação em dúplice, inclusive no direito registral. Embasados nas doutrinas, artigos científicos e jurisprudências acerca do tema.

1. VINCULOS POR PARENTESCO E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Família é o núcleo de um corpo social orientada pela necessidade do ser humano em estabelecer relações afetivas. Por muito tempo se manteve ligado a um contexto histórico conservador, onde, o casamento era o meio juridicamente reconhecido de se constituir família e considerado como indissolúvel, simbolizado através da união de um homem e uma mulher que geram filhos. Rotulado por um sistema patriarcal onde o pai era o provedor, o centro da organização familiar, o único responsável pelo sustento da família, já a mulher cabia o papel de educador os filhos e cuidar da casa. Esse ritmo se perpetuava ao longo das gerações, os filhos cresciam enraizados nessa cultura e saíam de casa, para casar-se e começar a mesma história, formando um padrão familiar socialmente aceito.

Durante décadas a legislação brasileira tentou preservar arduamente a instituição da família tradicional e os laços sanguíneos entre os parentes. Uma vez que, só considerava-se filho, possuidor de direitos, aquele advindo dentro de uma união conjugal, denominado de filho legítimo. Logo, aquele que não vinha nesse cenário era considerado ilegítimo, não detendo os mesmos direitos. Ainda, vedava ou criava impedimentos para o rompimento do matrimônio e adoção, ignorando a importância do afeto.

Porém, o modelo tradicional de família como na época de nossos pais, foi perdendo sua referência. As constantes mudanças sociais ao longo das décadas provocaram modificações radicais que hoje pouco se acompanha um modelo padrão, a sociedade foi se reinventando, formando uma nova cultura social e jurídica, baseada na forma de convívio e afeto, menos concentrada em tabus e preconceito.

Hoje a realidade é diferente, a mulher veio galgando pouco a pouco o seu espaço no mercado de trabalho e no meio social, hoje ela também é

provedora do lar, já não é submissa ao casamento como em outra época e em conjunto com o surgimento da Lei do Divórcio de 1977, o casamento deixou de ser algo inseparável, que foi um fator preponderante para tamanha incidência dos divórcios. Com isso, mães e pais solteiros é cada vez mais comum, casais homossexuais começaram ter o direito a adoção, entre várias outras mudanças, que provocaram formações de familiares oriundas da afetividade.

Por se tornar impossível a inobservância de tamanhas mudanças naturais, surge a necessidade de releitura dos conceitos e institutos jurídicos. Logo, a Constituição Federal de 1988, levou em consideração de uma forma expressa, outras maneiras de se considerar uma entidade familiar, estruturas de parentescos, que consiste na união de pessoas em virtude do viver comum, seja por vínculo biológico aquela que decorre da genética, não havendo qualquer dificuldade na sua conceituação, adoção, casamento, afinidade ou a qualquer relação afetiva fundada na posse do estado de filho. No que se refere à família, Leite (1997) entende que a Carta Magna brasileira reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade brasileira, constitucionalizando valores que já estavam presentes no meio social, mas que estavam represados na doutrina e na jurisprudência pátria.

Após esse avanço do Direito, o instituto da família foi integralmente reformulado. A Lei Maior, trouxe em seu artigo 226 e parágrafos, o reconhecimento de alguns modelos de entidade familiar, podendo ser por meio do casamento religioso, união estável, família monoparental, aquela formada por apenas por um dos genitores e este lhe cabe o sustento, educação e criação de seus descendentes.

Considerando também de uma forma implícitas, a família anaparental, formada sem pais e a família socioafetiva, enlace criado pelo feto. Constitucionalizando assim o Direito de Família. Ainda determina que não pode existir tratamento diferenciado entre os filhos, com base aos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade de condições entre os filhos. O Código Civil dispõe em seu artigo Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os

mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ao reconhecer as novas estruturas familiares, abre um leque para inúmeros modelos, com base principalmente na tutela jurídica do afeto, não tendo mais o casamento como meio principal de se constituir família, com a dissolução do matrimônio as pessoas passaram a ter a liberdade de se relacionar novamente e formar nova família, levando toda a bagagem de uniões anteriores inclusive os filhos.

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade independentemente de sua conformação. (DIAS, 2013, p.42).

Não obstante, é possível presumir que o afeto com relação de carinho e cuidado na convivência, está sendo o centro da formação familiar. Uma relação fundamentada no elemento primordial que é o amor, os pais tratam a criança originária de outra relação como se filho fosse. De fato essa relação afetiva, deu contornos para a teoria da parentalidade sócioafetiva, tendo em vista, que ela não depende da exclusiva relação biológica ou laços civis.

O parentesco socioafetivo recolhe, de um lado, a dimensão social do fenômeno familiar, no que tange sua exteriorização perante o meio em que a comunidade familiar se insere e, de outro, a dimensão afetiva, que se reflete na convivência centrada na solidariedade entre os sujeitos que integram a relação. (FACHIN, 2012, on line).

Por afeto, temos como presunção um elemento concentrado nas demonstrações de amor que um ser humano apresenta a quem ama, com sentimentos de ternura, carinho e simpatia que alicerça o vínculo familiar. Atualmente as relações afetivas tendem balizar os projetos familiares e, nesse sentido, conduzem à assunção da responsabilidade pela constituição

das famílias. “Afetividade assumiu paulatinamente importância crescente nas questões familiares, eis que mesmo na família tradicional acabou por ser considerada digna de atenção e exercício efetivo” (CALDERON, 2013, p. 204). Nessa perspectiva o afeto se tornou um princípio jurídico fundamental.

O princípio da afetividade possui uma dupla face cuja compreensão auxilia na exata percepção do seu sentido. A primeira delas é a face de dever jurídico, voltada para as pessoas que possuam algum vínculo de parentalidade ou de conjugalidade. Essa face do princípio vincula tais pessoas a condutas recíprocas representativas da afetividade inerente a tal relação. A segunda faceta do princípio é a face geradora de vínculo familiar, voltada para as pessoas que ainda não possuam um vínculo reconhecido pelo sistema, pela qual a incidência do princípio da afetividade consubstancia um vínculo familiar entre os envolvidos. Esta particularidade abarca a noção da posse de estado. Ou seja, a presença de um dado conjunto fático faz incidir o princípio da afetividade de modo a configurar, a partir de então, um vínculo familiar. (CALDERON, 2011, on line)

Ter a afetividade como princípio é fundamento do respeito à dignidade humana, que norteia as relações familiares e a solidariedade familiar. São identificados na Constituição quatro pontos essenciais do Princípio da Afetividade: a) a igualdade de todos os filhos independente da origem; b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direito; c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família; d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Diante de tais fundamentos que tutelam o afeto, a parental idade sócio afetiva gera um espaço para a concretização da filiação socioafetiva que se descreve pela própria vontade de amar, de exercer uma condição paternal ou maternal. Na qual cumpri a mesma condição do estado de filho biológico. Esse tipo de filiação se funda na proteção da personalidade humana,

protegendo a formação da identidade e personalidade da criança, tem-se a necessidade de criar e manter uma estabilidade familiar fazendo com que se atribua papel secundário a verdade biológica.

O Código Civil em seu art. 1593, de forma implícita traz uma brecha para o reconhecimento da filiação socioafetiva, nas palavras de Maluf e Maluf (2016, p. 4) “ao utilizar a expressão ‘outra origem’, abre-se espaço para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, em que, embora não haja laços de sangue, está presente a afetividade, tão ou mais reconhecida e valorizada atualmente do que o vínculo consanguíneo”.

Tendo em vista que o parentesco pode ocorrer de ordem natural ou civil e nem sempre a filiação é reconhecida civilmente, a posse do estado de filho que caracteriza no mundo jurídico a filiação socioafetiva. Já temos casos concretos decorrentes do reconhecimento afetivo adotados por nossa jurisprudência como é o caso da Apelação Cível AC nº 70040743338 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PREVALÊNCIA DA RELAÇÃO SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA. DESCONSTITUIÇÃO REGISTRO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA. Demonstrada a existência de vínculos socioafetivos entre as partes, improcede à desconstituição do registro civil. Não obstante a inexistência do liame biológico, há o vínculo socioafetivo, demonstrado pela relação de afeto existente, sendo este o aspecto determinante para o reconhecimento do estado de filiação.

A posse do estado de filho é evidenciada através do dia-a-dia construído a base de carinho pela forma com que trata-se o filho, os cuidados, como assistência financeira, psicológica, moral e afetiva, incluindo também a forma como torna público a condição dessa filiação perante a sociedade para que se creia de fato que ela existe. Levando em consideração o sobrenome desse pai dado ao filho, toda via, alguns doutrinadores acreditam que esse elemento, pode ser descartado por não

possui grande valor na configuração da posse de estado de filho, podendo ser configurada sem a utilização de registro. Portanto, para a caracterização do estado de posse de filho é necessário a manifestação desses três elementos para ser configurado, trato, fama e nome se possível. Fachin (2012, on line) entende nesse sentido que:

O instituto de que se está a tratar, para a sua caracterização exige que estejam presentes no caso concreto certas qualidades, que ofereçam segurança na afirmação da posse de estado. Há que existir notoriedade do estado de filho, ou seja, a posse de estado deve ser objetivamente visível no ambiente social. Outra qualidade necessária é a continuidade, ou seja, deve apresentar-se uma certa duração que revele estabilidade. Por derradeiro, esses fatos notórios e contínuos não devem gerar equívocos acerca da filiação.

Levado em consideração que a filiação socioafetiva não se comprova por meio de exame, ela se torna um pouco mais complexa e criteriosa para ser comprovada. Por isso, faz-se necessário, comprovar a existência não só dos elementos constitutivos da posse de estado de filho, mas há que se provar também a presença da vontade indubitável das partes de serem pai e filho, e o afeto predominante.

O reconhecimento desses requisitos ocorreu na V Jornada de Direito Civil, realizada no CJF em 2011: Enunciado 520: Art. 1.601. O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida e Enunciado 519: Art. 1.593. O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais. (SILVA, 2016, on line).

Nesse sentido Viana (2014, p. 193) afirma que:

A posse de estado de filho é, de fato, requisito essencial para configuração da paternidade socioafetiva, contudo não é o único. Imperioso se faz avaliar criteriosamente se existe o elemento determinante para estabelecimento, qual seja: vontade. Assim, presentes os requisitos já trabalhados – fama, tratamento e nome – e a vontade de serem pai e filho, com base no reconhecimento recíproco e exercício da função paterna estar-se-á diante de uma verdadeira relação paterno-filial.

Enfim, a filiação socioafetiva abraça todos os direitos e deveres originários com seu reconhecimento, Isto é, partindo da ideia que a relação paternal reflete na construção da personalidade e a identidade do filho, depois de todo um convívio, uma vida formada nesse seio familiar, em prol da proteção ao bem estar dele e da segurança jurídica, a doutrina e jurisprudência aos poucos vem entendendo a impossibilidade da desconstituição da paternidade fundada na socioafetividade. Assim trata o acórdão, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) por ocasião no julgamento do recurso especial nº 1059214-RS, 2008/0111832-2, *in verbis*:

Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse

do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido.

Isso exposto, conclui-se que o vínculo afetivo é irrevogável e irrenunciável, isto é aquele que reconheceu como se filho fosse não pode romper a qualquer tempo esse vínculo depois de estabelecida a socioafetividade. Porém, pode ocorrer demanda específica para a desconstituição da paternidade socioafetiva, somente em casos específicos que ainda não tenha concretizados os requisitos de existência da referida paternidade, já mencionados. Desta feita, através da garantia do acesso à justiça, do subjetivismo do Direito e do Processo Civil como meio adequado para o procedimento judiciário ao caso concreto, realizando uma das funções do Estado que é a função jurisdicional dirigida, organizada e efetivada pelo poder judiciário através do Juiz. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já proferiu decisão a cerca da matéria

APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO. VÍCIO DE VONTADE NÃO COMPROVADO. IRREVOGABILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGURADA. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irretroatável, e não cede diante da inexistência de vínculo biológico, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para desconstituir o vínculo voluntariamente assumido. 2. A relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre

pais e filhos ligados por laços de sangue. Inteligência do art. 1.593 do Código Civil. Precedentes. Negaram provimento.

2. FAMÍLIA RECOMPOSTA

O casamento com o tão sonhado *até que a morte os separe* até dado tempo tinha como finalidade a manutenção do patrimônio que era o principal embasamento desse vínculo, certo que o afeto não era predominante para esse núcleo familiar, e dessa forma as uniões se tornavam mais longevas e estáveis, a família era vista como bem explicado nas palavras de Perrot (1991, p. 104). “A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, era um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico herdado transmitido, um fluxo de propriedades que dependia, em 1º lugar, da lei”.

Com as transições sociais o patrimônio deixou de ser a essência das relações pessoais. A facilidade de se desfazer o matrimônio e a liberdade de formar nova união, possibilitou um fato frequente na sociedade a conjuntura de novas famílias levando consigo um histórico de uma outra união, bens e os filhos. Com isso, o vínculo afetivo tornou-se requisito essencial para a configuração das novas famílias.

A respeito desse assunto relata uma pesquisa do Censo 2010, publicada na Revista Veja, sobre a situação detalhada dos casais formados por pessoas divorciadas e dos lares em que os filhos são de apenas um dos cônjuges.

[...] A composição de casais com filhos ainda representa a maioria das famílias brasileiras, apesar da queda significativa nessa fatia da população: foi registrada redução de 63,6%, em 2000, para 54,9% em 2010. O Censo também mostra que, apesar de os solteiros ainda responderem por mais de metade da população, 55,3%, entre as pessoas com 10 anos de idade ou mais, foi entre os divorciados o maior aumento observado de uma década para outra: o índice quase dobrou do levantamento feito em 2000 para o atual, passando de 1,7% para 3,1%. Se somados com o número de desquitados e separados

judicialmente, esse grupo chega a quase 5% dos brasileiros. [...]”Arte Censo 2010 – Famílias (VEJA)”

[...]De acordo com os dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) obtido no último censo realizado em 2010, 16% das famílias brasileiras são famílias reconstituídas, “2,5 milhões de enteados moram com padrastos e madrastas, 36,4% dos casais não oficializaram a união nem no civil nem no religioso, 3,1% da população brasileira é divorciada, 881 mil lares têm homens vivendo com filhos, sem cônjuge [...].

Após uma separação, os genitores se reorganizam em um molde de família monoparental, sendo composta por um deles e sua prole, que por consequência da necessidade do ser humano em relacionar-se afetivamente, proporciona mais uma vez a constituição de um novo ente familiar, a denominada recomposta. Agora passa a existir novas relações parentais, novo enlace, novos irmãos, e a efígie de um padrasto ou madrasta, que irão ocupar o déficit desse pai ou mãe biológico dentro do quadro familiar. Essa relação criada se movimenta plenamente pelo afeto.

A figura da família recomposta ou constituída nasce desse fenômeno, em face do aumento de separações, divórcios e dissoluções de união estável. Viabiliza a concepção de outras, que foram rompidas por entender que não havia mais condições de manter aquele núcleo. Dando origem a vários arranjos, sendo necessária apenas a presença de filhos, que é de apenas um dos pares do casal ou dos filhos de um e de ambos. Ao entrar nessa nova esfera familiar passa a ser como no dito popular “Os seus, os meus e os nossos”. Interessante ressaltar que a família recomposta pode tanto ser formada pelo genitor guardião, como por aquele que não a possui.

Esta noção contempla não só o grupo integrado pelo genitor que tem a guarda dos filhos de um vínculo anterior, mas também o conformado pelo genitor que não a tem, porque a lei, independentemente da convivência, considera parente por afinidade, em linha reta, descendente de primeiro grau, o filho do cônjuge

proveniente de uma união anterior (CC, art. 1.595, 1).
(GRISARD FILHO, 2008, p. 257).

Na família de origem primária, os laços de parentesco e os papéis são bem definidos, pai, mãe, irmãos, avós, tios, primos. Já nas reconstituídas, ao longo do tempo e no decorrer da convivência que vão construindo seus papéis, assim, vão se concretizando e definindo suas regras e funções, isso faz com que elas demorem um pouco para se solidificar. Uma vez que, se conectam por meio do amor, carinho, desejo de cuidado e tais laços são duplicados, dois pais, duas mães, meio-irmão, outros avós, tios e primos, tais fatos, ampliam as repercussões jurídicas, no que diz respeito aos papéis parentais e exercício do poder familiar. A afetividade desloca-se dos vínculos biológicos e registra-se, nasce da convivência da posse do estado de filho.

Grisard Filho (2008), segue explicando a relação de parentesco existente nas famílias reconstituídas: O novo marido da mãe chama-se padrasto, a nova esposa do pai chama-se madrasta e o filho do cônjuge ou companheiro chama-se enteado ou enteada. As relações que se estabelecem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro constituem um parentesco por afinidade, na dicção do artigo 1595 do Código Civil. Decorrendo da Lei, pois, este parentesco, é natural e lógico que dele derivem as novas denominações de pai afim para padrasto, de mãe afim para madrasta e de filho ou filha afim para enteado ou enteada.

Em prol da tutela desse ajuste familiar a carta magna de 1988, em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente, permitiu um amparo integral do Estado para com os filhos, nesse enquadramento familiar. Passando os pais a terem mais deveres do que direitos, pois, possuir a responsabilidade de ser pai ou mãe deslocou-se além de uma obrigação moral como também legal. Resguardando o melhor interesse da criança, visto que a afetividade é o ponto central das mudanças sociais, e tido como princípio constitucional.

A partir do momento que toma como se filho fosse, o filho de outrem numa estrutura familiar, assumindo a posse do estado de filho, evidenciando o papel de pai, o reconhecimento da filiação gera todas as obrigações para com este filho, pois a legislação buscou proteger o filho advindo de uma

família primitiva, para que caso venha ocorrer outra ruptura nessa relação ou falecimento, este esteja amparado não só nos deveres afetivos como os deveres de assistencialismo e também podendo cumular as paternidades biológica e afetiva.

3. MULTIPARENTALIDADE

Nesse contexto das famílias unidas pelo simples afeto, temos vários estereótipos de família, a pluralidade de vínculos parentais desencadeada pela fusão dos vínculos biológicos e afetivos. Faz com que seja necessário definir novas organizações no ordenamento, em prol da proteção e segurança jurídica. Frente à Constituição de 1988 grandes mudanças foi trazida pela Carta ao Direito de Família e principalmente a observância do princípio da dignidade.

A família é, efetivamente, realidade sociológica, que antecede o direito, não sendo possível aprisioná-la a conceitos ou modelos fechados e formalmente instituídos. Essa família como realidade sociológica é plural, como plurais são as aspirações afetivas que instituem o fenômeno familiar. (FACHIN, 2012, on line).

Em proteção a essas relações promovendo esse princípio que pode ser definido como um valor intrínseco à condição humana, independente de origem, condição financeira, orientação sexual ou qualquer outro atributo. Dias (2011, p. 61) define a dignidade como:

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais (“...”). É de valor nuclear da ordem constitucional, responsável pela chamada despatrimonialização dos institutos jurídicos, que se voltaram todos para a realização da personalidade dos indivíduos.

Acerca de tal princípio, Teixeira e Rodrigues (2010), entendem:

O princípio da igualdade garantido na Constituição opera em dois planos distintos. De um lado, perante o legislador, impedindo que ele configure hipóteses normativas de modo tal que se dê tratamento distinto a pessoas que, de todos os pontos de vista legitimamente adotados, encontrem-se na mesma situação, ou, dito de modo diverso, impedindo que se outorgue relevância a circunstâncias que não podem ser levadas em consideração em virtude de proibições sistematicamente construídas na Constituição. Ou, ainda, porque não guardam relação alguma com o conteúdo da regulamentação, que, ao incluí-las na hipótese normativa, incorre em arbitrariedade e é, por isso, discriminatória. De outro lado, a igualdade perante a lei obriga que esta seja aplicada de modo igual a todos aqueles que se encontrem na mesma situação, sem que o aplicador possa estabelecer diferença em razão das pessoas ou de circunstâncias que não estejam contempladas na norma.

Além do princípio da dignidade, o afeto também valorado como princípio norteador do direito de família, aflora a afetividade como elemento nuclear do instituto família, quebrando o protótipo que valorava apenas as relações de consanguinidade.

Tartuce (2014, p. 86) explica que o afeto atualmente é visto como o principal fundamento das relações familiares. “Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana”.

Farias e Rosenvald (2015, p. 120) também defendem o afeto como valor jurídico tutelável. “É que, compreendida com entidade tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz a família consigo uma nova feição, agora fundada no afeto e na solidariedade.”

Logo, as famílias recompostas símbolo do afeto, reflexo da liberdade de constituição e dissolução das entidades conjugais, ao formar novo vínculo

de convivência, nascem laços afetivos de comprometimento, de carinho, de amor, de cuidado no qual se passa respeitar cada um nos papéis que lhes cabem nessa família afetiva. Situação corriqueira no dia a dia. A inserção de um novo pai ou mãe na vida desse filho, de modo que o novo vínculo não exclui o primeiro, tanto que a regulamentação da coexistência de pais afins e biológicos se tornou necessária, para preestabelecer os direitos e deveres de cada um para com a filiação desencadeando a figura da multiparentalidade.

Cassettari (2015, p. 169) A multiparentalidade pode existir em diversas oportunidades “tais como nos casos em que for possível somar a parentalidade biológica e a socioafetiva, sem que uma exclua a outra”. Ela aparece quando há aglutinação dos vínculos biológicos e afetivos onde existe uma sociedade harmoniosa em prol do interesse da criança ou do adolescente. Na qual possuem participações mutua na vida desse filho compartilhado. Recaindo lhes todos os encargos do poder familiar em dúplice. O julgado do tribunal de Justiça de Roraima de 2014 abaixo nos trás um parâmetro de como vem sendo tratando a matéria, *in verbis*:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. EXAME DE DNA. PAI BIOLÓGICO QUE VINDICA ANULAÇÃO DO REGISTRO DO PAI REGISTRAL. EXCLUSÃO DO NOME DO PAI REGISTRAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INCLUSÃO DO PAI BIOLÓGICO SEM PREJUÍZO DO PAI REGISTRAL. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA. FAMÍLIA MULTIPARENTAL. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. 1. Resguardando o melhor interesse da criança, bem como a existência de paternidade biológica do requerente, sem desconsiderar que também há paternidade socioafetiva do pai registral, ambas propiciadoras de um ambiente em que a menor pode livremente desenvolver sua personalidade, reconheço a paternidade biológica, sem, contudo, desfazer o vínculo jurídico oriundo da paternidade socioafetiva.

Almeida e Rodrigues Júnior (2010, p. 382) confirmam esse pensamento e afirmam que em síntese:

Parece permissível a duplicidade de vínculos materno ou paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico preestabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento de paternidade ou maternidade biológica.

A associação dos vínculos se tornou relevante, de tal forma que os pais afetivos conquistaram a possibilidade da inclusão de seu sobrenome no registro do filho afetivo, desde que não haja prejuízo de seus próprios apelidos de família, haja concordância do pai ou mãe afim e seja o pedido, judicial. O julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, tratou do tema a seguir:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PEDIDO DE INCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO PADRASTO DO AUTOR. SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. APLICAÇÃO DO ART. 57, § 8º, DA LEI DE REGISTROS PUBLICOS. Na hipótese dos autos, o autor pediu a retificação de seu registro civil para a inclusão do patronímico de seu padrasto, por ter sido ele a pessoa que lhe prestou assistência moral e material desde sua tenra idade. A imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina, buscando atender a outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses. Assim, a despeito de a Lei de Registros Públicos prever no art. 56, que o interessado, somente após a maioridade civil, pode alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, a menoridade, por si só, não implica em obstáculo à alteração pretendida, desde que

plenamente justificado o motivo da alteração. "O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família" (art. 57, § 8º, da Lei 6.015/73). O pedido formulado pelo autor é juridicamente possível.

Com a promulgação da Lei n. 11.924/09, que remodelou a Lei de Registros Públicos para autorizar ao enteado a inclusão do sobrenome de família do padrasto ou da madrasta. O § 8º do art. 57, que trata sobre a alteração de nome, passou a contar com o seguinte texto:

Art. 57. § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja, expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Trata-se de um diploma que confere à relação enteado/padrasto plena relevância no âmbito do Direito de Família, ao autorizar que tais figuras compartilhem um dos mais importantes sinais de exteriorização de uma entidade familiar: o nome de família. Com a possibilidade de compartilharem o mesmo nome de família, reconhece-se que enteado e padrasto podem integrar a mesma estrutura familiar, tendo entre si relações familiares diretas. Um passo à frente da ideia do padrasto como mero parente por afinidade.

O que se trata de uma evolução nessas seara, e a formalização da posse do estado de filho. Como dispõem Teixeira e Rodrigues (2010) a lei autorizou a cumulação de patronímicos de modo que o nome – por definição, projeção social da personalidade – reflita exatamente o estado familiar da criança ou do adolescente, ou seja, se várias pessoas desempenharem

funções parentais em sua vida, que o nome possa exteriorizar seus mais diversos estados de filiação.

Certo é que ao elaborar a citada norma, pretendia o Deputado fortalecer os laços da família sócioafetiva, e ainda dar direito ao enteado de declarar em mais alto nível seu afeto, amor, por seu padrasto ou madrasta. Tal regulamento traria harmonia para estas relações, derrubando por terra a imagem negativa dos padrastos e madrastas.

Assim, tem se a possibilidade de no registro do filho a presença de dois pais ou duas mães, nos casos que envolvam conflito de vínculos, não se mostra razoável impor a prevalência de uma paternidade em detrimento de outra, o melhor caminho a se seguir é a multiparentalidade, que se dá pela cumulação das paternidades, pois se todos são iguais perante a lei não é certo fazer distinção entre pai e filho, valorando o afeto para um ou para outro, já que existe importância desse valor jurídico para ambas as partes (CASSETTARI, 2015).

4. AS EXTENSÕES JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Quanto aos efeitos gerados frente ao reconhecimento da multiparentalidade, temos reflexos nas relações de parentesco, uma vez, que até o quarto grau e em linha reta colateral se produz efeitos patrimoniais e jurídicos, envolve toda a família dos pais biológicos e afetivos, recaindo as disposições expressas em lei que regulamentam o instituto da família.

Assim como no parentesco natural, o socioafetivo tem os mesmos efeitos, pode haver o registro do nome da família e impedimentos no meio civil, lhe recaem direito e obrigações quanto a alimentos, sucessão, previdenciário até eleitorais e que de tal forma deve ser minuciosa ao reconhecer a socioafetividade pois afeta terceiros alcançados pelos dever de solidariedade entrelaçadas nas relações de parentesco.

Conforme o princípio de igualdade expressamente no artigo 227, § 6º da CF “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”. Isto exposto, independentemente da forma de reconhecimento dos filhos, podendo ser naturais, afetivos ou multiparentais, possuem os mesmos direitos.

Quanto ao direito sucessório, pelo fato de não poder haver diferença no âmbito jurídico sobre a forma dessas relações, uma vez, estando reconhecida a multiparentalidade, no momento da transmissão da herança, encontra-se formada a linha de chamamento sucessório, o filho multiparental é herdeiro necessário de cada pai ou mãe que tiver.

Silva (2017) Ainda que determinada pessoa não seja expressamente reconhecida como filho pelo eventual parente socioafetivo, se esse cuidou publicamente desse indivíduo, sem qualquer formalidade, suprimindo-lhe todas as suas necessidades, não restam dúvidas que a relação pai/filho ou mãe/filho se faz presente. Consequentemente, uma vez presente o estado de filho, o direito sucessório é indiscutível.

O parentesco socioafetivo contempla os mesmos efeitos do vínculo consanguíneo, em vida - direito de guarda, direito de ter a companhia do filho ou vulgarmente chamado direito de visitas, dever de educação e dever de sustento ou obrigação alimentar – sucessórios - direitos hereditários, incluindo o direito à legítima. (SILVA; TAVARES, 2015, on line).

Seja qual for a natureza da filiação, os filhos possuem os mesmos direitos e deveres, logo, a sucessão por parte de um indivíduo que veio a tornar-se filho devido aos laços afetivos criados, se torna possível perante a igualdade da filiação. O código civil garante essa isonomia em seu artigo 1.835: “Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.”.

Silva (2017) Com efeito, um indivíduo que possua, por exemplo, dois pais, não podem ser privados de seus direitos de herdar bens de ambos, uma vez que, aos olhos do próprio ordenamento jurídico, a filiação é absolutamente legítima. Ademais, limitar o direito sucessório deste indivíduo seria ferir a própria lei, caracterizando uma espécie de discriminação absolutamente infundada. Contudo, devemos ressaltar que, ao indivíduo que possua múltiplos genitores ou genitoras, é ressalvado o direito de renúncia, ou seja, ele possui plenamente o direito de herdar de todos os pais e mães, porém também possui o direito de renunciar a essa herança.

No entanto, o segundo argumento, acima exposto, que conduz à resposta da negação da paternidade socioafetiva, não socorre os interesses materiais dos herdeiros do falecido, de modo que, via de regra, se o pai registral não o impugnou em vida, não haverá como desfazer o vínculo sucessório. (TAVARES, 2016)

Ressalte-se que a renúncia à herança é assunto absolutamente distinto de uma eventual proibição legal, o ordenamento jurídico não veda que um único indivíduo herde bens de múltiplos pais ou mães, porém a este indivíduo é assegurado o direito de, imotivadamente, renunciar a essa eventual sucessão.

Quanto aos alimentos, deve se levar em consideração que o propósito é fornecer o essencial à subsistência da pessoa, não podendo enriquecer aquele que deles faz uso. Nessa conjuntura paterna filial, o filho pode requerer alimentos de qualquer um dos pais ou dos dois concomitantemente, de modo que cada um dos pais contribua de acordo com a sua possibilidade e de maneira proporcional atendendo sempre o princípio do melhor interesse do menor e a possibilidade do pai, apenas para contribuir com o seu desenvolvimento.

Seguindo o mesmo rumo, da mesma forma que um pai deve prestar alimentos à seus filhos, seja um ou dez, na multiparentalidade, os filhos deverão fornecer aos pais os alimentos caso necessitarem. Seguindo o pensamento de Monteiro (2007) também têm direito a alimentos os pais perante os filhos. Seria realmente coisa escandalosa ver um o filho negar alimentos ao pai, dando, por assim dizer, a morte a quem lhe deu a vida.

No art. 1.696, está disposto que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, além de recair nos demais ascendentes, segundo o grau de parentesco. O mesmo se aplica ao art. 1.697, regula que na falta dos ascendentes, ou seja, parentes biológicos, civis ou socioafetivos, a obrigação alimentar será transferida aos descendentes que guardam, obviamente, o mesmo tipo de parentesco que os ascendentes mencionados no art. 1.696.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu que o direito à igualdade formal e material presentes na Constituição Federal deve permear a relação de perfilhação existente nas famílias recompostas, considerando como filhos todos os que efetivamente se portem como pais e filhos.

Em síntese, pelo princípio da supremacia do interesse da criança e do adolescente e pela predileção do ordenamento jurídico brasileiro pela verdade socioafetiva, a manutenção da obrigação alimentar dos pais é assegurada não apenas pelo assento constitucional do artigo 229, como também expressa no Código Civil em seu art. 1.634 e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 22. Sendo assim, com a dissolução da união conjugal não há possibilidade da renúncia da paternidade socioafetiva. Não se pode falar em distinção entre os filhos biológico e afetivo, sendo então assegurados os mesmos direitos e deveres para com seus ascendentes e descendentes (SANTOS, 2017).

Quando se refere à multiparentalidade para o Direito Previdenciário, Santos (2017, on line) entende que “estes podem ser observados quando do seu reconhecimento, visto que, nesses casos, o filho se torna dependente de, no mínimo, três pessoas, por exemplo, dois pais e uma mãe”.

O filho afetivo tem direito a receber de forma cumulada no mínimo três pensões por morte. Independentemente do regime de previdência social que os pais pertença, se todos os assegurados chegar a falecer. Muito embora a legislação ainda seja omissa quanto à hipótese de cumulação desse benefício no caso de morte dos pais.

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Os efeitos jurídicos referente ao reconhecimento da paternidade socioafetiva trazem consequências não só o campo jurídico como para com a sociedade em geral, pois a extensão da família afetiva reflete também no Direito Público, quando esse alcança o direito eleitoral com a aplicação da inelegibilidade para os filhos socioafetivos. A Constituição Federal de 1988 disposição em seu artigo 14:

Art.14: § 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

5. A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

As evoluções pessoais impõem determinada intervenção da doutrina e dos tribunais para adequar e regulamentar a realidade de fato da sociedade que está em constante transformação. Divisão de paternidades biológica versus afetiva derivando as relações de múltiplos afetos. “Esses novéis conflitos familiares refletem alguns dos desafios que as múltiplas relações interpessoais apresentam aos juristas. No complexo, fragmentado e líquido cenário da atualidade, a possibilidade de pluralidade de vínculos parentais é uma realidade fática que exige uma acomodação jurídica” (CALDERON, 2017, ON LINE).

Com base nisso, o Supremo Tribunal Federal, em sede da Repercussão Geral nº 622, com a relatoria do ministro Luiz Fux firmou, por maioria de votos, a seguinte tese: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação

concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

A tese **de Repercussão Geral nº 622** é explícita em afirmar a não prevalência das paternidades biológica e afetiva sendo plenamente possível cumular as duas, permitindo a existência jurídica de dois pais. Ao regular a divergência dos vínculos temos um avanço no ordenamento. Ela permite destacar três aspectos principais. O reconhecimento jurídico da afetividade, vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica e um dos maiores avanços alcançados pelo Suprema Corte, certamente o acolhimento expresso da possibilidade jurídica da pluriparentalidade.

A possibilidade de dois pais concomitante como objeto de intenso debate na sessão plenária que tratou do tema, face uma divergência do Ministro Marco Aurélio, mas restou aprovada por ampla maioria. Isto fez evidente que tal tese acolhe a possibilidade jurídica da multiparentalidade. O voto do Ministro Luiz Fux é firme no sentido do reconhecimento da pluriparentalidade, com um amplo estudo a partir do direito comparado. Em um dado momento, afirma: *“Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. (...) Por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade”*.

Essas situações de manutenção de dois pais ou duas mães já vinham sendo objeto de algumas decisões judiciais e estavam figurando com intensidade na doutrina. Há inclusive um enunciado do IBDFAM aprovado sobre o assunto: enunciado nº 09 – “A multiparentalidade gera efeitos jurídicos”, do X Congresso Brasileiro de Direito de Família.

Outro ponto que foi discutido recentemente pelo STF, foi quanto a questão da paternidade socioafetiva eximir a responsabilidade do pai biológico. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, entendeu que a existência de paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico.

O Ministro Luiz Fux, relator do RE 898060, acredita que o princípio da paternidade responsável impõe que, tanto o vínculo afetivo, quanto aqueles

originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação. Segundo ele, não há impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade, desde que este seja o interesse do filho. Para o ministro, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de modelos familiares diversos da concepção tradicional, não autoriza decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos.

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, salvo nos casos de aferição judicial do abandono afetivo voluntário e inescusável dos filhos em relação aos pais”. (STF, RE 898060, ON LINE).

Em análise da Repercussão Geral nº 622 sobre a relevância jurídica da socioafetividade, levando em consideração não apenas o afeto em si, que é sentimento íntimo e pessoal, mas como externa no meio social, reconhecendo a inexistência hierárquica entre as paternidades e abarcando a multiparentalidade são avanços que aos poucos com a doutrina e a jurisprudência vão aperfeiçoando, analisado os casos concretos e encontrado o que pode ser aperfeiçoado. A tese aprovada na análise da Repercussão Geral nº 622, representa um passo largo e decidido rumo à consagração de um direito de família efetivamente plural e democrático no Brasil.

Baseados na Repercussão Geral as jurisprudências de todo Brasil, vão julgando com base no melhor entendimento com o surgimento de cada caso concreto. Por ser uma matéria ainda complexa que aos poucos vem sendo estudada e a perfeioada para que não surja infortúnios ao reconhecer e regulamentar tais relações.

No estado do Tocantins, na cidade de Paraiso, localizada a cerca de 75 quilômetros de Palmas, houve o primeiro caso concreto versando sobre a matéria, O julgamento no Supremo Tribunal Federal, que admitiu a coexistência de paternidade socioafetiva e biológica, reconhecendo a multiparentalidade, no qual o Instituto Brasileiro de Direito de Família, atuou como *amicus curiae*, começa a vincular decisões de tribunais brasileiros. Foi

determinado o acréscimo do nome do pai socioafetivo no registro civil de uma pessoa. Agora, portanto, os documentos da autora da ação exibirão os nomes de ambos os pais. A decisão é pioneira no Estado do Tocantins.

O juiz Océlio Nobre da Silva em sua decisão afirma que o pai socioafetivo e a filha foram capazes de provar, na ação, o sentimento recíproco de filha e pai, manifestado através do carinho, amor e cuidados materiais e imateriais. Ainda de acordo com ele, “é lícita a pretensão dos requerentes, que afirmam e comprovam a existência e o desfrute público da condição de pai e filha, independentemente de vínculo biológico. São dados que já integram a sua identidade social, cabendo ao direito apenas reconhecer e proteger”. Com isso, foi determinada também a mudança do sobrenome da autora, bem como a inclusão dos respectivos nomes dos avós paternos.

Fiquei muito feliz quando soube da decisão da multiparentalidade em Paraíso-TO, sendo esta bastante acertada. Na minha opinião, o Dr. Océlio Nobre da Silva, com uma visão mais humanística do Direito de Família, deu o primeiro passo no Estado do Tocantins, logo após a aprovação da tese de Repercussão Geral 622, para que não só essa, mas outras decisões enxerguem as partes de uma maneira diferenciada, não se concentrando somente na letra ‘fria’ da lei”, (opinião da advogada Alessandra Muniz, presidente do IBDFAM do Tocantins).

Ainda de acordo com Alessandra Muniz, num cenário em que há a possibilidade de pluralidade de vínculos parentais, os operadores do direito devem estar atentos à realidade, trazendo à tona uma acomodação jurídica que cada caso concreto requer, “não se esquecendo, no entanto, de que, apesar de tão dinâmica a mudança nas relações familiares, o afeto e o amor não de prevalecer”.

Muniz, que é a favor da equiparação da parentalidade socioafetiva em relação à biológica, explica tratar-se de uma questão delicada, “pois se rompem dogmas antigos, dentre eles de que cada pessoa só tem uma mãe

e um pai, o que para uma sociedade moderna e dinâmica já não é mais possível, haja vista os diversos arranjos familiares em que a afetividade deve predominar”.

Na luta em prol do reconhecimento da multiparentalidade “O IBDFAM tem seu papel primordial na luta do reconhecimento da multiparentalidade, atuando na Ação (RE898060-SC) como ‘amicus curiae’ em julgamento recente no Supremo Tribunal Federal, o que o torna uma instância qualificada para debates de assuntos dos mais diversos e polêmicos na área do Direito de Família”, afirma Alessandra Muniz. Para a advogada, o IBDFAM está sempre presente para ajudar nas decisões de temas complexos, e as teses levantadas pelo Instituto são bem aceitas e citadas em diversas decisões jurídicas por todo o Brasil.

Ainda sobre o pensamento de Alessandra Muniz, a decisão do tribunal do Tocantins consolida o vínculo socioafetivo em igual grau de hierarquia jurídica, bem como a admissão da tese da multiparentalidade, duas grandes bandeiras levantadas pelo IBDFAM, amplamente discutidas e materializadas por meio da análise da Repercussão Geral nº 622.

6. REFLEXOS NEGATIVOS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

O reconhecimento da multiparentaldade pode perder um pouco o foco que seria regulamentar os laços afetivos, com essa possibilidade alguns doutrinadores como Paulo Lôbo, acreditam que poderá haver uma "corrida" aos tribunais para a busca por direitos.

Será inevitável. Infelizmente, as questões patrimoniais passarão à frente dos laços de afetividade. Até mesmo em relação aos casos já julgados definitivamente, pois há largo entendimento sobre a relativização da coisa julgada nas relações de família, que operaria segundo a regra rebus sic stantibus. (IBDFAM, 2016, ON LINE).

Paulo Lôbo realça alguns problemas poderão surgir dessa decisão, explica que além dos problemas decorrentes da partilha dos alimentos

pleiteado pelo filho a ambos os pais, surgirão questões relativas à guarda compartilhada e sobre alcances dos poderes familiares de cada um. "No caso do conflito de decisões sobre a educação do filho, por exemplo, não há solução à vista, salvo a genérica aplicação do princípio do melhor interesse" (IBDFAM, 2016, ON LINE).

Uma vez que, se tem a possibilidade do direito em dúplice, logo, o filho afetivo será herdeiro necessário de ambos os pais de maneira igual e direitos em relação aos demais herdeiros necessários. Terá duplo direito à herança, levando-o a situação vantajosa em relação aos respectivos irmãos socioafetivos, de um lado, e irmãos biológicos, do outro.

Com isso, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em tese, nasce o temor de que possa surgir demandas mercenárias, apenas com cunho patrimonial. Logo competirá aos juízes e tribunais separar, como sempre, o joio do trigo, para evitar o exercício de uma situação jurídica subjetiva em descompasso com seu fim axiológico-normativo.

Os desafios ainda são muitos e os operadores jurídicos terão certo trabalho para resolverem essas questões, visando sempre o melhor interesse do filho e buscando evitar o desvio de finalidade da multiparentalidade, aplicando o princípio da boa-fé e analisando a melhor solução possível para cada caso.

CONCLUSÃO

Conclui-se com base nesse estudo que ao longo do tempo o instituto da família vem se moldando e encarando novos percalços seja por aceitação social seja por falta de regulamentação. A família tradicional vem perdendo força e em pleno sec. XXI o afeto se torna o centro da formação familiar. Atualmente ela é vista de forma pluralista, admitindo vários arranjos familiares, fundado nas relações de afeto.

O surgimento das famílias recompostas é aparentemente inevitável diante da sociedade atual, por ser o modelo familiar mais frequente na realidade social, nesse modelo de família surge a figura da

multiparentalidade na qual se caracteriza pela possibilidade da coexistência dos dois tipos de filiação, biológica e socioafetiva,

A multiparentalidade diante de cada caso concreto vai sendo regulada no ordenamento jurídico, cada fato que busca o judiciário, permite que ele traga novos alcances e proteções a essas relações afetivas. O reconhecimento da não hierarquização das paternidades biológicas e afetivas, amparando obrigações e deveres de ambas as paternidades, tese de Repercussão Geral 622, é um grande avanço conquistado fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio do afeto e no princípio do melhor interesse do menor.

Por ser uma filiação que precisa ser demonstrado o liame do afeto e a vontade das partes, faz se necessário um pouco mais de cautela, para que não venham surgir demandas fora do proposito do reconhecimento do afeto, discriminado o interesse de enriquecimento ilícito, que pode ser um problema ao se tratar dessa matéria de dúplice paternidade logo duplos direitos quanto a prestações alimentícias, herança e vários outros direitos.

Portanto, Injusto seria entendimento contrário, o vinculo paterno filial seja qual for é responsável pelo cuidado, de formação psicológica, de educação, e mesmo a doação da pessoa à outra, emocionalmente, proporciona ao filho afim, que por muitas vezes rejeitadas por seus pais biológicos, uma família estruturada, conforto e segurança necessários para seu desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil**: famílias. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: . Acesso em dia 15 de set. de 2017

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre **Registro Público e dá outras Providencias**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acessado dia : 16 de set. de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AC nº 70040743338**. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. 20 maio de 2011. Disponível em :

< <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19776812/apelacao-civel-ac-70040743338-rs>>. Acesso em: 18 de set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Rondônia. **APL nº 00129621720108220002 RO 0012962-17.2010.822.0002**. Relator: Des. Kiyochi Mori. Data de Julgamento: 20/03/2013. 2ª Câmara Cível. Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 03/04/2013. Disponível em:

<<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295339198/apelacao-apl-129621720108220002-ro-0012962-1720108220002>>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Roraima. AC nº 0010119011251. Relator: Des. Elaine Cristina Bianchi, 29de maio 2014. Disponível em:

<<https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294681293/apelacao-civel-ac-10119011251>>. Acesso em: 18 set. de 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **APL nº: 00051202220118260363 SP 0005120-22.2011.8.26.0363**. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi, 18 de março de 2017.

Disponível em : <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123682875/apelacao-apl-51202220118260363-sp-0005120-2220118260363>>. Acesso em: 19 de set de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Direito de Família. **Recurso Especial nº 1059214 – Proc. 2008/0111832-2**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DJe 12 de mar. 2012. Disponível em: . Acesso em: 17 de set. 2017.

BRASILEIRO, Aline Moreira. **Multiparentalidade no Contexto da Família Reconstituída e Seus Efeitos Jurídicos**. Orientação: Jefferson Calili Ribeiro. Revista online FADIVALE, Governador Valadares, 2016. Disponível em : <http://www.fadivale.com.br/portal/revistaonline/revistas/2016/Artigo_Aline_Brasileiro.pdf> . Acesso em 02 set.de 2017.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percurso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: contexto e efeitos**. 2011. Dissertação de Mestrado. Disponível em: Acesso em: 01 set. de 2017

CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetivida_de_no_direito_de_familia.pdf>. Acesso dia 29 de ago. 2017.

CARVALHO, Andreia. **A Distinção Entre o Instituto da Filiação Socioafetiva e a Posse de Estado de Filho**. Jusbrasil. 2016. Disponível em: <<https://andrelinacarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/408828388/a-distincao-entre-o-instituto-da-filiacao-socioafetiva-e-posse-de-estado-de-filho>>. Acesso em: 19 ago. 2017

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XVIII: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2004

FACHIN, Luiz Edson. Posse de Estado de Filho e Socioafetividade Análise Constitucional da Filiação, **Revista dos Tribunais online**, 2012. Disponível em <<https://mail.google.com/mail/u/0/#search/guilherme/15e70f88c9065d72?projector=1>> acessado dia 12 de set 2017.

FACHIN, Luiz Edson. Vínculo Parental Parabiológico e Irmandade Socioafetiva, **Revista dos Tribunais online**, 2012. Disponível em <<https://mail.google.com/mail/u/0/#search/guilherme/15e70f88c9065d72?projector=1>> acesso dia:12 de set 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7 ed. São Paulo. Forense, 2015.

RISARD FILHO, Waldyr. Famílias Reconstituídas: Novas Relações depois das Separações, Parentesco e Autoridade Parental, **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias Reconstituídas. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma epistemologia**. Rio de Janeiro: 2003, p. 257.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 7. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Conheça os enunciados de Família e Sucessões da VII Jornada de Direito Civil**, 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5871/Conhe%C3%A7a+os+enunciados+de+Fam%C3%ADlia+e+Sucess%C3%B5es+da+VII+Jornada+de+Direito+Civil>> Acesso em: 26 out. 2017.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Jurista comenta repercussão da tese sobre multiparentalidade fixada pelo STF**. 2016. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Justiça do Tocantins tem Decisão Inédita em Prol da Multiparentalidade**. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6151/Justi%C3%A7a+do+Tocantins+tem+decis%C3%A3o+in%C3%A9dita+em+prol+da+multiparentalidade>>. Acesso em: 15 out. 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais:** a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Pollyane e Silva e Ritto, Cecília. **A Nova Família Brasileira**, 2012, Disponível em : <<http://veja.abril.com.br/brasil/a-nova-familia-brasileira/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **As Relações de Parentesco na Contemporaneidade – Prevalência a Priori entre a Parentalidade Socioafetiva ou Biológica – Descabimento – Definição em Cada Caso Concreto do Melhor Interesse dos Filhos – Multiparentalidade – Reconhecimento em Casos Excepcionais.** 2016. Disponível em : <<http://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2016/11/8.-Amicus-paternidade-Maluf-Assinado.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** v. 2. 38 ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

PERROT, Michelle. Funções da família. In. **História da vida privada:** da revolução francesa à primeira guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

ROCHA, Ana Karolina da Conceição. **As famílias reconstituídas**, 2014. Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/as-familias-reconstituidas/125325/>>. Acesso dia 15 set.2017

RUFFOLO, Rodrigo. **Multiparentalidade e Alguns de Seus Efeitos** , 2016. Disponível em <<http://direitamente.com/multiparentalidade-efeitos/> > acesso 25 set 2017

SANTOS, Daniela Bernardo Vieira. **Multiparentalidade: A Possibilidade de Múltipla Filiação Registral e os Seus Reflexos Jurídicos.** 2017. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/multiparentalidade-possibilidade-de-multipla-filiacao-registral-e-os-seus-reflexos-juridicos/> >. Acesso dia 26 set 2017.

SILVA, Maico Pinheiro; LATINI, Lucas Maldonado Diz; PELLIZZONI, Nelton Torcani, **Multiparentalidade e Seus Efeitos no Direito Sucessório**, Jus.com, 2017. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/57418/multiparentalidade-e-seus-efeitos-no-direito-sucessorio/2>>. Acesso 19 set de 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares, Amicus curiae – Prevalência de uma das Espécies de Paternidade – RE 841.528/SC. **Revista dos Tribunais online**. 2016. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#search/quilherme/15e70f88c9065d72?projector=1>> Acesso em: 12 set. 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares; NERY JUNIOR, Nelson. Amicus curiae – Prevalência de uma das espécies de paternidade – RE 841.528/SC. **Revista dos Tribunais online**. 2015. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#search/quilherme/15e70f88c9065d72?projector=1>>>. Acesso em: 18 set. 2017.

SUZIGAN, Thábata Fernanda. Filiação Socioafetiva e a Multiparentalidade. **DireitoNet**. 2015. Disponível em : < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9204/Filiacao-socioafetiva-e-a-multiparentalidade>>. Acesso em: 19 ago.2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 9 ed. São Paulo: Forense, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. São Paulo: Forense, 2010.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Familiares Compostas**. Disponível em< http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/50.pdf >. Acesso em 25 ago.2017

VIANA, Luciana Leão Pereira. Paternidade Socioafetiva e Posse de Estado de Filho: em busca da distinção necessária à luz do princípio da autodeterminação. In: RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. (Org.). **Temas Atuais de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2014.

NOTAS:

[1]Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO). Advogado. E-mail: vinicius.marques@catolica-to.edu.br

INEFICÁCIA DAS NORMAS QUE OBJETIVAM PROMOVER A INCLUSÃO DE CRIANÇAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS NAS ESCOLAS

QUINTILIANA JANIS CARDOSO MARQUES:
Acadêmica do curso de Direito na Faculdade Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CÉSAR MELLO (orientador): Professor da Faculdade Católica do Tocantins; doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Resumo: Diante da interpretação dos direitos sociais fundamentais, quais sejam, o direito à educação e à igualdade, da análise prática da ineficiência quanto a inclusão de crianças com necessidades especiais e frente a existência de leis que garantem o acesso ao ensino regular e sua eficácia, a dificuldade encontrada pelas crianças com necessidades especiais é a da falta de escolas preparadas para recebe-las, seja por insuficiência na estrutura física ou pela ausência de profissionais capacitados e aptos a enfrentar e lidar com as diferenças, o que faz com que estas crianças continuem em situação de desigualdade e desamparo por parte do Estado. Com o objetivo de dispor sobre a educação inclusiva, de modo que quaisquer necessidades especiais sejam vistas com naturalidade, respeitadas e tratadas como meras peculiaridades, como características intrínsecas do indivíduo, garantindo integração, convívio social, e, sobretudo, aprendizagem efetiva, e utilizando-se do método dedutivo, conclui-se que para transformar esta realidade é necessário haver uma reforma cultural, haja vista que a cultura costuma influenciar na subjetividade humana e o que mais afeta o desenvolvimento da educação inclusiva é o preconceito e a discriminação social. No entanto, acredita-se que se houver uma mudança no olhar da sociedade e do Estado, ela não deve ser uma realidade tão distante.

Palavras-chave: Normas Jurídicas. Ineficácia. Educação Inclusiva. Crianças. Necessidades Especiais.

Abstract: Faced with the interpretation of fundamental social rights, namely, the right to education and equality, the practical analysis of inefficiency regarding the inclusion of children with special needs and the existence of laws that guarantee access to regular education and its effectiveness, The

difficulty encountered by children with special needs is the lack of schools prepared to receive them, either because of insufficiency in the physical structure or by the absence of trained professionals capable of coping with and dealing with differences, which means that these children remain in situation of inequality and helplessness on the part of the State. With the aim of disposing of inclusive education, so that any special needs are seen naturally, respected and treated as mere peculiarities, as intrinsic characteristics of the individual, guaranteeing integration, social interaction, and, above all, effective learning, it is concluded that to transform this reality it is necessary to have a cultural reform, since culture tends to influence human subjectivity and what most affects the development of inclusive education is prejudice and social discrimination. However, it is believed that if there is a change in the look of society and the state, it should not be such a distant reality.

Keyword: Legal Norms. Ineffectiveness. Inclusive Education. Children. Special Needs.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Educação Inclusiva no Ordenamento Jurídico. 3 Vantagens da Educação Inclusiva e Desafio Para a Capacitação de Professores. 4 Comportamento Social e o Papel da Família. 5 Considerações Finais. 6 Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tema se justifica pela grande relevância social à medida que muitos brasileiros conseguem ter seu direito fundamental de acesso à educação garantido, enquanto um grupo de pessoas com necessidades especiais permanecem excluídos e invisíveis, com seus direitos negados e oportunidades limitadas. Assim é preciso ter conhecimento desta realidade para também lutar por ela.

Tamanha essencialidade resta demonstrada pela importância jurídica das disposições legais em que se embasam a educação inclusiva. Ela está pautada no ramo constitucional e também nos direitos sociais. Dois

principais direitos a sustentam, são eles o direito à educação e o direito à igualdade.

Caso não compreendida a temática, a sociedade permanecerá imersa em pré-conceitos e falsas verdades sobre o desenvolvimento e realidade de crianças com necessidades especiais, e estas, sem o devido reconhecimento, acesso e incentivo à educação, que se mostra crucial ao avanço e crescimento de qualquer cidadão, não havendo nenhuma melhora ou redução de desigualdades e problemas sociais enfrentados pelo Brasil.

Diante das demais dificuldades e desigualdades sociais enfrentadas no Brasil, sejam elas motivadas pela história, condição econômica, acesso à educação e falta de oportunidades, necessário se faz discutir formas para transformar o presente e avançar. Estas transformações, no entanto, devem ser discutidas dentro da lei, de forma que não firam nenhum preceito legal, afim de proporcionar, de fato, as garantias fundamentais de qualquer cidadão.

É neste contexto que surge a educação inclusiva, uma medida que objetiva reduzir desigualdades de forma imediata. O problema é que ainda não é uma realidade presente e possível na grande maioria das cidades brasileiras, em virtude da ausência de atuação do Estado nesta área.

Os direitos sociais asseguram a todos a possibilidade de obter do Estado idênticas oportunidades para que possam desenvolver-se fisicamente, eticamente e profissionalmente de acordo com suas aptidões e projetos de vida.

Fundamentada nestes princípios de direitos humanos e cidadania, a educação inclusiva é um movimento que tem por objetivo eliminar a discriminação e a exclusão, para garantir direito à igualdade de oportunidades e à diferença, transformando os sistemas de ensino, de modo a propiciar a participação de todos os alunos, com foco específico naqueles vulneráveis à marginalização e a exclusão.

Significa, assim, a inclusão de todas as pessoas, independentemente de seu talento, deficiência, nível socioeconômico ou cultural, em salas de aula com todas as suas necessidades sendo atendidas.

Quando ocorre essa falha na aplicação prática do direito à educação passa-se a interferir em outro direito constitucional fundamental, o direito à igualdade. Ocorre que a igualdade aqui discutida deve ser vista aos olhos da justiça social, ou seja, deve-se buscar uma equiparação entre os estudantes de forma que todos tenham idênticas oportunidades de acesso à educação.

Quer dizer, não é justo que aqueles que não tiveram acesso à educação inclusiva efetiva e de qualidade, sejam prejudicados em sua vivência cotidiana, que não estejam qualificados e aptos para desenvolver funções no mercado de trabalho, que não se desenvolvam como um cidadão comum, com todas as suas capacidades exploradas e ampliadas, apesar de suas diferenças, pois dessa forma fica claro que o grupo privilegiado sempre estará em constante vantagem e destaque na sociedade, o que determina um quadro de desigualdade.

Com isso, pensar em uma escola inclusiva significa, em um primeiro momento, pensar em uma escola para cada um, isto é, em uma escola em que cada aluno seja atendido de acordo com suas necessidades e dificuldades, com recursos e metodologias que propiciem o seu aprendizado e desenvolvimento. (WARICODA et al, 2005 apud MIRANDA, 2001).

Ao contrário, a realidade da educação inclusiva, além de pouco aceita e de credibilidade limitada frente a sociedade, também não possui escolas preparadas para receber estes alunos com necessidades especiais, tanto no âmbito físico quanto no de recursos humanos. Aponta Waricoda et al (2005, apud GLAT, 1998) que o professor, neste contexto, deve estar preparado para lidar com as diferenças, com a singularidade e a diversidade de todos os alunos.

No entanto, o que se vê no mundo prático é o total oposto, as escolas não estão aptas a identificar e responder às necessidades de seus alunos, nem a acomodar tantos estilos e ritmos diferentes de aprendizagem,

garantindo uma educação de qualidade a todos. (WARICODA et al, 2005 apud MENDES, 2002).

Por todo o exposto, para alcançar os objetivos propostos primeiramente falar-se-á da educação inclusiva no ordenamento jurídico. Em um segundo momento serão expostas as vantagens desse modelo de educação e desafios para a capacitação dos professores e finalmente será explanado sobre o comportamento social e o papel da família nesse papel inclusivo.

2. A EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Com o avanço dos anos e da sociedade, a problemática que envolve as pessoas com necessidades especiais e a educação inclusiva recebem maior importância, em função das modificações nas concepções envolvendo esta temática, foi surgindo uma nova forma de entender a problemática dos deficientes na perspectiva pseudoeducativa. Assim, por volta das décadas de 80 e 90 do século passado, a educação inclusiva, em busca de um único sistema educacional para todas as pessoas, ganha repercussão. (WARICODA et al. 2005, p. 2).

A partir de 1990, principalmente com a realização da Conferência Mundial sobre Educação para Todos, ocorrida em Jomtien – Tailândia –, as políticas de educação em vários países têm estado voltadas para a melhoria dos aspectos relativos à qualidade da educação para todos os indivíduos, abrangendo desde as minorias étnicas, crianças em situação de vulnerabilidade e pessoas com deficiências, dentre outros. Frente a esse cenário é que nas últimas décadas foram realizados vários eventos que culminaram na criação de documentos com repercussão internacional sobre os destinos da Educação. Dentre os documentos produzidos, merecem destaque a Declaração Mundial da Educação para Todos, de 1990, resultado da referida Conferência, que apresentou o compromisso de várias nações de atenderem às necessidades de aprendizagem a todas as crianças, e a Declaração de Salamanca (Espanha), de 1994, que proporcionou a oportunidade da inserção da educação especial dentro da estrutura ampla de educação, além de apresentar encaminhamentos de

diretrizes básicas para a formulação e a reforma de políticas e sistemas educacionais. (SANT'ANA, 2011, p. 2).

A partir da Declaração de Salamanca, em 1994, a inclusão escolar de crianças com necessidades especiais no ensino regular tem sido tema de pesquisas e de eventos científicos, abordando-se desde os pressupostos teóricos políticofilosóficos até formas de implementação das diretrizes estabelecidas na referida declaração. (SANT'ANA, 2005, p. 1).

Ao que tange as novas propostas de inclusão, a Declaração de Salamanca (Brasil, 1994) destaca que o provimento de serviços de apoio é extremamente necessário para o sucesso de políticas educacionais inclusivas. Nesse contexto, o psicólogo escolar e outros profissionais de várias agências e instituições participariam de um grupo multidisciplinar e externo a fim de propiciar apoio, que estaria à disposição das crianças com necessidades educacionais especiais, conforme disposição contida no tópico 49 do dispositivo. (SANT'ANA, 2011).

Delibera o tópico 49 da Declaração de Salamanca, que o apoio externo do pessoal de recurso de várias agências, departamentos e instituições, tais como professor-consultor, psicólogos escolares, fonoaudiólogos e terapeutas ocupacionais, etc., deveria ser coordenado em nível local. O agrupamento de escolas tem comprovadamente se constituído numa estratégia útil na mobilização de recursos educacionais bem como no envolvimento da comunidade.

Grupos de escolas poderiam ser coletivamente responsáveis pela provisão de serviços a alunos com necessidades educacionais especiais em suas áreas e (a tais grupos de escolas) poderia ser dado o espaço necessário para alocarem os recursos conforme o requerido. Tais arranjos também deveriam envolver serviços não educacionais. De fato, a experiência sugere que serviços educacionais se beneficiariam significativamente caso maiores esforços fossem feitos para assegurar o ótimo uso de todo o conhecimento e recursos disponíveis.

Em alinhamento com disposto no tópico apontado, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), estabelece à luz do Artigo 58,

inciso I, que “haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela da educação especial”.

Apesar da necessidade de preparação adequada dos agentes educacionais estar preconizada na Declaração de Salamanca (Brasil, 1994) e na atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Brasil, 1996) como fator fundamental para a mudança em direção às escolas integradoras, o que tem acontecido nos cursos de formação docente, em termos gerais, é a ênfase dada aos aspectos teóricos, com currículos distanciados da prática pedagógica, não proporcionando, por conseguinte, a capacitação necessária aos profissionais para o trabalho com a diversidade dos educandos (Glat, Magalhães & Carneiro, 1998). A formação deficitária traz sérias consequências à efetivação do princípio inclusivo, pois este pressupõe custos e rearranjos posteriores que poderiam ser evitados. (SANT'ANA, 2005, p. 2).

Ainda neste sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) estabelece como deve ser proposta e desenvolvida a educação inclusiva:

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação:

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

Demonstra ainda o dever do Estado de garantir educação inclusiva pública em seu artigo 4º, inciso III, preceituando que o “atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino”.

A Constituição Brasileira de 1988 garante o acesso ao Ensino Fundamental regular a todas as crianças e adolescentes, sem exceção. E deixa claro que a criança com necessidade educacional especial deve receber atendimento especializado complementar, de preferência dentro da escola. A inclusão ganhou reforços com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996, e com a Convenção da Guatemala, de 2001. Esta última proíbe qualquer tipo de diferenciação, exclusão ou restrição baseadas na deficiência das pessoas. Sendo assim, mantê-las fora do ensino regular é considerado exclusão - e crime. (CAVALCANTE, 2012).

Neste mesmo sentido está estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 208, inciso III, que “o dever do Estado

com a Educação será efetivado com base nos seguintes princípios: atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”. (BRASIL, 1988, s.p.).

A luz do direito penal, segundo Fávero (2007), o acesso de crianças com deficiência também é previsto na legislação penal, já que condutas que frustram, sem justa causa, a matrícula de alunos com deficiência, configuram-se como crime, de acordo com o artigo 8º da Lei nº 7.853/89. Sendo assim, a exclusão por si só é crime. (BIAGGIO, 2007).

O artigo 8º da Lei nº 7.853/89 preceitua ser crime punível com reclusão de 02 a 05 anos e multa a recusa, cobrança de valores adicionais, suspensão, procrastinação, cancelamento ou cessação da inscrição de alunos em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de deficiência. (BRASIL, 1989).

Resta, sem dúvidas, provado o direito a educação inclusiva garantido em muitas vias, sendo necessário enfoque, aprofundamento e compreensão desta área.

3. VANTAGENS DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA E DESAFIO PARA A CAPACITAÇÃO DE PROFESSORES

Para Rosa Blanco (2007, p. 20), o conceito de inclusão é “holístico, um modelo educacional guiado pela certeza de que discriminar seres humanos é filosoficamente ilegal, e incluir é acreditar que todos têm o direito de participar ativamente da educação e da sociedade em geral”

Essa nova proposta educacional tem como alicerce: acessibilidade, projeto político-pedagógico, criação de redes e de parcerias, formação de professores e atendimento educacional especializado. (BIAGGIO, 2007).

A inclusão “consiste em adequar os sistemas sociais gerais da sociedade de tal modo que sejam eliminados os fatores que excluía[m] certas pessoas do seu meio e mantinham afastadas aquelas que foram excluía[m]”. (SASSAKI, 2005, p. 21). Possibilita a sociedade se estruturar, organizar, adaptar para receber as pessoas com deficiência, devendo ser eliminadas

todas as barreiras que discriminam os sujeitos da sociedade, sejam elas arquitetônicas, metodológicas, instrumentais, atitudinais. (LIMA et al, 2013)

Independentemente do gênero, classe social ou outras características individuais e/ou sociais, a inclusão é um direito fundamental de todas as crianças. Enquanto direito fundamental, o direito à inclusão não pode ser negado a nenhum grupo social nem a nenhuma faixa etária. A inclusão garante que todos os alunos, independentemente das suas características e diferenças, acessem a uma educação de qualidade e vivam experiências significativas. (BRANDÃO, 2013, apud BAPTISTA, 1999; BÉNARD DA COSTA, 1999; CÉSAR, 2003).

A inclusão obriga a repensar a diferença, pois cada criança tem características, interesses, capacidades e necessidades de aprendizagem que lhe são próprias. (BRANDÃO, 2013).

Na perspectiva inclusiva, aceitar a diferença implica respeitar as características, os interesses, as motivações e os projetos de vida de cada criança, o que só é possível criando estratégias e recursos educativos capazes de promover o seu desenvolvimento global. A ideia central do princípio da inclusão é que todos os alunos são únicos, com as suas experiências, interesses e atitudes e é a escola que se tem de adaptar aos seus alunos, para tirar partido da diversidade existente. A diferença surge como uma mais-valia, como uma oportunidade de desenvolvimento. (BRANDÃO, 2013, apud AINSCOW, 1999; MORATO, 2003).

Inúmeras são as vantagens para esse modelo de educação dita Escola para Todos, sendo que o impacto parece ser bastante positivo para os diversos intervenientes neste processo, nomeadamente as crianças com necessidades especiais e respectivas famílias e as crianças com desenvolvimento "dito normal" e suas famílias. (BRANDÃO, 2013, apud PECK; ODOM; BRICKER, 1993). Quanto aos benefícios para as crianças e jovens ditos "normais", a redução das atitudes de receio relativamente às diferenças humanas, o desenvolvimento de princípios pessoais e de relações de amizade calorosas, a melhoria no autoconceito, e ainda a melhoria na cognição social. (STAUB E PECK, 1995 apud TANNER; LINSOTT; GALLIS, 1996).

O motivo principal de crianças frequentarem a escola é poderem encontrar um espaço genuinamente democrático, onde partilham o conhecimento e convivem com a diversidade, propiciando esses mesmos benefícios aos professores e aos alunos não dotados de necessidades especiais. Por isso, quem vive a inclusão sabe que está participando de algo revolucionário. A criança pertence a um grupo, é considerada, tem seus direitos fundamentais respeitados e - mesmo sem saber - colabora para formar adultos tolerantes, solidários e responsáveis para com os outros. A inclusão é, para muitos pais e educadores, mais que uma lei a ser seguida: chega a ser questão de honra e cidadania. (CAVALCANTE, 2012).

No entanto, muitas vezes, por falta de informação ou omissão dos pais, dos educadores ou do poder público, milhares de crianças ainda vivem escondidas em casa ou isoladas em instituições especializadas.

Em razão disto é notória a importância da preparação de profissionais e educadores, em especial do professor de classe comum, para o atendimento das necessidades educativas de todas as crianças, com ou sem deficiências (SANT'ANA, 2005). Ou seja, compreendendo o desenvolvimento como um processo qualitativamente diferente para cada indivíduo.

Na medida em que a orientação inclusiva implica um ensino adaptado às diferenças e às necessidades individuais, os educadores precisam estar habilitados para atuar de forma competente junto aos alunos inseridos, nos vários níveis de ensino. No entanto, autores como Goffredo (1992) e Manzini (1999) têm alertado para o fato de que a implantação da educação inclusiva tem encontrado limites e dificuldades, em virtude da falta de formação dos professores das classes regulares para atender às necessidades educativas especiais, além de infraestrutura adequada e condições materiais para o trabalho pedagógico junto a crianças com deficiência. O que se tem colocado em discussão, principalmente, é a ausência de formação especializada dos educadores para trabalhar com essa clientela, e isso certamente se constitui em um sério problema na implantação de políticas desse tipo". (SANT'ANA, 2005).

Diante desse quadro, torna-se importante que os professores sejam instrumentalizados a fim de atender às peculiaridades apresentadas pelos alunos. Aqui, tendo-se em vista a capacitação docente, a participação das universidades e dos centros formadores parece ser relevante. (SANT'ANA, 2005).

A universidade, além de proporcionar cursos de aperfeiçoamento e de pós-graduação, deve envolver-se em pesquisas sobre o ensino de pessoas com necessidades especiais, desenvolvendo instrumentos e recursos que facilitem a vida dessas pessoas. (SANT'ANA, 2005 apud GOTTI, 1988). Apesar de a necessidade de preparação adequada dos agentes educacionais estar preconizada na Declaração de Salamanca (Brasil, 1994) e na atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Brasil, 1996) como fator fundamental para a mudança em direção às escolas integradoras, o que tem acontecido nos cursos de formação docente, em termos gerais, é a ênfase dada aos aspectos teóricos, com currículos distanciados da prática pedagógica, não proporcionando, por conseguinte, a capacitação necessária aos profissionais para o trabalho com a diversidade dos educandos (SANT'ANA, 2005 apud GLAT, MAGALHÃES & CARNEIRO, 1998).

Entre as principais dificuldades encontradas estão as mesmas existentes em qualquer escola pública brasileira, além da formação insuficiente dos professores, a saber: baixos salários, falta de apoio pedagógico, infraestrutura e condições de trabalho precárias. Além disso, constatou que as dificuldades apontadas pelos professores referem-se à atuação com a totalidade dos alunos, e não apenas com os que apresentam algum tipo de deficiência. Por último, a autora ressaltou a necessidade de os professores serem orientados a partir de fundamentos teórico-práticos, para que possam modificar práticas e métodos de ensino, com o objetivo de propiciar um ensino de qualidade para todos. (SANT'ANA, 2005, apud CASTRO 1997).

A formação implica um processo contínuo, o qual, segundo Sadalla (1997), precisa ir além da presença de professores em cursos que visem mudar sua ação no processo ensino-aprendizagem. Para a autora, o professor precisa ser ajudado a refletir sobre a sua prática, para que

compreenda suas crenças em relação ao processo e se torne um pesquisador de sua ação, buscando aprimorar o ensino oferecido em sala de aula. (SANT'ANA, 2005).

Alinhando-se aos argumentos ante expostos, pode-se perceber que são necessárias mudanças profundas no sistema educacional vigente a fim de garantir o cumprimento dos objetivos da inclusão. Cumpre, então, considerar as inúmeras dificuldades vivenciadas por todos os participantes do cotidiano das escolas que tentam, de diferentes maneiras, viabilizar a educação inclusiva de acordo com suas possibilidades. Aparentemente, a formação continuada pode favorecer a implementação da proposta inclusiva; todavia necessita estar aliada a melhorias nas condições de ensino, ao suporte de profissionais no auxílio ao trabalho do professor, bem como ao compromisso de cada profissional em trabalhar para a concretização dessas mudanças. (SANT'ANA, 2005).

É imprescindível ressaltar necessidade das escolas tornarem-se comunidades acolhedoras, sendo que o primeiro passo desse processo seria o desenvolvimento de uma cultura escolar baseada no reconhecimento, na valorização e no respeito a todos os alunos. (SANT'ANA, 2005 apud KARAGIANNIS, STAINBACK e STAINBACK, 1999).

Torna-se importante, então, não se ter uma visão simplista da educação inclusiva. Compreendendo-a como um processo muito amplo de reforma do sistema escolar. A escola deve abrir espaço para a diversidade humana; os professores devem estar continuamente em busca do aprendizado sobre como se deve ensinar, para que possam proporcionar um ensino de qualidade a todos. Infelizmente como alerta Santos (2001), ainda hoje muitos entendem, erroneamente, a inclusão como simplesmente a prática de colocar pessoas com deficiência estudando com outras não portadoras de necessidades especiais. (TESSARO, 2005, apud SARTORETTO, 2001).

4. COMPORTAMENTO SOCIAL E PAPEL DA FAMÍLIA

Vale ressaltar que o princípio básico da educação inclusiva implica na possibilidade de que todas as crianças aprendam juntas, independentemente de suas dificuldades ou diferenças. Segundo Tessaro (2005), as escolas devem reconhecer e responder às diversas necessidades dos alunos, acomodando tanto estilos como ritmos de aprendizagem, assim assegurando um ensino de qualidade a todos.

A integração/inclusão envolve professores mais capacitados em relação às necessidades especiais, bem como uma pedagogia que se ajuste às necessidades de cada criança e a definição de uma política que venha subsidiar princípios e práticas para as necessidades educativas especiais”. (WARICODA, 2005 apud Tesini e Manzini, 1999)

Há muitos educadores, pais e profissionais interessados que confundem a educação inclusiva com uma forma de assistência prestada por abnegados a crianças, jovens e adultos com deficiências. Mesmo quando concebida adequadamente, a educação especial no Brasil é entendida também como um conjunto de métodos, técnicas e recursos especiais de ensino e de formas de atendimento escolar de apoio que se destinam a alunos que não conseguem atender às expectativas e exigências da educação regular. (MANTOAN, 2009)

A formação tradicional em educação especial não se destina a profissionais que terão o compromisso de incluir os excluídos da escola, pois não lhes incute a ideia do especial da educação, que redireciona objetivos e práticas de ensino, pelo reconhecimento e valorização das diferenças. Porque continua a dividir, a separar, a fragmentar o que a escola deve unir, fundir, para se fortalecer e tornar-se justa e democrática, cônica de seus deveres e dos preceitos constitucionais que garantem a todos os cidadãos brasileiros uma escola sem preconceitos, que não discrimina. (MANTOAN, 2009).

Sendo assim, deve-se entender que educador é aquele que educa, ensina sem olhar a quem, ele ensina sentindo, vendo o outro, compreendendo esse outro, mas não deve se importar com as diferenças, não deve querer padronizar todos, os educandos são diferentes e vão permanecer diferentes, iguais apenas no consentimento do direito e

deveres. Resta o professor valorizar essa mistura, hibridismo entre os sujeitos favorecendo a aprendizagem e respeito a todos. (LIMA et al, 2013)

Atualmente existem várias pesquisas que abordam a temática da inclusão escolar do deficiente. Tessaro (2005, apud FALEIROS 2001), em seu estudo sobre educação inclusiva, verificou que os alunos incluídos apresentaram ganhos quanto à socialização e a aprendizagem, contudo, a escola não fornece o apoio necessário para a inclusão desses alunos.

É indispensável o desenvolvimento de planos e projetos que enfatizem a integração social e escolar dessas crianças, a preparação da comunidade escolar para compreender e atuar frente às diferenças individuais, e a sensibilização da comunidade em geral quanto à integração escolar e social desses indivíduos. Existe uma inadequação do paradigma da inclusão e a ausência de um trabalho participativo, entre os educadores e a família, que oriente e esclareça o processo de inclusão de deficientes. Acredita-se que este processo se apresenta inadequado a quem necessita dele, e compromete a proposta do sistema escolar brasileiro, que visa assegurar a todos uma educação que considera a cultura da adversidade. (ROSA, 2005)

Significa incluir todas as pessoas, independentemente de seu talento, deficiência, nível socioeconômico ou cultural, em salas de aula com todas as suas necessidades sendo atendidas. (ROSA, 2005 apud KARAGIANNIS, STAINBACK e STAINBACK, 1999).

Melhor do que organizar escolas culturalmente diferentes, é receber a diversidade numa escola para todos. Uma escola que faça funcionar, ao mesmo tempo, os dois princípios da diferença cultural e da identidade enquanto ser humano; os princípios do direito à diferença e do direito à semelhança. (CHARLOT, 2000)

Na perspectiva e aplicação prática da educação aberta às diferenças e do ensino inclusivo a formação dos professores não acontece pelos mesmos caminhos acima referidos; ela é construída no interior das escolas, continuamente, à medida que os problemas de aprendizagem dos alunos com e sem deficiência aparecem e considerando-se concomitantemente o

ensino ministrado, suas deficiências, inadequações, conservadorismo. (MANTOAN, 2009)

Mas tudo isso sendo entendido como um processo de trabalho que é necessário para que a escola acolha a todos os alunos, sem preconceitos e consciência de seus compromissos de formadora e não apenas de instrutora das novas gerações e transmissora de um saber, que é ultrapassado continuamente e que, assim sendo, não pode ser sistematizado aprendido/ensinado, como antes. (MANTOAN, 2009).

Ao se analisar o comportamento social, percebe-se que grande parte da população entende que o preconceito e a discriminação social são os principais empecilhos para a efetivação da inclusão escolar. De acordo com Tessaro (2005), o fato da maioria popular considerar a discriminação social como o principal óbice ao processo de inclusão escolar torna-se muito interessante, principalmente quando se considera que nesse estudo eles se mostraram confiantes e favoráveis à inclusão escolar. Talvez esse resultado possa ser justificado pelo fato de identificarem quão preconceituosas ainda são as pessoas que não possuem necessidades educativas especiais e quanta dificuldade elas têm para aceitar e conviver com a diversidade.

Acredita-se, ainda, na perspectiva de Waricoda et al (2005), que a discriminação social foi o principal embaraço da inclusão escolar pelo fato de o deficiente ainda ser visto como incapaz e limitado.

As atitudes dos pais (todos os pais) são determinantes no sucesso da inclusão. A família tem um papel chave neste processo, ensinando aos seus filhos a respeitar as diferenças individuais e a aprender que as diferenças não têm que ser apreciadas de modo negativo. (BRANDÃO, 2013 apud DUHANEY E SALEND, 2000; SALEND 2004).

Outro aspecto que parece ser determinante para uma inclusão de sucesso, tem a ver com a proximidade entre os técnicos e a família, sendo fundamental manter um sistema de comunicação continuada entre ambos (BRANDÃO, 2013 apud CROSS et al., 2004; KACZMAREK, 2006).

Ou seja, os profissionais deverão valorizar a participação da família e criar relações de parceria com os pais das crianças, partilhando com eles, de uma forma acessível e culturalmente adequada, informações e estratégias adequadas aos seus interesses e necessidades, visando garantir a sua participação ativa em todos os processos que envolvam a habilitação e integração social dos seus filhos (BRANDÃO, 2013).

De modo conclusivo, ao que concerne a atuação da família e demais profissionais na educação inclusiva, tem-se que a inclusão mobiliza a família, os professores, a escola e os profissionais de apoio especializado. Nos primeiros meses, pode gerar medo, angústia, tensão, dúvidas, tanto para a família como para escola. Tanto a escola quanto a instituição de educação infantil torna-se inclusiva quando há um projeto pedagógico elaborado coletivamente, entre as instituições educativas, a família e os profissionais especializados. E que a maior demanda encontra-se na esfera das atitudes, posturas, formas de lidar com a diversidade e a diferença significativa de cada aluno. Essa não deve ser responsabilidade só do professor, mas do coletivo escolar. (BIAGGIO, 2007)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo com grandes garantias no ordenamento jurídico e apesar de algumas evoluções sociais, a educação inclusiva ainda não teve devido destaque, tão pouco atingiu o resultado esperado. Muitas crianças ainda são privadas de seu direito à educação, tornando-se seres isolados e à margem da sociedade, impedidos de se desenvolverem de forma plena e efetiva, e de viverem como cidadãos comuns na medida de suas limitações.

Nota-se que os maiores impedimentos para a aplicação e eficácia das normas que garantem a educação inclusiva é o preconceito e a discriminação, sentimentos estes que estão atrelados à sociedade desde a antiguidade. Desde sempre as pessoas com deficiência ou com necessidades especiais foram subestimadas e vistas como inferiores, o que faz com que este julgamento perdure até hoje.

Outro ponto importante é a ausência de empatia, fato comum no dia-a-dia da sociedade, grande parte das pessoas tem dificuldades de se colocar

no lugar do próximo, de se compadecer de seus problemas e contribuir para que que uma adversidade vire mero detalhe. Por muitas vezes isto só vira realidade quando uma pessoa, por algum motivo, passa a viver com algum tipo de necessidade especial ou alguém próximo a ele.

Sendo assim, é fácil perceber que a mudança desta realidade de ineficiência da educação inclusiva deve partir, primeiramente, de uma reforma cultural e social, pois, o desenvolvimento humano é algo complexo, e é neste processo que a cultura tende a influenciar na subjetividade humana, a partir das inclinações que compõem nossa identidade, ou seja, o debate sobre diversidade também representa o debate identitário cultural na escola, que corresponderá aos aspectos diversos da constituição dos sujeitos atentando a complexidade da vida individual, familiar e social. (LIMA et al, 2013).

Por fim, a efetivação da educação inclusiva não deve ser uma realidade tão distante, dependendo, em sua essência, de mudança no olhar da sociedade e do Estado, para que este movimento mundial fundamentado nos princípios dos direitos humanos e da cidadania, com objetivo de eliminar a discriminação e a exclusão, para garantir o direito à igualdade de oportunidades e à diferença, transformando os sistemas de ensino, de modo a propiciar a participação de todos os alunos, com foco específico naqueles que são vulneráveis à marginalização e exclusão, aconteça. (BIAGGIO, 2007).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDI, E. S.. **Inclusão escolar: opinião de pais de crianças sem necessidades educacionais especiais**. Dissertação de Mestrado não publicada, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, 2004.

BIAGGIO, Rita de. **A inclusão de crianças com deficiência cresce e muda a prática a prática das creches e pré-escolas**, Revista da Criança, 2012. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download

[d&alias=7697-revistacrianca-seb44-pdf&Itemid=30192](#). Acesso em: 19 de fevereiro de 2017.

BRANDÃO, M. T.; FERREIRA, M.. **Inclusão de crianças com necessidades educativas especiais na educação infantil**. Rev. bras. educ. espec, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Declaração de Salamanca e linha de ação sobre as necessidades educativas especiais**. Brasília, 1994.

_____. **Lei de Diretrizes e B. Lei nº 9.394/96**. Brasília, 1996.

_____. **Lei dos Portadores de Deficiência. Lei nº 7.853/89**. Brasília, 1989.

CHARLOT, Bernard. **Globalização e educação**. Texto de Conferência no Fórum Mundial de Educação, 2000.

LIMA, M. J. D.; LIMA, V. Y. S.; COSTA, M. A. C.. **Diversidade, inclusão e Paulo Freire: Discussões e Reflexões iniciais na educação**. In: VII Colóquio Internacional Paulo Freire, 2013, Recife. VII Colóquio Internacional Paulo Freire "Educação como prática da liberdade: saberes, vivências e (re)leituras em Paulo Freire. 2013.

[MANTOAN, M. T. E.](#) **Educação Especial Inclusiva** (disciplina: Contextualização da Educação Especial no Brasil e no mundo). 2009.

[MENEZES, M. C. B.](#); FRIAS, Elizabel Maria Alberton. **Inclusão escolar do aluno com necessidades educacionais especiais: contribuições ao professor do ensino regular**. 2009.

MONTEIRO, A. B.; [ARAGON, G. T.](#) . **Desafios na escolarização da criança com necessidades educativas especiais**. Revista Educação Pública (Rio de Janeiro), v. 39, p. 1, 2014.

[SANT'ANA, I. M.](#). **Contribuições da atuação do psicólogo escolar na educação inclusiva: concepções de professores e diretores**. Vertentes (UFSJ), v. 19 n.2, p. 26-38, 2011.

, **I. M.**. **Educação inclusiva: concepções de professores e diretores.** Psicologia em Estudo, Maringá, v. 10, n.2, p. 163-338, 2005

SASSAKI, Romeu. Inclusão: o paradigma do século 21. **Inclusão: Revista de Educação Especial.** v.1, n.1 (out/ 2005). Brasília: Secretaria de Educação Especial,2005.

SILVEIRA, F. F.; NEVES, M. M. B. J. . **Inclusão escolar de crianças com deficiência múltipla: Concepções de pais e professores.** Psicologia. Teoria e Pesquisa, Brasília-DF, v. 22, n.Nº 1, p. 79-86, 2006.

WARICODA, A. S. R.; TESSARO, Nilza Sanches; BOLONHEIS, Renata Cristina Marques; ROSA, Ana Paula Barletta. **Inclusão Escolar: Visão de alunos sem necessidades educativas especiais.** Psicologia Escolar e Educacional, Campinas, v. 9, n.1, p. 105-115, 2005

O CRESCIMENTO DA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA E O SEU USO COMO INSTRUMENTO DE FORMAÇÃO E CAPACITAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO ENSINO DE LÍNGUA PORTUGUESA NO BRASIL

DANIEL BRANDÃO BARRETO: Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce - UNIVALE, Especialista em Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Cândido Mendes - UCAM, possui Licenciatura em Sociologia pela Faculdade Polis das Artes - FPA, e graduando em Letras Português/Espanhol pela Universidade de Federal do Triângulo Mineiro - UFTM. Servidor Público da Universidade Federal do Triângulo Mineiro em Uberaba/MG.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir o advento da educação à distância e o seu uso como um dos instrumentos mais úteis hoje para a formação de profissionais para o ensino de língua portuguesa no Brasil. Por meio de um levantamento bibliográfico realizado tendo como base de dados o Scielo e através de pesquisa no Portal de Periódicos Capes foi feito um apanhado a respeito da literatura publicada na área. Procurou-se analisar os fatores intervenientes que contribuíram para a implementação e a ampliação do ensino na modalidade EaD, enfocando sempre suas características e sua viabilidade como ferramenta auxiliar na formação de professores de ensino de língua portuguesa.

Palavras-chave: Educação à distância. Formação de professores. Língua portuguesa.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. EaD (Educação à Distância): sua utilidade e eficiência na formação e/ou capacitação profissional. 2.2. Breve apanhado sobre as principais bases normativas e o fomento a EaD no Brasil. 2.3. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB. 2.4. Plano Nacional de Educação – PNE. 2.5. Plano de Desenvolvimento da Educação – PDE. 2.6. O advento da UAB e a formação de professores de língua portuguesa. 3. Conclusão. 4. Referência.

1. Introdução

O presente artigo tem como objeto tratativas acerca da realidade do ensino de língua portuguesa e o uso da EaD (Educação à Distância), uma modalidade relativamente recente de ensino e de formação de docentes.

Constitui-se num artigo de revisão, compilando passagens de trabalhos autorais atinentes a EaD e ao trato do ensino de língua portuguesa.

A abordagem perpassa desde a carência de profissionais até a má qualificação dos mesmos, indicando a EaD como uma alternativa eficiente para reverter este quadro.

O Brasil tem como desafio buscar melhorar seus indicadores de qualidade na educação. Deve não só o poder público mas também a iniciativa privada imbuírem-se nesta tarefa desafiadora.

Sobretudo nos níveis médio e fundamental, noticia-se o mau desempenho aferido nas disciplinas triviais, mas interessa-nos o foco sobre português.

Num cenário tão desestimulante, infelizmente, cada vez menos pessoas se interessam em se tornar um docente.

Como formar profissionais gabaritados e *a contento* para o ensino de língua portuguesa?

Assim, visa-se demonstrar o ensino na modalidade EaD como apto a minorar este déficit, primando-se constantemente pela manutenção da qualidade no ensino.

2 Desenvolvimento

Na situação particular do Brasil, os problemas evidentemente se agravam muito, pelas conhecidas e perversas desigualdades sociais, aliadas à vigência de um sistema educacional reconhecidamente fracassado. Em recente pesquisa da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), o número de estudantes brasileiros na faixa

de 15 anos de idade classificados como analfabetos funcionais alcança o triste percentual de 67%. Diria que o fracasso de tal sistema começa pela falta de incentivo de toda ordem, cada vez maior, ao magistério, de maneira que os que ingressam, no caso, nos Cursos de Letras, se situam entre os de pior desempenho no vestibular, constituindo um dos grupos de mais baixo nível sociocultural da Universidade. Diante de tal situação histórica só aqueles que respondem a um apelo interior forte para o magistério – que ainda existem, mas não são muitos – e outros mais numerosos, que ali estão por não terem encontrado outra alternativa, procuram atualmente fazer o curso superior de Letras. (SILVA,1984 apud UCHOA, [20--?], p.47.)

Este é um retrato preocupante mas fiel da realidade, descrevendo o perfil dos que elegem seguir na empreitada do ensino de língua portuguesa.

2.1. EaD (Educação à Distância):sua utilidade e eficiência na formação e/ou capacitação profissional

A EaD é um instituto relativamente novo e que ainda gera muita desconfiança no Brasil.

Pode se dá por vários meios de execução, mas preferimos destacar a educação à distância via rádio, via televisão e principalmente via internet.

Mas o que é a EaD afinal?

[...] a educação a distância pode ser conceituada através da ideia de que [...] alunos e professores estão separados por uma certa distância e, às vezes, pelo tempo[...]", ou seja, para existir ensino, não haveria necessidade do professor em sala diante de um grupo de alunos. (NISKIER, 2000, p. 49 apud MORÉ et al, 2011, p. 93)

Com essa ideia, percebe-se que a EaD rompe radicalmente com a forma tradicional de educação presencial, onde professor e alunos interagem entre si, de corpo presente.

Em arremedo ao conceito exposto acima, conclui Peters: “Sendo assim, os alunos ditam o ritmo de ensino e aprendizagem, ao passo que o papel dos professores na EaD é o de facilitador, orientador ou conselheiro” (PETERS, 2004 apud MORÉ et al, 2011, p. 93).

O Brasil possui particularidades notáveis no que tange a educação, mormente nos desafios postos a levar a formação universitária a todos os recantos de um país com dimensões continentais e ocupação territorial desigual, com os grandes centros localizados no litoral. Por essas razões, a educação no Brasil precisa considerar novos cenários de estudos, com novos profissionais e novas atribuições, permitindo assim a reestruturação das instituições do ensino na tentativa de implementar um sistema de EaD (CASTRO, AQUINO E ANDRADE, 2009 apud MORÉ et al, 2011, p. 95).

Nas duas últimas décadas o Brasil não poupou esforços no sentido de estimular no país essa peculiar modalidade de educação, que se convencionou chamar EaD – Educação à Distância.

A aplicação de recursos vultosos pela iniciativa pública e privada nesse sistema permitiu, de acordo com Barros Nunes (2009), abrir possibilidades em promover oportunidades educacionais para grandes contingentes populacionais. Porquanto, além de promover a democratização, a EaD possui excepcionais vantagens sob o ponto de vista da eficiência e da qualidade, até mesmo quando envolve grandes contingentes de estudantes (BARROS NUNES, 2009 apud MELO, MELO e NUNES, 2009, p. 289).

“A expansão da EaD no país só foi possível graças à implementação de ações que incentivaram o uso de tecnologias inovadoras em universidades” (MELO, MELO e NUNES, 2009. p. 289).

Em decorrência da grande expansão da EaD, tornou-se necessário criar medidas de regulação, supervisão e avaliação para cursos e instituições que utilizem essa modalidade, a fim de garantir a qualidade na oferta de ensino, e em nosso país, essa preocupação deu-se início com a consolidação da EaD através do Artigo 80 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, intitulada como Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (MOREÉ et al 2011, p. 94).

Percebe-se que atualmente a EaD tomou proporções, antes, inimagináveis. É uma alternativa apta a ajudar na expansão do acesso ao ensino aos que pretendem o bacharelado ou licenciatura, por exemplo.

Apresenta vantagens por ser ajustável a disponibilidade de tempo do educando, geralmente com cursos de menor período de duração, comumente com mensalidades mais baratas do que as cobradas no ensino presencial.

2.2. Breve apanhado sobre as principais bases normativas e o fomento a EaD no Brasil

O artigo 205 da Constituição Federal diz:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Nos últimos anos houveram melhoras significativas na educação, mas, ainda longe do desejado para a efetivação de uma educação inclusiva, plena e democrática.

Constata Melo, Melo e Nunes (2009, p. 291) que:

No Brasil, a expansão da educação brasileira está fundamentada em pelo menos três momentos importantes: a) aprovação pelo Congresso Nacional da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), em 1996; b) o lançamento do Plano Nacional da Educação (PNE), em 2001; e c) o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), em 2007.

2.3. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB.

Após muita polêmica, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, instituindo a LDB (SILVA; MACHADO, 1998).

Como fator de expansão da educação superior no Brasil, a EaD está embutida no artigo 80 da LDB. Para tanto, o poder público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada. Em seu § 1º está definido que a educação a distância, com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições credenciadas pela União; e no § 4º, a educação a distância gozará de tratamento diferenciado, que incluirá:

I – custos de transmissão reduzidos em canais comerciais com finalidades exclusivamente educativas;

II – concessão de canais com finalidades exclusivamente educativas;

III – reserva de tempo mínimo, sem ônus para o Poder Público, pelos concessionários de canais comerciais. (LDB, 1996, apud Melo, Melo e Nunes, 2009, p. 288)

Moré et al (2011, p. 94):

Os Decretos 2.494 e 2.561, ambos de 1998, regulamentaram o Artigo 80 da Lei 9.394, de 20 de

dezembro de 1996, os quais foram posteriormente revogados pelo Decreto 5.622, de 19 de dezembro de 2005, sendo este, alterado pelo Decreto 6.303 de 12 de dezembro de 2007.

Importante saber que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação reconhece a modalidade EaD como válida e equivalente para todos os níveis educacionais, exceto para os setores educacionais de Mestrado e Doutorado.

2.4. Plano Nacional de Educação – PNE.

A Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001, criou o Plano Nacional de Educação – PNE (BRASIL, 2001).

Com sensibilidade pondera Melo, Melo e Nunes (2009, p. 288):

O PNE também trata a EaD com destacada importância. Deixa claro que num país como o Brasil com déficits educativos e desigualdades regionais tão elevados, a educação a distância é um meio auxiliar de indiscutível eficácia, pois serve aos propósitos, como um mecanismo facilitador no processo de universalização e democratização do ensino.

O PNE prevê dentre seus objetivos e metas estabelecer um amplo sistema de educação a distância, utilizando, inclusive, para ampliar as possibilidades de atendimento nos cursos presenciais, regulares ou de educação continuada (MELO, MELO e NUNES, 2009, p. 292)

Após a Emenda Constitucional nº 59 do ano de 2009, o Art. 214 da Constituição fala, dentre outras coisas, que “o plano nacional de educação terá duração decenal” (BRASIL, 2009).

2.5. Plano de Desenvolvimento da Educação – PDE.

O Plano de Desenvolvimento da Educação foi lançado em 2007 e tem como um de seus principais objetivos reverter o atual quadro educacional brasileiro

atendendo às demandas da educação superior. Está alicerçado nos seguintes princípios complementares entre si: a) a expansão de oferta de vagas; b) a garantia de qualidade; c) promoção de inclusão social pela educação; d) a ordenação territorial, permitindo que o ensino de qualidade seja acessível às regiões mais remotas do país; e e) desenvolvimento econômico e social (PDE, 2008 apud MELO, MELO e NUNES, 2009, p. 293).

A LDB, o PNE e o PDE, foram importantíssimos para o desenvolvimento da educação em geral e muito contribuiu para o crescimento da EaD nos últimos anos.

2.6. O advento da UAB e a formação de professores de língua portuguesa

O que é a UAB?

A Universidade Aberta do Brasil foi criada pelo Ministério da Educação no ano de 2005, em parceria com a Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES) e Empresas Estatais, no âmbito do Fórum das Estatais pela Educação, com foco nas Políticas e a Gestão da Educação Superior. Trata-se de uma política pública de articulação entre a Secretaria de Educação a Distância (SEED)/MEC e a Diretoria de Educação a Distância (DED)/CAPES, com vistas à expansão da educação superior, no âmbito do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE). (MORÉ ET AL, 2011, p. 99):

Dentro da proposta deste artigo a UAB representa um exemplo cabal de como deve a EaD funcionar para a formação do profissional do docente, nos interessando de certo sobre a ótica do docente de língua portuguesa.

O sistema de educação a distância vem se firmando no país, especialmente, a partir da criação da

Universidade Aberta do Brasil – UAB, que vem ampliando as possibilidades de formação profissionais em praticamente todos os estados brasileiros. Para esse segmento educacional, os objetivos e metas do PNE já vêm sendo implementados desde sua aprovação. Pode-se enumerar: a) a oferta de cursos a distância, em nível superior, especialmente na formação de professores para a educação básica; e b) a ampliação, gradual na formação em nível superior para todas as áreas, incentivando a participação das universidades e das demais instituições de educação credenciadas (MELO, MELO e NUNES, 2009, p. 293).

Uma gama de cursos são ofertados sendo que o sistema UAB é composto apenas por instituições universitárias federais, estaduais e municipais, além dos Institutos de Educação Tecnológica – IFETs.

O sistema UAB oferece cursos cujo foco está na formação de professores e na administração pública. Visam atender aos professores da rede pública da educação básica, objetivando melhorar suas qualificações e, conseqüentemente, a qualidade da educação nas regiões atendidas. Os cursos de graduação ofertados são os definidos pela LDB em níveis de bacharelado, licenciatura e tecnólogo. Contempla, ainda, os cursos sequenciais e de pós-graduações lato e stricto sensu. (MELO, MELO e NUNES, 2009, p. 297).

Este programa de governo sistematizou-se de forma a atender ao máximo todas as regiões, privilegiando prioritariamente áreas com menor oferta de curso superior.

O sistema UAB só é possível a partir do apoio recebido dos Polos de Apoio Presencial. Esses Polos oferecem infraestrutura física, tecnológica e pedagógica para que os alunos possam acompanhar os cursos e são mantidos pelos municípios e/ou

estados. Os Polos localizam-se em microrregiões e municípios com pouca ou nenhuma oferta de educação superior. (MELO, MELO E NUNES, 2009, p. 298)

Assim, com a credibilidade das instituições públicas de ensino envolvidas que, com as parcerias, oferecem acesso à formação profissional de forma bastante democrática, o programa beneficia uma parcela significativa pretensos docentes, inclusive os de português.

3. CONCLUSÃO

A EaD mostra-se um instrumento útil para os que militam na área do ensino, *in casu*, no da língua portuguesa.

Encontram-se hoje bases legislativas sólidas que contribuem para um ambiente de maior segurança jurídica.

Vale destacar que a novel modalidade de ensino não substitui as formas tradicionais formas, as quais continuarão em voga.

Contribui na formação e no aperfeiçoamento de maneira mais universal e acessível dos profissionais da área, ajudando sobremaneira a minorar o déficit neste setor tão desestimulado, seja no tocante aos militantes da língua portuguesa como nas demais áreas docentes.

Mesmo nos rincões do país, graças às tecnologias novas, o Brasil consegue formar profissionais do ensino de língua portuguesa, num grande desafio de não comprometer a qualidade no ensino ofertado por esta modalidade EaD.

Em que pese ainda haja incontestemente desconfiança de alguns pela EaD, é esta uma ferramenta que veio para ficar, e que aos poucos ganha maior credibilidade e respeito.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constfed.nsf/04>

5b885516d32f5403256536004c7e14/575ca1853b5e017c03256562006edd9e?OpenDocument>. Acesso em 06 jan. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 59 de 11 de novembro de 2009. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc59.htm>. Acesso em: 08 jan. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: lei n. 10.172, de 9 de janeiro de 2001: aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm>. Acesso em: 08 jan. 2014.

MELO, Pedro Antônio; MELO, Michelle Bianchini de; NUNES, Rogério da Silva. “A Educação a Distância como Política de Expansão e Interiorização da Educação

Superior no Brasil.” *Revista de Ciências da Administração*, São Paulo, v. 11, n. 24, p. 278-304, maio/ago. 2009.

MORÉ, Rafael Pereira Ocampo et al. “Educação a distância e a formação docente: o sistema universidade aberta do Brasil como forma de ampliar o acesso à educação superior”. *Revista Gual*, Florianópolis, v.4, n. 2, p.89-109, mai/ago. 2011.

SILVA, Carmem Silvia Bissolli da; MACHADO, Lourdes Marcelino (Orgs.). *Nova LDB: trajetória para a cidadania?* São Paulo: Arte e Ciência, 1998. Disponível em: <<http://files.comunidades.net/profemarli/7197NOVALDBLEIDEDIRETRIZE>

SEBASESTRAJETORIAPARAACIDADANIACARMENSILVABISSOLIDASI
LVAeLOURDESMARCELINO.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2014.

UCHÔA, Carlos Eduardo Falcão. *A lingüística e o ensino da língua portuguesa no Brasil: uma visão crítica*. [S.l.: s.n.], [20--?]. Disponível em: .
Acesso em: 06 jan. 2014.

MANDADO DE SEGURANÇA E EFEITOS PECUNIÁRIOS PRETÉRITOS: DA NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DAS SÚMULAS 269 E 271 DO STF À LUZ DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO ERESP 1.164.514/AM

LUIZA TEODORO DE MENDONÇA:

Advogada. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal de Minas Gerais -
UFMG.

RESUMO: De acordo com tradicional entendimento firmado sob a égide das súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, reafirmado pela previsão contida no §4º, do art. 14 da Lei nº 12.016/09, a concessão do mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período anterior à impetração da demanda, os quais devem ser reclamados por ação própria. Tal orientação se fundamenta, basicamente, no caráter mandamental do mandado de segurança, instrumento que não pode ser usado indistintamente como substitutivo de mera ação de cobrança, sob pena de afronta aos limites protegidos pela estreita via do remédio constitucional. Ocorre que, não obstante seja praticamente assente na doutrina e na jurisprudência a aplicação dos referidos verbetes sumulares, percebe-se que novos olhares são atualmente jogados sobre o tema. Nesse sentido, constitui objeto do presente artigo a análise dos argumentos apresentados no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.164.514-AM, oportunidade em que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, afastando a concepção majoritária, estendeu à data da prática do ato coator os efeitos pecuniários decorrentes da concessão da ordem, dispensando-se a necessidade do ajuizamento de nova ação.

Palavras-Chave: Mandado de Segurança; Efeitos pecuniários; Superior Tribunal de Justiça.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 MANDADO DE SEGURANÇA E EFEITOS PECUNIÁRIOS; 2.1 Procedimento especial e natureza mandamental da prestação; 2.2 Impossibilidade de execução de verbas anteriores à impetração: súmulas 269 e 271 do STF e §4º, do art. 14 da Lei nº 12.016/09; 2.3 Orientação firmada no REsp 1.164.514-AM: um novo olhar do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema; 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 4 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Constituem entendimento assente no meio jurídico as clássicas orientações contidas nas súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, segundo as quais, respectivamente, “*o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança*” e “*concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria*”.

Editadas no longínquo ano de 1963, referidas súmulas foram elaboradas com o claro intuito de controlar a grande quantidade de mandados de segurança que eram rotineiramente impetrados por servidores públicos buscando, principalmente, o recebimento de verbas remuneratórias eventualmente devidas pela Administração. A situação se repetia: valendo-se do rito mais célere imposto ao procedimento do mandado de segurança, os servidores abarrotavam o Judiciário com demandas que, muitas vezes, ultrapassavam o objeto protegido pela estreita via da ação mandamental.

Todavia, se, por um lado, tais orientações foram eficazes em afastar pretensões que escapavam da proteção estrita conferida pelo *mandamus*, por outro lado são, até hoje, a causa do desnecessário ajuizamento de diversas demandas que, inevitavelmente, já se prestariam à procedência. É que, na esteira da orientação sumular, por não produzir efeito patrimonial em relação a período pretérito, a sentença concessiva da segurança não constitui título executivo dos valores devidos antes da impetração do *writ*, impondo-se a necessidade da propositura de ação específica, voltada apenas à inútil discussão de direitos que já foram objeto de reconhecimento judicial.

Atualmente, a ilógica situação se mostra ainda mais evidente diante da manutenção de previsão similar no §4º, do art. 14 da Lei nº 12.016/09 – Nova Lei do Mandado de Segurança, a determinar que o pagamento de vantagens pecuniárias a servidor público das três esferas federativas “*somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial*”.

Todo esse cenário somente reforça a importância da recente decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.164.514-AM, no qual foi firmada a orientação de que, *“nas hipóteses em que o servidor público deixa de auferir seus vencimentos ou parte deles em razão de ato ilegal ou abusivo do Poder Público, os efeitos financeiros da concessão de ordem mandamental devem retroagir à data do ato impugnado, violador do direito líquido e certo do impetrante”* ([EREsp 1.164.514-AM](#), Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/12/2015, DJe 25/2/2016).

Como se vê, em sentido contrário à determinação contida nas súmulas 269 e 271 do STF e no §4º, do art. 14 da Lei nº 12.016/09, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, de forma coerente, pela ampliação dos efeitos financeiros da concessão da ordem mandamental para além da data do ajuizamento da ação, de modo a abranger todo o período em que vigorou o ato violador de direito líquido e certo do impetrante.

Apesar de tal entendimento ainda não constituir jurisprudência pacífica daquela Corte^[1], vê-se que o citado julgado trouxe importantes elementos de discussão, sobretudo relativos à pertinência da manutenção das vetustas orientações sumulares do STF, diante da aplicação de princípios como o da efetividade processual, da celeridade e da razoável duração do processo, demonstrando-se a relevância de um estudo mais aprofundado do tema.

Assim, a partir das novas luzes jogadas sobre a matéria, pretende o presente artigo apresentar um panorama geral e histórico do tema, partindo da concepção do mandado de segurança como procedimento especial voltado à satisfação de uma pretensão mandamental, passando pelos fundamentos que justificaram a edição dos mencionados verbetes sumulares, até se chegar à análise dos argumentos apresentados no julgamento do [EREsp 1.164.514-AM](#).

2 MANDADO DE SEGURANÇA E EFEITOS PECUNIÁRIOS

2.1 Procedimento especial e natureza mandamental da prestação

De acordo com antiga doutrina de Meirelles, Wald e Mendes:

Mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 25)

Como se observa, em sua essência, o mandado de segurança se presta à proteção de um direito subjetivo do indivíduo, consubstanciando-se em verdadeira garantia contra os atos abusivos do Poder Público, ou de quem a ele é equiparado. Não é por outra razão que referido instrumento veio justamente previsto no art. 5º LXIX da Constituição Federal de 1988, pertencente ao Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Sob o viés processual, a fim de concretizar a garantia fundamental constitucionalmente prevista, o mandado de segurança sempre contou com disciplina legal especial que lhe atribui rito sumário específico (atualmente disciplinado pela Lei nº 12.016/09). De fato, se o objetivo do remédio constitucional é assegurar um *direito líquido e certo* do indivíduo, conferindo proteção contra as arbitrariedades do Estado, nada mais efetivo do que atribuir um rito célere à ação.

Nesse sentido, caracterizando o mandado de segurança como um *remédio jurídico processual*, Leonardo Carneiro da Cunha nos ensina que:

Para que se conceda o mandado de segurança, é preciso, como se viu, que o direito seja líquido e certo. O requisito da liquidez e certeza do direito está relacionado com a comprovação das alegações contidas na petição inicial. Vale dizer que o direito somente será líquido e certo se as alegações da parte

autora estiverem comprovadas por documentos, de maneira pré-constituída.

O procedimento do mandado de segurança é construído a partir desse requisito específico. Seu procedimento é, então, sumário, abreviado, expedito, destinado à obtenção de uma sentença em pouco tempo, já que tudo já está provado, não havendo necessidade de instrução probatória.

O mandado de segurança é remédio jurídico processual, mas a relação material afirmada em sua petição inicial não guarda qualquer especialidade além das necessárias para a adoção do seu procedimento especial. Tanto isso é verdade que a ação material nele afirmada pode ser igualmente alegada em procedimento comum.

A diferença entre o mandado de segurança e o procedimento comum é procedimental. Quem tem direito ao mandado de segurança tem, na verdade, direito a um procedimento especial, diferenciado, abreviado, sumário. (CUNHA, 2016, pg. 513)

Já quanto à própria natureza da pretensão submetida ao judiciário, costuma-se, com certa frequência, evidenciar o caráter mandamental da ação constitucional. A doutrina, nesse compasso, partindo da noção de que a ordem concedida no mandado de segurança se dirige, fundamentalmente, à correção de um ato administrativo praticado com abuso, atribui ao provimento característico da ação força executiva própria, capaz de produzir o efeito específico de determinar a conduta que deverá ser adotada pela Administração.

Sobre tal natureza mandamental, o ilustre Ponte de Miranda esclarece que:

A prestação jurisdicional, no mandado de segurança, é de mandamento. O juiz ou tribunal manda; o que ele manda já é conteúdo dessa

prestação: manda que se tenha como existente, ou como não-existente, alguma relação jurídica, que a autoridade pública teve como inexistente, ou por existente, contra a Constituição, ou contra a lei; manda que se tenha como constituído, ou por desconstituído, algum ato jurídico, porque contra a Constituição, ou contra a lei, a autoridade pública, ou o teve por inconstituível, ou como constituído; manda que se emposse, ou que se desemposse, ou que se reintegre, ou que se destitua algum funcionário público, ou pessoa que foi ofendida, ou cujo atendimento pela autoridade pública, contra a Constituição ou contra a lei, ofenderia a outrem. (MIRANDA, 1998, pg. 55)

Assim, especificamente em relação às características processuais que são usualmente atribuídas ao mandado de segurança, é possível destacar, basicamente, a natureza do rito e o conteúdo da prestação jurisdicional. Por um lado, como garantia fundamental voltada à defesa de um direito líquido e certo, o remédio constitucional mereceu receber do ordenamento jurídico um tratamento especial, o qual lhe atribui rito sumário específico (atualmente disciplinado pela Lei nº 12.016/09). Noutro giro, dada a natureza da prestação buscada pelo indivíduo, consubstanciada em ordem de execução imediata, dotada de força executiva própria, resta evidenciado, a partir das lições doutrinárias, o caráter mandamental da ação.

2.2 Impossibilidade de execução de verbas anteriores à impetração: súmulas 269 e 271 do STF e §4º, do art. 14 da Lei nº 12.016/09

Conforme acima ressaltado, de um modo geral, quanto à natureza da prestação judicial típica do mandado de segurança, não há maiores questionamentos: a doutrina, quase que de maneira uníssona, evidencia o caráter mandamental da ação constitucional. O mesmo não se verifica, por outro lado, quanto aos efeitos do reconhecimento de tal natureza mandamental às situações em que, inevitavelmente, a ordem concedida irá

produzir efeitos pecuniários secundários. Especificamente, diante da natureza mandamental da pretensão, há objeções de toda a ordem voltadas ao afastamento da utilização da ação como meio de também já promover a execução dos valores pecuniários reflexamente originados da situação de violação a direito líquido e certo, anteriores mesmo à impetração do *writ*.

É que, não obstante grande parte das ordens proferidas em mandado de segurança seja dirigida a situações despidas de qualquer conteúdo pecuniário, haverá casos em que a própria correção do ato questionado implicará, necessariamente, efeitos financeiros imediatos aos cofres públicos. Tal ocorre, por exemplo, quando o pedido principal da ação diz respeito a hipóteses de reenquadramento funcional do servidor.

Nesses casos, apesar do objeto principal da ação ser o próprio ato que atribui classificação funcional distinta da prevista em lei, não há dúvidas de que eventual provimento do mandado de segurança, ainda que de maneira reflexa, também acarretará efeitos financeiros. Por certo, como efeito característico do dito reenquadramento, haverá o correlato reconhecimento do direito à percepção de todas as verbas remuneratórias típicas da posição funcional objeto da demanda.

Essas hipóteses, quando observadas a partir de uma visão prospectiva, ou seja, para o futuro, não encontram maiores dificuldades práticas, uma vez que o recebimento dos valores constitui apenas um mero reflexo da situação jurídica judicialmente reconhecida. Todavia, quando há uma análise retroativa, tomando por base os valores que já deixaram de ser recebidos ao longo de todo o período em que a situação de ilegalidade perdurou, a conclusão é diferente.

Nesse ponto específico de debate, para esclarecer a origem da discussão, valemo-nos, inicialmente, da posição defendida por Hely Lopes Meirelles, para quem *“a execução da sentença concessiva da segurança é imediata, específica ou in natura, isto é, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária”* (MEIRELLES, 2000, p. 93).

Ou seja, em uma interpretação literal do entendimento exposto pelo saudoso administrativista, por ter caráter mandamental, a condenação proferida em mandado de segurança não poderia, sob qualquer hipótese, ser substituída pela reparação pecuniária. Dessa forma, rotineiramente costuma-se utilizar o caráter mandamental da ação para impedir o recebimento de eventuais valores pretéritos devidos em razão da prática do ato ilegal.

Esse foi o fundamento que motivou a edição, no longínquo ano de 1963, dos clássicos entendimentos sumulares do Supremo Tribunal Federal, reproduzidos nos verbetes de números 269 e 271. Vejamos:

Súmula 269: O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Súmula 271: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Mais adiante, o art. 1º da revogada Lei nº 5.021/66, de modo a especificar o momento a partir do qual seria possível a cobrança de valores em mandado de segurança, estabeleceu que o pagamento de vantagens pecuniárias a servidor público das três esferas federativas *“somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”*.

A previsão supra também veio repetida no §4º, do art. 14 da nova Lei nº 12.016/09, *in verbis*:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

(...)

§ 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às

prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

Logo, atualmente, seja em razão da aplicação das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, seja por decorrência do que impõe o art.14, §4º da Lei nº 12.016/09, há o entendimento majoritário de que o provimento mandamental proferido no mandado de segurança não contempla o recebimento de valores relativos a período anteriores à impetração, que devem ser objeto de ação própria.

De modo a sintetizar o entendimento dominante da doutrina sobre o tema, colacionam-se os seguintes ensinamentos de Leonardo Carneiro da Cunha:

A sentença, no mandado de segurança, também pode ser condenatória, quando acolhe pedido de servidor público, visando a obtenção de vantagem ou de diferença de vencimentos. Nesse caso, não cabe a liminar, mas se permite o manejo do mandado de segurança. Acontece, entretanto, que o “mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança” (Súmula 269 do STF). Demais disso, o pagamento de vantagens pecuniárias asseguradas em *writ* somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial (Lei 12.016/2009, art. 14, §4º). Nesse sentido, “consoante jurisprudência do STJ, o pagamento de verbas atrasada em sede de mandado de segurança restringe-se às parcelas existentes entre a data da impetração e a concessão da ordem”.

Quer isso dizer que, concedida a segurança para impor o pagamento de diferenças estipendiárias, seu cumprimento será feito a partir do trânsito em julgado. Significa que, a partir do trânsito em julgado, deve ser a vantagem incluída em folha, consistindo em verdadeira obrigação de fazer, caracterizando uma

tutela mandamental. Quanto ao período que antecede o ajuizamento do *writ*, não estará compreendido pela sentença, devendo o impetrante cobrá-lo pelo procedimento comum. Realmente, nos termos do enunciado 271 da Súmula do STF, “concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”. (CUNHA, 2016, p. 578)

Noutra banda, com a finalidade de demonstrar a ampla aceitação da tese na jurisprudência dos Tribunais Superiores, abaixo são transcritos trechos de alguns julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido:

Há a considerar, ainda, no que concerne ao pedido de concessão de 'efeito retroativo a dezembro de 2011' ao benefício previdenciário ora questionado, que o entendimento consagrado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que se mostra plenamente viável a utilização do mandado de segurança para veicular pretensão de conteúdo patrimonial, desde que a reparação pecuniária vindicada abranja período situado entre a data da impetração do 'writ' e aquela em que se der o efetivo cumprimento da ordem mandamental. Isso significa, portanto, que efeitos patrimoniais produzidos em momento que precede a data da impetração do mandado de segurança não são alcançados pela decisão que o concede, tal como prescreve a Lei nº 12.016/2009, cujo art. 14, § 4º, impõe essa limitação de ordem temporal ao destacar que 'O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado

relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial'. Na realidade, essa regra legal, que constitui reprodução do que se continha na Lei nº 5.029/66 (art. 1º), nada mais reflete senão diretriz jurisprudencial consubstanciada na [Súmula 271 desta Suprema Corte](#), (...)." (STF. [MS 31690 AgR](#), Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 11.2.2014, DJe de 27.2.2014)

"Ementa: (...) 1. Embora o Supremo Tribunal Federal haja reconhecido o direito líquido e certo dos impetrantes quanto à percepção da Gratificação de Atividade de Segurança (GAS), instituída pelo art. 15 da Lei nº 11.415/2006, a ordem judicial aqui proferida não alcança pagamentos referentes a parcelas anteriores ao ajuizamento da ação, 'os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria' ([Súmulas n. 269 e 271 do STF](#))." (STF. [MS 26740 ED](#), Relator Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, julgamento em 7.2.2012, DJe de 22.2.2012)

"Ressalto que, conforme jurisprudência do Tribunal consubstanciada nas [súmulas 269 e 271](#), o mandado de segurança não se presta aos fins de ação de cobrança, de forma que a concessão da segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período anterior à impetração." (STF. [MS 27565](#), Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 18.10.2011, DJe de 22.11.2011)

2.3 Orientação firmada no EREsp 1.164.514-AM: um novo olhar do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

Como visto, desde a edição das súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal em 1963, passando pela promulgação da Lei nº 5.021/66 e da atual Lei nº 12.016/09, consolidou-se, na doutrina e na jurisprudência, a tese pela impossibilidade da utilização do mandado de segurança como

meio de promover a execução de parcelas pecuniárias reflexas devidas em momento anterior ao da impetração do *writ*.

No entanto, recentemente, importante julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça trouxe novos contornos ao tema, dignos de reflexão. Na oportunidade, ao julgar os Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.164.514-AM, a Corte Especial daquele Tribunal Superior firmou orientação no sentido de conferir efeitos financeiros pretéritos ao mandado de segurança, ampliando-se o alcance da decisão aos pagamentos devidos desde a data do ato impugnado.

Com efeito, esse foi o teor do que foi veiculado sobre o julgado no Informativo de Jurisprudência nº 578, de 03 a 16 de março de 2016:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EFEITOS FINANCEIROS DA CONCESSÃO DE ORDEM MANDAMENTAL CONTRA ATO DE REDUÇÃO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO.

Em mandado de segurança impetrado contra redução do valor de vantagem integrante de proventos ou de remuneração de servidor público, os efeitos financeiros da concessão da ordem retroagem à data do ato impugnado. Não se desconhece a orientação das Súmulas n. 269 e 271 do STF, à luz das quais caberia à parte impetrante, após o trânsito em julgado da sentença mandamental concessiva, ajuizar nova demanda de natureza condenatória para reivindicar os valores vencidos em data anterior à impetração do mandado de segurança. Essa exigência, contudo, não apresenta nenhuma utilidade prática e atenta contra os princípios da justiça, da efetividade processual, da celeridade e da razoável duração do processo. Ademais, essa imposição estimula demandas desnecessárias e que movimentam a máquina judiciária, de modo a consumir

tempo e recursos de forma completamente inútil, e enseja inclusive a fixação de honorários sucumbenciais, em ação que já se sabe destinada à procedência. Corroborando esse entendimento, o STJ firmou a orientação de que, nas hipóteses em que o servidor público deixa de auferir seus vencimentos ou parte deles em razão de ato ilegal ou abusivo do Poder Público, os efeitos financeiros da concessão de ordem mandamental devem retroagir à data do ato impugnado, violador do direito líquido e certo do impetrante. Isso porque os efeitos patrimoniais são mera consequência da anulação do ato impugnado que reduz o valor de vantagem nos proventos ou remuneração do impetrante (MS 12.397-DF, Terceira Seção, DJe 16/6/2008). Precedentes citados: EDcl no REsp 1.236.588-SP, Segunda Turma, DJe 10/5/2011; e AgRg no REsp 1.090.572-DF, Quinta Turma, DJe 1º/6/2009. (STJ. [EResp 1.164.514-AM](#), Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/12/2015, DJe 25/2/2016)

Na realidade, percebe-se que a emissão de entendimento frontalmente contrário à aplicação das súmulas 269 e 271 do STF não constituiu verdadeira novidade naquele Tribunal. Como bem destacado no conteúdo do julgado supra, já existiam julgados anteriores do Superior de Tribunal de Justiça que concluíram da mesma maneira.

Exemplo notório disso foi o entendimento exarado no Mandado de Segurança 12.397-DF, da Terceira Seção, publicado em 16/6/2008, cujo trecho, extraído do voto do eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima, ora transcreve-se:

Ocorre que os enunciados das Súmulas 269/STF e 271/STF devem ser interpretados com temperamentos. Não se pode, efetivamente, deixar de consignar que tal jurisprudência sumulada formou-se há mais de 45 anos. Houve, em tal interstício de tempo,

mudanças jurídicas, sociais e econômicas a recomendar não simplesmente o seu abandono, mas, sim, a sua aplicação de forma consentânea com a nova realidade superveniente.

(...)

Como sabemos, é uma constante a busca de soluções, as mais prontas e efetivas, nas resoluções dos conflitos judiciais. É a permanente luta contra a morosidade, mal maior, talvez, da prestação jurisdicional, de difícil superação. Assim, sempre que possível – sem violar as normas de regência e muito menos os princípios jurídicos –, mas, ao contrário, atribuindo-lhes racional inteligência, devemos buscar soluções que se harmonizem com tal propósito, em favor do próprio interesse público, da cidadania, destinatária final e única, a rigor, dos serviços públicos, inclusive daqueles, como cediço, prestados pelo Judiciário. (STJ. MS nº 12.397 - DF, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Publicado em: 16/06/208)

Entretanto, apesar de não ser inédita, a orientação firmada trouxe novos elementos que são capazes de influir de modo mais significativo nos debates existentes sobre o tema. Em primeiro lugar, porque foi proferida pela Corte Especial do STJ. Em segundo lugar, porque já emitida na vigência da Lei nº 12.016/09 que, de forma anacrônica, como defendido por alguns doutrinadores, manteve a previsão outrora existente na Lei nº 5.021/66.

Ademais, da análise dos argumentos que foram suscitados, nota-se a relevante contribuição do julgado para o momento atual. De fato, em dias nos quais se busca cada vez mais a concretização de um modelo efetivo de processo, a exemplo da consagração de princípios como o da instrumentalidade das formas e da primazia da resolução de mérito no Novo Código de Processo Civil, não há espaço para soluções que posterguem indefinidamente, sem fundamento prático, a relação processual.

Se já houve o reconhecimento do direito do impetrante, não há razões jurídicas para impedir a imediata execução da sentença, inclusive no que concerne à cobrança das verbas anteriores ao ajuizamento da ação. Isso porque, nem mesmo o caráter mandamental da ação é capaz de afastar o direito ao recebimento das parcelas pretéritas, que, nos termos do disposto na súmula 271 do STF, apenas passariam a ser reclamadas administrativamente ou pela via judicial própria.

Logo, vê-se que, em verdade, como ressaltado no julgado, a disposição contida nas súmulas 269 e 271 do STF e no §4º, do art. 14 da Lei nº 12.016/09 apenas estimula demandas desnecessárias, ensejando, inclusive, *“fixação de honorários sucumbenciais, em ação que já se sabe destinada à procedência”*. Assim, além de importar clara violação ao princípio da razoável duração do processo, consagrado no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, a imposição do ajuizamento de outra demanda, que já se sabe procedente, também implica em injustificável dispêndio de verbas públicas, destinadas ao pagamento de novos honorários sucumbenciais estipulados em favor do administrado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mandado de segurança, como garantia constitucional posta à disposição do indivíduo para proteção de direito líquido e certo violado por ato de autoridade, possui importância ímpar no ordenamento jurídico brasileiro. A partir da efetiva concretização do instituto, atualmente disciplinado pela Lei nº 12.016/09, que lhe confere rito sumário específico, o administrado passa a ter em suas mãos fundamental ferramenta a ser utilizada contra os atos abusivos praticados pelo Poder Público.

Todavia, justamente por ser restrito à proteção de direito líquido e certo, o mandado de segurança não pode ser utilizado de forma ampla, sem maiores questionamentos. Com efeito, sob o viés processual, somente será concedida a ordem naquelas hipóteses em que, de forma cristalina, ficar comprovado, através de prova exclusivamente documental, a violação ou, ao menos, a ameaça de violação a direito, por ato de autoridade. A sentença concessiva de

ordem, nesses casos, irá então determinar a conduta específica a ser adotada pela Administração, de modo a restaurar a situação de legalidade anteriormente comprometida.

Daí decorre o caráter eminentemente mandamental da ação: a pretensão protegida no mandado de segurança deve consistir apenas em uma ordem de conduta; não se pode, na estreita via constitucionalmente posta à disposição do administrado, discutir, de forma principal, pretensões como as decorrentes de mera ação de cobrança.

Entretanto, tal vedação não se confunde com a possibilidade de que, na situação concreta, surjam efeitos pecuniários secundários, decorrentes da própria ordem de conduta determinada. Nesses casos, não há propriamente o desvirtuamento do instituto, pois os efeitos pecuniários existentes são apenas reflexos ao objeto principal da ação, que continua sendo o ato coator ilegal.

A separação entre as pretensões mandamental e condenatória, nessas hipóteses, se revela inútil, já que os efeitos financeiros da sentença apenas subsistem em razão do próprio ato ilegal atacado. Mais que isso, a necessidade do ajuizamento de uma ação específica apenas para cobrar os valores pretéritos que decorrem naturalmente da sentença concessiva vai na contramão de qualquer modelo de processo que pretenda ser efetivo.

Por isso, percebe-se que caminhou bem o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.164.514-AM, ao abandonar a concepção tradicional adotada pelas súmulas 269 e 271 do STF. De fato, no modelo processualista atualmente adotado no Brasil, que tem por princípios fundantes a duração razoável do processo e a economia processual, não faz sentido a manutenção de orientações voltadas mais a aspectos formalistas do que à efetividade da jurisdição. Espera-se, assim, que referido entendimento seja seguido nas futuras decisões da Corte Cidadã.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 27565**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 18/10/2011. Disponível em: . Acesso em: Out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 26740**, Relator: Ministro Ayres Britto, Data de Julgamento: 07/02/2012. Disponível em: . Acesso em: Out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31690**, Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 11/02/2014. Disponível em: . Acesso em: Out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.164.514 - AM**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 16/12/2015. Disponível em: . Acesso em: Out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 12.397 - DF**, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Publicado em: 16/06/2008. Disponível em: . Acesso em: Out. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 13º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**, 23.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**, 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

NOTAS:

[1] Vide, nesse sentido, teor do julgamento posterior proferido no AgRg no RMS 47.640/RS, em 10/03/2016, no qual constou o seguinte: *“A Primeira Seção deste Superior Tribunal firmou entendimento segundo o qual o mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais pretéritos, motivo pelo qual os eventuais valores devidos, anteriores à data impetração, deverão ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.*

Súmulas 269/STF e 271/STF. (...)” (STJ. 1ª Turma. AgRg no RMS 47.640/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 10/03/2016)

O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EM FACE DA NORMA GERAL ANTIELISÃO

JOÃO AFRÂNIO MONTENEGRO JÚNIOR:
Advogado. Graduado em direito pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduado em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza.

RESUMO: O planejamento tributário é uma forma de diminuição da carga tributária, pautada em condutas lícitas. Por outro lado, o Estado, no interesse de arrecadar, busca restringir o planejamento tributário, utilizando, para tanto, diversos argumentos. No presente trabalho, realizar-se-á uma pesquisa, na tentativa de se determinar os limites para a realização do planejamento tributário. Inicialmente serão feitas considerações gerais sobre o tema, definindo seu conceito, seus fundamentos, bem como será mostrada a diferença entre elisão e evasão fiscal. Em seguida, será abordada a norma geral antielisão. E, finalmente, serão estudados alguns institutos, que vêm sendo bastante discutidos, no intuito de impor limites para o planejamento tributário.

Palavras-chave: Planejamento tributário. Evasão fiscal. Elisão fiscal. Norma geral antielisão.

ABSTRACT: *Tax planning is a form of reduction of the tax burden, based on licit conduct. On the other hand, the State, in the interest of collecting, seeks to restrict tax planning, using, for that, several arguments. In the present work, a research will be carried out, in an attempt to determine the limits for the accomplishment of the tax planning. Initially general considerations will be made on the subject, defining its concept, its fundamentals, as well as showing the difference between tax evasion and avoidance. Next, the general anti-sentencing rule will be addressed. And, finally, some institutes will be studied, which are being discussed in order to impose limits for tax planning.*

Keywords: Tax planning. Tax evasion. Tax Elision. General standard anti-injury.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Planejamento tributário; 2.1 Considerações iniciais; 2.2 Fundamentos constitucionais e legais; 2.3 Elisão e evasão fiscal; 2.4 Planejamento x evasão; 3 Norma geral antielisão; 3.1 Crítica ao termo “antielisão”; 3.2 Necessidade de regulamentação; 3.3 Críticas à norma geral antielisão; 3.4 Simulação; 3.5 Simulação; 4 Institutos limitadores do planejamento tributário; 4.1 Princípio da capacidade contributiva; 4.2 Abuso de forma; 4.3 Abuso de direito; 4.4 Negócio jurídico indireto; 4.5 Fraude à lei; 5 Conclusão; Referências.

1. Introdução

O Brasil é um país cuja carga tributária é bastante elevada, sendo composta por diversos impostos, taxas e os demais tributos.

Essa elevada carga tributária se tornou, e ainda é, um grande problema para os contribuintes, mais especificamente para as empresas que, para sobreviverem, precisam minimizar seus encargos tributários, tendo em vista a grande variedade de tributos a serem pagos, bem como as altas alíquotas.

Em face de uma carga tributária tão alta e cada vez mais onerosa, as empresas, na busca de reduzirem seus encargos, muitas vezes, realizaram (e ainda realizam) a chamada evasão fiscal, que consiste em conduta, comissiva ou omissiva, que objetiva fugir ao pagamento de tributos, sempre após a ocorrência do fato gerador. A evasão é sempre ilegítima, uma vez que o sujeito que a pratica pretende fugir da obrigação do pagamento do tributo por meios ilícitos, entre eles, a fraude e a simulação.

Porém, além da mencionada opção, o particular pode optar por reduzir sua carga tributária por meios lícitos, ou seja, por meio da elisão fiscal, de um bom planejamento tributário.

O planejamento tributário pode ser conceituado como o conjunto de condutas lícitas que visam evitar a ocorrência do fato gerador da tributação, deixando de existir a obrigação de pagar o tributo, reduzindo, portanto, o ônus gerado pelo tributo.

Referido planejamento possui suporte na própria Constituição Federal, especificamente no princípio da livre iniciativa, no direito de fazer ou deixar de fazer o que não seja vedado ou exigido pela lei, no direito de propriedade e no princípio da tipicidade da tributação.

O planejamento fiscal, a princípio, parece uma ótima saída para reduzir os ônus fiscais, já que o mesmo se traduz em condutas lícitas, evitando problemas com o Fisco.

No entanto, em 2004, foi editada a Lei Complementar nº 104/2004, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, a chamada norma geral antielisão (deveria ser chamada de norma geral antievasão), que faculta à autoridade administrativa desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com o objetivo de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo.

Ocorre que, a referida norma não possui regulamentação. Daí surge o grande problema de se encontrar o limite do planejamento tributário face ao direito do Fisco de desconsiderar ato ou negócio jurídico previsto na norma mencionada.

Assim, no decorrer do presente trabalho, procurar-se-á responder aos seguintes questionamentos: Em que consiste o planejamento tributário? O que diferencia o planejamento tributário da evasão fiscal? Quais os fundamentos constitucionais e legais do planejamento tributário? Em que consiste a norma geral antielisão? Quais os limites de realização do planejamento tributário face à existência da norma geral antielisão?

A justificativa para a realização do trabalho está no fato de que, cada vez mais as empresas buscam realizar o planejamento fiscal para se manterem competitivas no mercado, e, também, para se manterem no mesmo, e o Fisco cada vez mais busca fechar o cerco contra a referida prática, mesmo tendo sido realizado em consonância com os ditames legais, sob argumento de que os atos praticados pelo contribuinte ferem princípios constitucionais como o da capacidade contributiva, por exemplo.

Diante de tais situações, é fundamental discutir sobre os interesses dos particulares em reduzir seus encargos tributários e sobre o interesse do Fisco em realizar a arrecadação, buscando determinar até onde aqueles podem usufruir do direito de realizar o planejamento tributário, e do início do direito do Fisco de desconsiderar atos praticados com a finalidade de reduzir os encargos dos tributos.

Dessa forma, o objetivo geral do trabalho é analisar o instituto do planejamento tributário, conceituando-o, definindo seus fundamentos e analisando os argumentos contra e a favor de sua realização. Já os objetivos específicos são: definir em que consiste o planejamento tributário, diferenciar o planejamento tributário da evasão fiscal, definir os fundamentos constitucionais e legais do planejamento tributário, discorrer acerca da norma geral antielisão e definir quais os limites da realização do planejamento tributário face à existência da norma geral antielisão.

Quanto aos aspectos metodológicos, a metodologia a ser utilizada basear-se-á em um estudo descritivo analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, mediante explicitações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos etc., que abordem direta ou indiretamente o tema em análise.

Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa será pura, à medida que terá como único fim a ampliação de conhecimentos. Quanto à abordagem será qualitativa, buscando apreciar a realidade do tema no ordenamento jurídico pátrio.

No que diz respeito aos objetivos, a pesquisa será descritiva, posto que buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer o problema apresentado; e exploratória, objetivando aprimorar as ideias através de informações sobre o tema em foco.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem geral acerca do planejamento tributário, determinando seus fundamentos constitucionais e legais. Serão abordados também os conceitos de elisão e evasão fiscal, diferenciando-os, bem como mostrando sua relação com o planejamento tributário.

No segundo capítulo serão abordados alguns aspectos relacionados com a norma geral antielisão, como a questão do termo “antielisão”, a necessidade de sua regulamentação, críticas ao seu conteúdo, especialmente quanto à constitucionalidade (ou inconstitucionalidade). Serão também abordados os conceitos de simulação e de dissimulação.

No terceiro capítulo serão estudados alguns institutos que vem sendo estudados pela doutrina na tentativa de colocar limites no planejamento tributário, como o abuso de forma, abuso de direito, princípio da capacidade contributiva e fraude à lei.

2 Planejamento tributário

Em uma relação conflituosa entre Fisco e contribuinte, surge o planejamento tributário, utilizado pelo último para reduzir seus encargos fiscais. Já o Fisco, buscando sempre a arrecadação, busca restringir o planejamento. Diante desse conflito, de grande importância se torna o estudo do referido planejamento.

2.1 Considerações Iniciais

O Brasil possui uma elevada carga tributária, composta por diversos impostos, taxas e demais tributos.

Esta elevada carga tributária se tornou, e ainda é, um grande problema para os contribuintes, especialmente para as empresas que precisam minimizar seus encargos tributários, tendo em vista a grande variedade de tributos a serem pagos, bem como as altas alíquotas.

Nesse contexto de uma carga tributária bastante elevada e de um mercado altamente competitivo, tomou grande importância o Planejamento Tributário, que vem sendo realizado pelas empresas, buscando reduzir seus ônus fiscais.

Sobre o tema, tem-se a definição de Ivo César Barreto de Carvalho (2008, p.107): “O planejamento tributário é a atividade desenvolvida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, de forma estritamente

preventiva e transparente, a fim de alcançar lícitamente a economia tributária.”

Por se tratar de atividade de cunho preventivo, de grande importância é a análise do elemento tempo, uma vez que só há que se falar em planejamento tributário antes de ocorrido o fato gerador da obrigação tributária. Marco Aurélio Greco (2008, p.113) ressalta a importância do critério cronológico:

O primeiro de caráter *cronológico*, no sentido de que os atos do contribuinte que implicassem redução da carga tributária deveriam ser realizados antes da ocorrência do fato gerador, pois, se posteriores, surgiriam quando já nascida a obrigação tributária ou, quando menos, a situação jurídica positiva do Fisco que o autoriza a agir no sentido da respectiva cobrança. (grifo do autor)

Caso o contribuinte deixe de efetuar o pagamento do tributo após o nascimento da obrigação de fazê-lo, não incorrerá em planejamento tributário.

Acerca da licitude do planejamento, devemos ressaltar que a escolha por um caminho válido, porém menos oneroso, não pode ser vista pelo Fisco como a prática de ato ilícito. Ivo César Barreto de Carvalho (2008, p.113-114) assim explica:

A prática de atos ou negócios jurídicos com finalidade de economia de tributos não pode ser tida como ilícito. O Poder Público não pode tolher um caminho validamente escolhido por uma pessoa, física ou jurídica, que optou por não adentrar as situações legalmente definidas em lei como hipótese de incidência de um determinado tributo. Existe sim, a possibilidade válida de se evitar tornar-se devedor da Fazenda Pública, e mesmo assim praticar atos ou

negócios jurídicos que não constituam fatos jurídicos tributáveis.

O planejamento tributário possui as seguintes finalidades: evitar a incidência do tributo, com a adoção de medidas que buscam evitar que ocorra o fato gerador; reduzir o montante do tributo, tomando-se providências que impliquem em redução, seja da base de cálculo, seja da alíquota do tributo e, por fim, retardar o pagamento do tributo, através de medidas que adiem o pagamento do tributo, sem incorrer em multa.

É importante ressaltar que o planejamento tributário possui suporte na própria Carta Magna, especialmente no direito à propriedade privada (art. 5º, XXII), nos princípios da livre iniciativa (art. 1º, IV), da estrita legalidade tributária (art. 150, I), e no direito de fazer ou deixar de fazer o que não seja vedado ou exigido pela lei (princípio da legalidade geral, previsto no art. 5º, II).

2.2 Fundamentos constitucionais e legais

Ao estudarmos o planejamento tributário, faz-se necessário o estudo dos princípios que lhe servem de alicerce.

Um dos fundamentos do planejamento tributário é o princípio da legalidade (geral), previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II. *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei.* (grifo nosso)

Por força do princípio da legalidade, o Estado somente pode intervir na propriedade privada, caso esteja a intervenção amparada pela lei. Sobre a legalidade, ensina o professor Roque Antonio Carrazza (2009, p.254):

O inciso II do art. 5º da CF encerra, pois, um dispositivo fundamental, que impede que o Estado aja com arbítrio em suas relações com o indivíduo, que, afinal, tem o direito de fazer tudo quanto a lei não lhe proíbe, nos termos do clássico brocardo: *cuique facer licet nisi quid iure prohibetur*.

Em matéria tributária, além do dispositivo constitucional citado, temos também o artigo 150, inciso I, também da Constituição Federal, segundo o qual veda a exigência ou o aumento de tributos sem que lei o estabeleça.

Tal dispositivo legal é chamado também de princípio da estrita legalidade tributária, segundo o qual a cobrança de tributos, sejam estes impostos, taxas, contribuições sociais etc., deve advir de lei em sentido estrito.

A estrita legalidade não se limita à mera autorização para a cobrança de tributos. Nesse sentido, tem-se a lição de Luciano Amaro (2011, p.134):

O conteúdo do princípio da legalidade tributária vai além da simples *autorização* do Legislativo para que o Estado cobre tal ou qual tributo. É mister que a lei defina, *in abstracto*, todos os aspectos relevantes para que, *in concreto*, se possa determinar quem terá que pagar, quanto, a quem, à vista de que fatos ou circunstâncias. A lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e à quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determinar se 'A' irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação. Os critérios que definirão se 'A' deve ou não contribuir, ou que montante estará obrigado a recolher, devem figurar na

lei e não no juízo de conveniência e oportunidade do administrador público. (grifos do autor)

O princípio da legalidade tributária também está disposto no artigo 97 do Código Tributário Nacional, segundo qual somente a lei pode estabelecer a instituição ou extinção de tributos.

Além da legalidade, temos também o princípio da tipicidade tributária. Para maiores esclarecimentos, recorre-se novamente aos ensinamentos de Luciano Amaro (2011, p.175):

Isso leva a uma outra expressão da legalidade dos tributos, que é o *princípio da tipicidade tributária*, dirigido ao legislador e ao aplicador da lei. Deve o *legislador*, ao formular a lei, definir, de modo *taxativo (numerus clausus)* e *completo*, as situações (tipos tributáveis), cuja ocorrência será *necessária* e *suficiente* ao nascimento da obrigação tributária, bem como os critérios de *quantificação* (medida) do tributo. Por outro lado, ao *aplicador da lei* veda-se a interpretação extensiva e a analogia, incompatíveis com a taxatividade e determinação dos tipos tributários. (grifos do autor)

De acordo com a doutrina, a tipicidade tributária pode ser aberta ou cerrada (fechada).

No Brasil é aplicado o tipo fechado, tendo em vista que a norma tributária define todos os elementos e critérios de forma exaustiva. O fato concreto deve preencher todos os requisitos previstos na norma para que esta efetivamente se aplique ao caso.

Uma consequência do princípio da tipicidade tributária é a vedação da tributação por analogia, nos termos do artigo 108, § 1º do Código Tributário Nacional, segundo o qual não se pode empregar a analogia para exigir tributos não previstos em lei.

Sendo assim, não há espaço para discricionariedade por parte da autoridade fiscal, quando da exigência de exações, não podendo a mesma criar tributos não tipificados na lei.

A tipicidade tributária relaciona-se diretamente com a liberdade do contribuinte de contratar, que, segundo Ivo César Barreto de Carvalho (2008, p.133), “[...] está reconhecido no direito de liberdade econômica, de livre iniciativa ou de liberdade de empresa como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF) e da ordem econômica (art. 170 da CF).”

Pelo próprio princípio da tipicidade, o particular possui a liberdade de praticar quaisquer atos sem se preocupar em ter que pagar exação, desde que não estejam amparados pela lei tributária. Leciona Ivo César Barreto de Carvalho (2008, p.133):

A liberdade fiscal tem limitação no princípio da tipicidade tributária, deixando que os outros comportamentos não previstos legalmente para que os cidadãos possam agir livremente, pratiquem atos jurídicos e realizem negócios sem a preocupação de estarem insertos num tipo tributário. A liberdade de ação dos cidadãos está garantida também pelo princípio da tipicidade, como uma extensão de seu direito subjetivo, denominada pela doutrina alemã *direito de defesa (Abwehrrecht)*. (grifo do autor)

O particular, portanto, só poderá ser compelido a recolher tributo caso incorra na hipótese de incidência de determinado tributo regulado em lei. Complementando o entendimento acima, o professor Roque Antonio Carrazza (2009, p.272) afirma que:

[...] os princípios da *tipicidade fechada* e da *estrita legalidade* impedem a tributação ou a condenação do contribuinte por presunções, ficções ou indícios. Muito menos por razões de conveniência social ou

atendendo aos anseios da opinião pública. (grifos do autor)

Os princípios da legalidade geral, da estrita legalidade e da tipicidade tributária são de grande importância para o planejamento tributário, uma vez que, por força dos referidos princípios, o particular poderá realizar atos ou negócios jurídicos independentemente do pagamento de tributos, caso não incorra na hipótese de incidência do mesmo, ou seja, caso não realize o fato gerador da obrigação tributária. Sobre o assunto, esclarece Ricardo Mariz de Oliveira (2008, p.430):

Em síntese, a pessoa pode procurar e pode ocupar os espaços vazios de tributação, isto é, aqueles espaços não preenchidos pelas hipóteses legais de incidência ou pelas respectivas bases de cálculo, não sendo obrigada a seguir cegamente, ou diretamente, no rumo do fato gerador, ou do fato gerador mais oneroso.

Assim, caso o contribuinte pratique condutas lícitas, porém não reguladas pela lei, não poderá ser compelido a pagar tributos, uma vez que é papel do Poder Legislativo a criação de novos tipos tributários. Além disso, o Fisco está adstrito à estrita legalidade e à tipicidade, princípios que impedem o emprego de qualquer interpretação extensiva, analogia ou qualquer outro meio de interpretação que gere a cobrança de tributos cuja hipótese de incidência não esteja disciplinada no texto legal.

2.3 Elisão e evasão fiscal

De suma importância para o planejamento tributário é a distinção entre elisão e evasão fiscal.

Antes de adentrarmos ao tema, de suma importância é definir em que consiste o fato gerador. Fato gerador é o fato concreto que enseja o nascimento da obrigação tributária, seja ela principal ou acessória.

A seguir, tem-se as definições para fato gerador previstas no Código Tributário Nacional:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente a sua ocorrência

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Somente existe obrigação ao pagamento de tributo caso se vislumbre a ocorrência do fato imponible. Acerca da elisão (ou evasão lícita), explica Roque Antonio Carrazza (2009, p.338):

A elisão fiscal pode ser definida como a conduta lícita, omissiva ou comissiva, do contribuinte, que visa impedir o nascimento da obrigação tributária, reduzir seu montante ou adiar seu cumprimento. A *elisão fiscal* é alcançada pela não realização, pura e simples do *fato imponible* (*pressuposto de fato*) do tributo ou pela prática de negócio jurídico tributariamente menos oneroso, como, por exemplo, a importação de um produto, via *Zona Franca de Manaus*. Tais manobras, embora beneficiem o contribuinte, não são condenadas por nosso direito positivo. (grifos do autor)

A elisão, portanto, consiste em redução da carga tributária por meios legítimos, sempre antes da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

De modo diverso, temos a evasão fiscal, meio ilícito de redução da carga tributária. Ivo César Barreto de Carvalho (2008, p.13) assim a define: “A *evasão tributária* [...] é o ato de frustrar a satisfação do tributo devido. Corresponde, portanto, à modalidade dolosa, ilícita, ou seja, à intenção de não pagar um tributo devido.” (grifo do autor)

A evasão sempre se configura depois da ocorrência do fato gerador, quando já existe a obrigação do pagamento do tributo, não havendo como fugir da mesma.

Em face do exposto, o que se pode vislumbrar é que o momento da prática do ato que visa à redução dos encargos tributários é de grande importância para identificar se o que houve foi a elisão (lícita) ou a evasão fiscal (ilícita).

Ao contrário do que ocorre na elisão, na evasão o particular se utiliza de meios como o dolo, fraude e simulação para não pagar o tributo devido em decorrência da obrigação tributária já existente. São claros os exemplos de evasão fiscal citados por Roque Antonio Carrazza (2009, p.337):

Facilmente podemos dar exemplos típicos destas condutas reprováveis. Um deles é o da venda de mercadoria sem emissão da imprescindível nota fiscal (venda *a descoberto* de nota fiscal), levada a efeito com o evidente intuito de deixar de documentar a operação mercantil realizada e, assim, com maior facilidade, ilaquear o Fisco. Outro, é o da não declaração de rendimentos, que leva à sonegação do imposto respectivo (o *imposto sobre a renda*). Outro, ainda, é o da lavratura de escritura de venda e compra de imóvel, nela fazendo consignar preço menor do que o efetivamente praticado, com o propósito de diminuir o *quantum* de ITBI (Sisa) a pagar. (grifos do autor)

Na elisão ainda não existe a obrigação do pagamento do tributo. A pessoa busca evitar o nascimento da respectiva obrigação, ou pelo menos adia-lo.

Um exemplo claro de elisão fiscal é quando uma pessoa, sabendo que os rendimentos obtidos através de caderneta de poupança são isentos de imposto sobre a renda, opta por este investimento, ao invés de outro mais oneroso. Nesse caso, o particular não terá a obrigação de pagar referido imposto.

O aspecto temporal, apesar de sua enorme importância, não deve ser utilizado como único critério para se distinguir a elisão da evasão. Por exemplo, se um comerciante emite nota fiscal, em princípio não comete nenhum ilícito. Porém, com o objetivo de diminuir a carga tributária, emite nota fiscal adulterada, incorre em fraude, caracterizando evidente evasão fiscal. Nesse caso, o comerciante cumpriu a exigência formal da lei. Ocorre que, o mesmo, de forma dolosa, pratica conduta que não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio.

Em face do exposto, podemos concluir que o contribuinte, ao realizar o planejamento tributário, busca sempre a elisão fiscal, meio lícito de economia tributária.

2.4 Planejamento x evasão

O planejamento tributário não se confunde com a evasão fiscal, uma vez que esta decorre de ato ilícito e aquela de ato lícito.

Importa ressaltar que, segundo Marco Aurélio Greco (2008, p.81), “[...] planejamento e elisão são conceitos que se reportam à mesma realidade, diferindo apenas quanto ao referencial adotado e à tônica que atribuem a determinados elementos.”

Na verdade, quando se fala em planejamento, o foco é a conduta do particular. Já quando se fala em elisão, o foco é o efeito gerado pela conduta do particular. Nesse sentido, recorre-se novamente aos ensinamentos de Marco Aurélio Greco (2008, p.81-82):

Quando se menciona ‘planejamento’, o foco da preocupação é a conduta de alguém (em geral, o contribuinte); por isso, a análise desta figura dá maior relevo para as qualidades de que se reveste tal conduta, bem como para os elementos: liberdade contratual, licitude da conduta, momento em que ela ocorre, [...].

Quando se menciona 'elisão', o foco da análise é o efeito da conduta em relação à incidência e cobrança do tributo; por isso, sua análise envolve debate sobre os temas da capacidade contributiva, da isonomia [...]

Sendo assim, o que se vislumbra é que o planejamento tributário tem por objetivo a elisão fiscal.

Apesar do entendimento acima ser bem fundamentado e coerente, a maior parte da doutrina utiliza planejamento tributário e elisão fiscal como termos sinônimos.

Para efeitos práticos, no decorrer do presente estudo, os termos elisão e planejamento tributário serão utilizados como idênticos.

Assim, caso a pessoa não realize o fato gerador da obrigação de pagar tributo, incorre em elisão fiscal, o que caracteriza um planejamento tributário lícito.

Todavia se, após o nascimento da obrigação tributária, o particular se utiliza de meios fraudulentos, como, por exemplo, a simulação, não estará realizando um planejamento tributário, mas sim uma evasão fiscal, condenada pelo ordenamento jurídico.

Assim, a diferença entre planejamento tributário/elisão fiscal e evasão fiscal está na licitude do ato praticado ou do negócio jurídico realizado. Caso o ato ou negócio esteja de acordo com as normas vigentes, vislumbramos um planejamento/elisão. Porém, caso se trate de ato ou negócio praticado de forma fraudulenta, maliciosa, com o intuito de se furtar ao pagamento do tributo (este já devido em face da obrigação tributária), haverá a evasão fiscal.

3 Norma geral antielisão

O presente capítulo é dedicado ao estudo da norma prevista no artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar nº 104 de 2001, conhecida como norma geral antielisão (ou antielisiva).

Referida norma até hoje gera discussões relevantes, inclusive sobre a terminologia “antielisão”, como será visto adiante.

3.1 Crítica ao termo “antielisão”

A norma objeto do presente estudo está contida no artigo 116, parágrafo único, do art. 116 do CTN, *in verbis*:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Referido dispositivo legal faculta à autoridade administrativa desconsiderar atos ou negócios jurídicos que possuam a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Visa, portanto, coibir a prática de ilícito.

Como foi visto no capítulo anterior, a elisão fiscal é lícita, pois se caracteriza por ser anterior ao nascimento da obrigação tributária, ao contrário da evasão, que é a tentativa de fugir ao pagamento do tributo após o nascimento da obrigação de pagá-lo. Nesse sentido, ensina o jurista Ricardo Mariz de Oliveira (2008, p.478):

No campo de estudo da matéria aqui objetivada, a elisão é lícita e seu contrário – a evasão – é ilícita, de tal modo que não existe sentido lógico e jurídico em se falar em ‘norma antielisão’, isto é, em norma contra o lícito ou ‘norma antilícito’. É como se, ao invés de haver uma norma de desconsideração da personalidade jurídica para punir o uso indevido da mesma, como é o caso do art. 50 do Código Civil de 2002, houvesse uma ‘norma geral antipersonalidade jurídica’.

De maneira semelhante, entende Vittorio Cassone (2001 apud CARVALHO, 2008, p.90-91):

Pelo que se extrai da norma em exame (Parágrafo único do art.116, CTN), não nos parece correta a denominação que a doutrina vem atribuindo à LC 104 - de ‘norma antielisão’.

É, propriamente, ‘norma antievasão fiscal’, ou seja, uma norma que procura coibir a evasão fiscal, nas suas múltiplas espécies [...].

Em face da distinção entre elisão e evasão fiscal e do conteúdo do dispositivo legal contido no CTN, o que existe é uma norma antievasão, uma vez que o que se procura combater é a prática dos atos ilícitos que culminem em não pagamento dos tributos devidos.

Portanto, afigura-se impróprio o termo “antielisão”.

Apesar de impróprio, o termo acima mencionado será utilizado no decorrer do presente trabalho para se referir ao artigo 116, parágrafo único do CTN.

3.2 Necessidade de regulamentação

A norma em estudo não é autoaplicável, uma vez que a mesma determina que sejam observados os procedimentos a serem estabelecidos

em lei ordinária específica. Sobre o tema, tem-se os ensinamentos de Regina Helena Costa (2009 apud Paulsen, 2010, p.911):

[...] aguarda-se a edição de lei regulamentadora dos procedimentos a serem observados pela autoridade administrativa, como também das hipóteses de aplicação da desconsideração de atos e negócios jurídicos, pois, do contrário, ficará a critério da autoridade administrativa decidir se o ato ou o negócio jurídico foi ou não praticado com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, o que representa ameaça à desejada segurança jurídica, [...] nos termos em que hoje está posta, sustentamos, seja a norma geral antielisiva representativa de inadequada aplicação de praticabilidade fiscal, porquanto, embora de forma indubitosa, torne mais facilmente exequível o controle de atos e negócios jurídicos pelo Fisco, revela-se ofensiva à segurança jurídica, como salientado [...].’

A primeira e única tentativa de regulamentação ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 66/02.

Sobre o rito estabelecido pela referida norma, valiosa é a lição de Ivo César Barreto de Carvalho (2008, p.103):

A referida medida provisória estabeleceu um rito próprio, de natureza inquisitória, com o fito de desconsiderar ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte e, por conseguinte, praticar o ato de lançamento do tributo entendido como devido. O *iter* procedimental era formado pelos seguintes elementos, nesta ordem: a) início do procedimento de fiscalização, por meio de Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, emitido pela autoridade competente (coordenador, superintendente, delegado ou inspetor);

b) notificação prévia ao contribuinte; c) relatório de desconsideração do auditor fiscal; d) notificação ao contribuinte do mencionado relatório e oportunidade para sua manifestação; e) representação de desconsideração pelo auditor fiscal; f) despacho de desconsideração/requalificação por parte da autoridade administrativa que tenha emitido o MPF; g) ato de lançamento do auditor fiscal; h) auto de infração; i) impugnação administrativa do contribuinte; e j) processo administrativo nos termos do Decreto nº 70.235/72 (delegacias de julgamento, conselhos de contribuinte, Câmara Superior de Recursos Fiscais).

A MP 66/02 foi convertida na Lei nº 10.637/02. Contudo, quando da conversão, os artigos que disciplinavam a matéria (13 a 19) foram suprimidos.

O fato é que, atualmente, o artigo 116, parágrafo único do CTN, não se encontra regulamentado, não sendo capaz de gerar seus efeitos de forma plena. Assim entende Hugo de Brito Machado (2004, p.365):

Como consequência, tem-se que a vigência da norma do parágrafo único do art. 116, do Código Tributário Nacional, com redação dada pela LC nº 104, somente será plena quando entrar em vigor a lei ordinária na mesma referida. É uma norma cuja aplicação depende de disciplina, em lei ordinária, dos procedimentos a serem observados pela autoridade administrativa.

Por se tratar de norma de eficácia limitada, depende de lei específica para produzir todos os seus efeitos.

3.3 Críticas à norma geral antielisão

O dispositivo legal objeto de estudo vem sendo alvo de diversas críticas por parte da doutrina. Alguns autores afirmam não ser necessária a norma

geral antielisiva, em face do disposto no artigo 149, inciso VII, do CTN, *in verbis*:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa, nos seguintes casos:

[...]

VII – quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro, em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Nesse sentido, entende o ilustre jurista Paulo de Barros Carvalho (2002, p.271-272):

O ordenamento brasileiro, a meu ver, já autorizava a desconsideração de negócios jurídicos dissimulados, a exemplo do disposto no art. 149, VII, do Código Tributário Nacional. O dispositivo comentado veio apenas ratificar regra existente no sistema em vigor. Por isso mesmo, assiste razão a Heleno Torres, ao asseverar que a referida alteração tão-só aperfeiçoa o que já se encontra previsto, de modo genérico, afastando quaisquer dúvidas concernentes à possibilidade da Administração em desconsiderar os negócios fictícios ou dissimulados.

O artigo 149, inciso VII, do CTN, voltará a ser abordado adiante, dentro da temática da simulação.

Outros já entendem que a norma em estudo é apenas um reforço aos poderes da administração tributária. Dessa maneira, entende Hugo de Brito Machado (2009, p.132):

Qualquer que seja a posição que se adote, tem-se de admitir que uma norma geral antielisão nada mais é do que um reforço aos poderes da administração

tributária. Colocada, como está, em texto de lei complementar, pode ter sua constitucionalidade contestada, pois colide com o princípio da legalidade, que tem como um de seus desdobramentos essenciais a tipicidade, vale dizer, a exigência de definição, em lei, da situação específica, cuja concretização faz nascer o dever de pagar tributo.

No que diz respeito à colisão entre a norma geral antielisiva e os princípios da legalidade e da tipicidade, Sacha Calmon Navarro Coelho (2010, p.595) assim se posiciona:

O método da desqualificação administrativa, a partir de uma permissão genérica (norma geral antielisiva ou *general rules*). Nesse método, o uso da analogia e a prevalência do Estado-Administração são imprescindíveis. A partir de teses como a do teste de Finalidade Negocial (*Business Purpose Test*), a do *Disregard* (Desconsideração da Pessoa Jurídica), a da fraude à lei ou de abuso de direito, confere-se aos fiscais o poder, independentemente de ser lícita a forma determinativa adotada, de DESQUALIFICAR E REQUALIFICAR o negócio extratípico, aplicar-lhe a tributação do negócio típico que ele, subjetivamente, entende ser devido. Entre nós, os princípios da legalidade, tipicidade e proibição da analogia impedem a norma geral antielisiva.

Em sentido semelhante, Alberto Xavier (2002, p.85) afirma que:

As cláusulas gerais antielisivas são normas que têm por objetivo comum a tributação, por analogia, de atos ou negócios jurídicos extratípicos, isto é, não subsumíveis ao tipo legal tributário, mas que produzem efeitos econômicos equivalentes aos dos atos ou negócios jurídicos típicos sem, no entanto, produzirem respectivas consequências tributárias.

Apesar de coerentes os entendimentos mencionados acima, existem também os autores que sustentam que a norma antielisão não consagra a tributação por analogia. Dessa maneira, explica Marco Aurélio Greco (2008, p.464):

[...] O dispositivo tem como referencial básico o fato gerador ocorrido, tal como previsto na lei de regência. Não se trata de aplicar a lei, por extensão analógica, a outro fato não previsto. Trata-se de aplicar a lei tributária ao fato efetivamente ocorrido e assim comprovado pelo Fisco. Trata-se, única e exclusivamente, de afastar a cobertura que disfarça, dissimula o fato gerador ocorrido.

Outra discussão relevante é a que existe acerca da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade da norma geral antielisiva).

No que diz respeito à constitucionalidade formal da norma, Marco Aurélio Greco (2008, p.455) leciona:

Quanto ao aspecto da *constitucionalidade formal*, não vejo razões que apontem no sentido de ter sido infringido algum dispositivo constitucional. Com efeito, tem a União competência para editar lei complementar nessa matéria, a teor do artigo 146, III, *a* e *b* da CF/88 e o dispositivo insere-se no âmbito da disciplina do fato gerador, no bojo das normas sobre obrigação tributária. Portanto, desse ângulo, não vejo objeções constitucionais. (grifos do autor)

Dessa forma, como a norma respeitou todas as regras constitucionais para sua edição, não há que se falar em inconstitucionalidade da norma antielisiva.

A questão controversa (e realmente relevante) reside na constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) do dispositivo legal em estudo.

Há quem sustente a inconstitucionalidade do artigo 116, parágrafo único do CTN, sob argumento de que o mesmo violaria a separação de poderes, uma vez que o agente fiscal poderia deixar de aplicar a lei ao fato concreto e aplicar aquela que resulte em maior ônus ao contribuinte.

Assim sustenta o ilustre autor Ives Gandra da Silva Martins (2001 apud PAULSEN, 2010, p.914-915):

[...]. '[...] o referido dispositivo [...] despoja o Congresso Nacional do poder de produzir a lei tributária e transforma o agente fiscal em verdadeiro legislador, para cada caso, aplicando, não a lei parlamentar, mas aquela que escolher. Afeta o art. 116, uma outra cláusula pétrea [...], que é a separação de poderes, pois autoriza o representante do Fisco a escolher, no arsenal de dispositivos legais, aquele que resulte mais oneroso, a partir de presunção de que o contribuinte pretendeu utilizar-se da 'lei' para pagar menos tributos. Como, pelo novo artigo 116, não é a lei que deverá ser aplicada à hipótese impositiva, mas sim a intenção do agente de obter mais tributos, qualquer lei, apesar de rigorosamente seguida pelo contribuinte, poderá ser desconsiderada, para dar lugar à aplicação daquela que representar maior incidência. A figura da 'elisão fiscal', diversa da 'evasão' – aquela objetivando a economia legal de tributos e esta a ilegal – deixa de existir no direito brasileiro. Pela nova norma, nenhum contribuinte terá qualquer garantia, em qualquer operação que fizer, pois, mesmo que siga rigorosamente a lei, sempre poderá o agente fiscal, à luz do despótico dispositivo, entender que aquela lei não vale e que o contribuinte pretendeu valer-se de uma 'brecha legal' para pagar menos tributos, razão pela qual, mais do que a lei, a sua opinião prevalecerá. Se não vier a ser suspensa a eficácia dessa norma pelo S.T.F., em eventual

exercício de controle concentrado, o direito tributário brasileiro não mais se regerá pelo princípio da legalidade, mas pelo princípio do 'palpite fiscal'.

Como se vislumbra, o artigo do CTN ora estudado confere poderes ao agente fiscal para atuar de modo a deixar de aplicar determinada lei "X" para aplicar a lei "Y", esta mais onerosa, mesmo que a primeira tenha sido cumprida em todos os seus moldes.

Tal forma de aplicação da lei vem gerando enorme insegurança jurídica, uma vez que o contribuinte, mesmo praticando ato ou negócio em plena conformidade com a lei vigente, está sujeito ao arbítrio da autoridade fiscal, que poderá aplicar outra lei, mais onerosa.

É possível ver também evidente afronta ao princípio da legalidade, contido no artigo 150, inciso I da Constituição Federal, tendo em vista que o que a norma antielisiva permite é uma relativização do referido princípio. Ocorre que, referido princípio não pode ser relativizado dessa maneira, por se tratar de uma *estricta* legalidade (grifo nosso).

Em sentido diverso, há quem entenda que a norma antielisiva, ao invés de afastar a estrita legalidade, prestigia a mesma, como afirma Marco Aurélio Greco (2008, p.456):

Analisando o dispositivo introduzido ao CTN, entendo que comporta interpretação que, ao invés de agredir, prestigia a legalidade e a tipicidade (quaisquer que sejam as respectivas amplitudes), bem como não altera os limites da aplicação da analogia e não consagra a interpretação econômica.

Diante do que preceitua o parágrafo único do artigo 116 do CTN, parece bem claro que o que existe, de fato, é uma agressão à Constituição Federal, mais especificamente ao artigo 60, § 4º, inciso II (separação de poderes) e ao artigo 150, inciso I. A respeito da insegurança jurídica, Ives Gandra da Silva Martins (2005 apud PAULSEN, 2010, p.915):

[...]. 'Ora, admitir que o agente fiscal possa desconsiderar uma operação legítima, praticada pelo contribuinte, por entendê-la como a solução mais eficiente, do ponto de vista econômico e empresarial, apenas porque, para o Fisco, o melhor seria que o garantisse aos cofres públicos maior arrecadação, é gerar, permanentemente, a insegurança jurídica. É fazer com que o contribuinte viva em constante estado de incerteza, podendo ser surpreendido, a qualquer tempo, durante o lapso decadencial – ou além dele – pela desconsideração de seus atos fundada em mero palpite da fiscalização, em violação manifesta à estabilidade das relações jurídica e da ordem social e econômica, queridas pela lei suprema, a julgar pelas normas nela plasmadas. [...] O certo é que a segurança jurídica impõe o texto da lei como única fonte do Direito, nos limites da Constituição, como determinante das hipóteses de imposição, e não a vontade ou a exegese – quase sempre 'pro domo sua' – do Governo, para afastar a lei aplicável e determinar que outra deve ser aplicada ao caso concreto.'

A questão da segurança (ou insegurança) jurídica será novamente mencionada no capítulo subsequente, onde serão abordados alguns institutos que vêm sendo utilizados, na tentativa de restringir o planejamento tributário.

A norma em estudo faz menção à dissimulação, o que vem gerando debates acerca do que esta seria, chegando inclusive a se confundir com a simulação (para alguns autores). Para se entender em que consiste a dissimulação, de grande importância é fazer considerações sobre a simulação, que será abordada no tópico seguinte.

3.4 Simulação

A simulação é um defeito do negócio jurídico que acarreta sua nulidade. Trata-se de um instituto previsto no Código Civil de 2002, mais

especificamente em seu artigo 167, que, embora não a conceitue, menciona as hipóteses de simulação do negócio jurídico. O jurista Alberto Xavier (2002, p.52) assim define a simulação:

A simulação é um caso de divergência entre a vontade (vontade real) e a declaração (vontade declarada procedente de acordo entre o declarante e o declaratório e determinada pelo intuito de enganar terceiros). Os seus elementos essenciais são a intencionalidade da divergência entre a vontade e a declaração, o acordo simulatório e o intuito de enganar terceiros.

Por se tratar de instituto oriundo do direito privado, tem-se também as palavras do civilista Carlos Roberto Gonçalves (2005, p.440):

Simular significa fingir, enganar. Negócio simulado, assim, é o que tem aparência contrária à realidade. A simulação é produto de um conluio entre os contratantes, visando obter efeito diverso daquele que o negócio aparenta conferir. Não é vício do consentimento, pois não atinge a vontade em sua formação. É uma desconformidade consciente da declaração, realizada de comum acordo com a pessoa a quem se destina, com o objetivo de enganar terceiros ou fraudar a lei. (grifo do autor)

A doutrina fazia a distinção entre a simulação inocente e maliciosa (ou fraudulenta). A primeira se configurava quando não há o intuito de prejudicar terceira pessoa, mas somente enganá-la. Não se tratava de um defeito do ato ou negócio jurídico, uma vez que não trazia qualquer prejuízo ao terceiro enganado.

Já na simulação maliciosa ou fraudulenta, existe a intenção de enganar terceiro, acrescida do *animus* de lhe causar um dano ilícito. Esta sim era considerada um defeito do negócio ou ato jurídico.

A simulação, na esfera tributária, segundo essa classificação, é a maliciosa ou fraudulenta, pois tem por objetivo prejudicar terceiro, no caso, o Fisco.

Atualmente a classificação da simulação como maliciosa ou inocente encontra-se superada, como explica Carlos Roberto Gonçalves (2005, p.44):

Não mais se distingue a simulação *inocente* da *fraudulenta* ou *maliciosa*. O art. 113 do Código Civil revogado considerava inocente a simulação quando não houvesse intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei. Seria fraudulenta, e defeito do negócio jurídico, quando houvesse essa intenção (art. 104). No primeiro caso, não constituía defeito do negócio jurídico [...].

Hoje se entende que, tanto a simulação maliciosa como a inocente levam à nulidade do negócio celebrado, sendo irrelevante fazer sua distinção.

Outra distinção importante é a que existe entre a simulação absoluta e a relativa. Recorre-se novamente aos ensinamentos de Alberto Xavier (2002, p.53-54):

A mais importante classificação das espécies de simulação é a que distingue a simulação absoluta da simulação relativa: na *simulação absoluta* aparenta-se celebrar um negócio jurídico quando, na realidade, não se pretende realizar negócio algum; na *simulação relativa*, as partes celebram, efetivamente, um contrato, mas, para enganar terceiros, o ocultam com um contrato aparentemente distinto do primeiro pela sua natureza ou pelas suas cláusulas e condições. E daí que, enquanto na simulação absoluta existe apenas um negócio jurídico correspondente à vontade declarada – o *contrato simulado* – na simulação relativa existem dois negócios jurídicos: o *negócio*

simulado, correspondente à vontade declarada enganadora e o contrato, por baixo dele oculto ou encoberto – o negócio *dissimulado*, correspondente à vontade real dos seus autores. (grifos do autor)

Feitas essas considerações acerca da simulação, passaremos à análise da dissimulação.

3.5 Dissimulação

Importante é a abordagem da dissimulação, tendo em vista as divergências doutrinárias acerca do que consiste a mesma.

Parte da doutrina entende que a dissimulação nada mais é que a simulação relativa. Veja-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira (2004, p.637):

A simulação se diz *relativa*, também chamada *dissimulação*, quando o negócio tem por objeto encobrir outro de natureza diversa (e. g., uma compra e venda para dissimular uma doação), ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem (e. g., a venda realizada a um terceiro para que este transmita a coisa a um descendente do alienante, a quem este, na verdade, tencionava desde logo transferi-la). (grifos do autor)

Por outro lado, Luciano Amaro (2011, p.264) afirma:

Não se argumente que *dissimulação* é diferente de *simulação*; e, por isso, o legislador talvez tenha querido dizer algo mais. Quando se fala em *simulação*, refere-se, como objeto dessa ação (de dissimular), uma situação de *não incidência*. Já ao falar em *dissimulação*, ao contrário, a referência objetiva é uma situação de *incidência*. Dissimula-se o positivo

(ocorrência do fato gerador), simulando-se o negativo (não ocorrência do fato gerador). (grifos do autor)

Como se observa, a dissimulação e a simulação, embora bastante parecidas, são conceitos diferentes. Na dissimulação, busca-se ocultar situação que já existe, enquanto na simulação se objetiva enganar, fazendo com que se acredite em situação que, na verdade, não existe. Com efeito, importa mencionar o entendimento do ilustre civilista Washington de Barros Monteiro (2009, p.269):

Cumpra não confundir simulação com dissimulação. [...]: na simulação, faz-se aparecer o que não existe; na dissimulação oculta-se o que é; a simulação provoca uma crença falsa num estado não real, a dissimulação oculta ao conhecimento dos outros uma situação existente; aquela procura uma ilusão externa, busca esta uma ocultação interna (dissimula-se o ódio, o rancor). Mas, em ambas, o agente quer o engano; na simulação, quer enganar sobre a existência de situação não verdadeira, na dissimulação, sobre a inexistência de situação real. Se a simulação é um fantasma, a dissimulação é uma máscara.

Por todo o exposto, percebe-se que, tecnicamente, a dissimulação e a simulação são termos com significados diferentes.

Em virtude da diferença terminológica, e do fato de que a norma prevista no artigo 116, parágrafo único do CTN fazer referência à dissimulação, mais coerente entendê-la como diferente da simulação, no sentido de que seu objetivo é evitar a ocorrência dos atos ou negócios que busquem acobertar o fato gerador do tributo (este já configurado). Nesse sentido, explica Ricardo Mariz de Oliveira (2008, p.487):

Com efeito, *in casu*, o termo '*dissimular*', empregado na sua acepção certa segundo a linguagem comum, e no seu sentido técnico segundo

o direito privado, revela que o parágrafo único do art. 116 do CTN trata de levantar o véu do disfarce para descobrir a verdade, ou, mais especificamente, ele visa desconsiderar o ato dissimulatório para encontrar o verdadeiro fato gerador, tal como previsto na respectiva descrição legal. (grifos do autor)

Dessa forma, não parece coerente o entendimento de que a norma geral antielisiva seria desnecessária, em razão de a mesma já estar contida no artigo 149, inciso VII do CTN, uma vez que esta faz referência à simulação, e aquela à dissimulação, termos que possuem significados distintos.

Por fim, cabe ressaltar que tanto a simulação quanto a dissimulação, por serem vedadas pelo ordenamento jurídico pátrio, são limites ao planejamento tributário, configurando evidente evasão fiscal.

No capítulo seguinte serão abordados alguns dos demais institutos aplicados na tentativa de restringir o planejamento tributário.

4 Institutos limitadores do planejamento tributário

Alguns institutos, especialmente os do direito privado, vêm sendo aplicados na tentativa de estabelecer limites ao planejamento tributário realizado pelo contribuinte. A aplicação desses institutos vem gerando, na prática, enorme insegurança jurídica, em razão do conflito entre seus fundamentos e o que está disposto em lei, como ficará demonstrado a seguir.

4.1 Princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva está consagrado no artigo 145, § 1º da Constituição Federal, *in verbis*:

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

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

Sobre o tema, tem-se os ensinamentos do professor Sacha Calmon Navarro Coelho (2010, p.71):

A capacidade contributiva é a possibilidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*). É subjetiva quando leva em conta a pessoa (capacidade econômica real). É objetiva quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro do ano, sítio numa área valorizada etc.). Aí temos 'signos presuntivos de capacidade contributiva'. Ao nosso sentir, o constituinte elegeu como princípio a capacidade econômica real do contribuinte.

Em sentido diverso, Roque Antonio Carrazza (2009, p.97) entende que a capacidade contributiva aludida na Constituição é a objetiva:

A capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta, ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência, é *objetiva*, e não *subjetiva*. É *objetiva* porque se refere *não* às condições econômicas reais de cada contribuinte, individualmente considerado, mas às suas *manifestações de riqueza* (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietário de jóias ou obras de arte, operar em Bolsa, praticar operações mercantis etc.). (grifos do autor)

Parece mais acertado o entendimento de que o artigo 145 § 1º da Constituição Federal se refere à capacidade econômica objetiva.

Um exemplo esclarecedor é o de uma pessoa física que mensalmente percebe a quantia mensal de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e vem a receber um imóvel por transmissão *causa mortis*, cujo IPTU é no valor de R\$ 2000,00 (dois mil reais). Nesse caso não será levada em consideração a capacidade econômica do contribuinte, mas somente o valor venal do imóvel, ou seja, não é levada em consideração a capacidade econômica subjetiva (real).

Assim, é de se concluir que a capacidade contributiva prevista na Constituição Federal é a objetiva.

Na doutrina, há uma teoria de que mesmo que o planejamento tributário seja lícito e válido, ele estará limitado pelo princípio da capacidade contributiva. Sobre essa teoria, diz Marco Aurélio Greco (2008, p.307):

Ou seja, mesmo que os atos praticados pelo contribuinte sejam lícitos, não padeçam de nenhuma patologia; mesmo que estejam absolutamente corretos em todos os seus aspectos (licitude, validade), nem assim o contribuinte pode agir da maneira que bem entender, pois sua ação deverá ser vista também da perspectiva da capacidade contributiva.

Sendo assim, a liberdade de o contribuinte praticar atos ou negócios com o intuito de reduzir seus encargos fiscais estaria limitada pela sua capacidade econômica.

Referida teoria, embora mereça respeito, não parece que deva prevalecer, uma vez que a capacidade contributiva só se manifesta, para efeitos de tributação, após a ocorrência do fato gerador do tributo. Assim ensina Ricardo Mariz de Oliveira (2008, p.426):

Também é preciso dizer que a capacidade contributiva não é um atributo intrínseco, originário ou hereditário da pessoa, ou do simples fato de ter

patrimônio ou riqueza, pois é atributo que lhe advém da ocorrência do fato gerador de alguma obrigação tributária e da densidade econômica do mesmo, dado que a grandeza econômica da matéria que se constitui no fato gerador é a própria dimensão quantitativa ou valorativa – o verdadeiro índice e limite – da respectiva capacidade contributiva.

Ademais, a capacidade contributiva não é princípio constitucional que tem poder de obrigar a pessoa a ser contribuinte. Caso esta pratique atos evitados de licitude com o objetivo de reduzir seus ônus tributários, mesmo que possua grande quantidade de riqueza, não poderá ser compelida a pagar quantia a maior do que a realmente devida.

Dessa forma, o princípio em estudo jamais poderá ser utilizado com o objetivo de limitar o planejamento tributário realizado pelo contribuinte.

4.2 Abuso de forma

Para os defensores desta teoria, o abuso de forma ocorre quando o particular, na busca de reduzir seus encargos fiscais, utiliza forma jurídica atípica para a realização do negócio jurídico. Sobre o assunto, leciona Luciano Amaro (2011, p.256):

O abuso de forma consistiria na utilização, pelo contribuinte, de uma forma jurídica atípica, anormal ou desnecessária, para a realização de um negócio jurídico que, se fosse adotada uma forma 'normal', teria um tratamento tributário mais oneroso. (grifo do autor)

Vale mencionar ainda o que ensina Ricardo Mariz de Oliveira (2008, p.435):

O abuso de forma consistiria em dar formalização jurídica aparente para uma situação econômica realmente diversa, sendo a forma jurídica

representativa de uma situação não tributada, ou tributada menos onerosamente, ao passo que a situação econômica real seria tributada, ou tributada mais onerosamente.

Assim, caso o contribuinte utilize de forma jurídica de modo que venha a lesar a Fazenda Pública em razão de essa forma resultar em não pagamento ou no seu pagamento a menor, deve sofrer a tributação como se tivesse praticado o fato jurídico realmente sujeito à tributação.

A doutrina em estudo possui um alto grau de subjetivismo, uma vez que o aplicador da lei tributária também a interpreta. Nesse sentido, como explica Ivo César Barreto de Carvalho (2008, p.195):

A doutrina da prevalência da substância sobre a forma jurídica adotada é uma questão de interpretação e aplicação da lei. Seu intérprete e seu aplicador poderão determinar se os fatos enquadram-se ou não ao regime jurídico da lei tributária. A lei será interpretada de forma restrita, de modo a não incidir o tributo correspondente ao fato jurídico a que se propunha, ou de forma ampla, aplicando-se a regra-matriz de incidência relativa ao tributo correspondente à substância do ato ou negócio praticado pelo contribuinte, mesmo que não adotada a forma própria à hipótese de incidência que deveria ter sido respeitada.

No caso de o particular, na prática de ato ou negócio jurídico, fazer uso de uma forma que não é a adotada mais comumente, no intuito de reduzir seus encargos fiscais, poderá sofrer tributação da mesma maneira que se tivesse utilizado a forma habitual. Recorre-se novamente aos ensinamentos do professor Luciano Amaro (2011, p.257):

A teoria do *abuso de forma* (a pretexto de que o contribuinte possa ter usado uma forma 'anormal' ou 'não usual', diversa da que é 'geralmente' empregada)

deixa ao arbítrio do aplicador da lei a decisão sobre a 'normalidade' da forma utilizada. Veja-se que o foco do problema não é a *legalidade* (licitude) da forma, mas a 'normalidade', o que fere, frontalmente, os postulados da certeza e da segurança do direito. Sempre que determinada forma fosse adotada pelo contribuinte para implementar certo negócio, ele teria de verificar se aquele modelo é o que mais frequentemente se utiliza para a realização daquele negócio; o critério *jurídico* seria substituído pelo critério *estatístico*, e as variadas formas que o direito criou para instrumentar as atividades econômicas dos indivíduos seriam reduzidas a uns poucos modelos que fossem 'validados' fiscalmente. (grifos do autor)

Portanto, a teoria do abuso de forma não merece ser acolhida, uma vez que o particular não pode ter sua liberdade de utilizar a forma que bem entender (desde que lícita) tolhida, sob pena de sofrer tributação semelhante àquela que sofreria se utilizasse a forma típica ou usual para aquele negócio.

Outro argumento contra a teoria do abuso de forma é o de que, segundo Ricardo Mariz de Oliveira (2008, p.437), "[...] o ordenamento jurídico brasileiro não contém norma que autorize, como regra, que o fato gerador seja interpretado e declarado existente pelos efeitos econômicos das ações das pessoas, independentemente de sua conformação jurídica."

Há quem defenda que a teoria do abuso de formas pode ser aplicada em razão do artigo 118 do CTN, *in verbis*:

Art. 118. A definição do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

O argumento de que o abuso de formas encontra-se respaldado pelo dispositivo legal mencionado é carente de fundamentos, tendo em vista que o inciso I preceitua, em sua parte final, que o fato gerador é interpretado, abstraindo-se dos efeitos dos atos praticados. Já o inciso II é claro ao dizer que o fato gerador é interpretado sem levar em consideração os efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Portanto, o que se pode vislumbrar é que não há qualquer referência ao abuso de formas, ou seja, à predominância da substância do negócio jurídico sobre sua forma.

Ademais, a incidência de tributo está adstrita aos princípios da estrita legalidade e da tipicidade. Em razão destes princípios, caso o particular não realize a hipótese de incidência do tributo tal e qual está prevista em lei, não incorrerá no pagamento de tributo. Assim, caso o contribuinte utilize determinada forma (lícita) na prática de certo negócio jurídico que leve ao não pagamento de tributo em razão da não configuração do seu fato gerador, não poderá ser compelido a pagá-lo, sob argumento de que se utilizou forma não usual, anormal ou atípica. Tem-se o exemplo citado por Luciano Amaro (2011, p.257):

Ninguém pode ser obrigado, por exemplo, a utilizar a forma da compra e venda para transferir um imóvel para uma empresa (que seria uma operação sujeita a imposto de transmissão), e o indivíduo tem o direito de utilizar outra forma (igualmente lícita), que é a conferência do imóvel na integralização de capital da sociedade (operação que não estaria sujeita àquele imposto).

Por todo o exposto, conclui-se que não há espaço para a teoria do abuso de formas no ordenamento jurídico brasileiro.

4.3 Abuso de direito

A teoria do abuso de direito é adotada pelo Código Civil de 2002, mais especificamente em seu artigo 187, segundo o qual comete ato ilícito aquele que, ao exercer seu direito, excede os limites impostos por seu fim social ou econômico, pelos bons costumes ou pela boa-fé.

Como consequência da referida teoria, as normas jurídicas passaram a ser interpretadas sob um prisma social, e não individual, limitando o exercício dos direitos individuais, os quais não podem ser exercidos de modo absoluto.

Parte da doutrina entende que essa teoria deve ser aplicada no âmbito tributário, na busca de limitar o planejamento tributário realizado pelo particular.

Para os defensores da aplicação do abuso de direito ao direito tributário, os atos praticados de modo abusivo são considerados, como no direito civil, atos ilícitos, não havendo mais que se falar em planejamento tributário, que tem como base a prática de atos lícitos. Assim, o que ocorreria seria uma evasão tributária.

O primeiro argumento utilizado para sustentar a utilização da teoria do abuso de direito em matéria fiscal é o de que o planejamento tributário, para ser inteiramente lícito, não pode ter a finalidade meramente fiscal. Ou seja, os atos praticados, mesmo que formalmente lícitos, não podem ter como único fim a redução da carga tributária.

Assim, os atos praticados pelo particular com a finalidade de reduzir seus ônus fiscais, devem possuir também uma motivação extratributária.

Outro argumento utilizado é o de que são abusivos os atos praticados que ultrapassem os limites do princípio da capacidade contributiva.

A capacidade contributiva como limite ao planejamento tributário já foi superada no tópico 3.1 do presente capítulo.

Além de todo o exposto, há quem sustente que, em razão da existência no Brasil e um Estado Democrático de Direito, o contribuinte não possui uma liberdade absoluta de praticar atos que levem a uma redução de seus

encargos tributários. Sobre o tema, ensina Marco Aurélio Greco (2008, p.193):

[...] num Estado Democrático de Direito, a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico supõem a conjugação e compatibilidade entre os valores típicos do Estado de Direito (liberdade negativa, legalidade formal, proteção à propriedade) com os inerentes ao Estado Social (igualdade, liberdade positiva, solidariedade) sem que isto, obviamente, implique institucionalizar mecanismos de dominação disfarçada ou destruição das garantias fundamentais da pessoa humana.

Assim, o direito individual do contribuinte de se auto-organizar encontra como limites os princípios da igualdade e da solidariedade.

Embora bem fundamentada, a teoria do abuso de direito não pode ser utilizada na esfera fiscal.

Primeiramente, o que se observa é que a aplicação da teoria em estudo possui elevadíssimo grau de subjetivismo, uma vez que o agente fiscal terá ampla liberdade para decidir se a conduta foi elisiva ou evasiva.

Ademais, o contribuinte pode sim praticar atos que tenham como único objetivo a economia tributária, desde que preservem sua licitude, em razão dos requisitos previstos em lei.

Nesse sentido, a título de exemplificação, Ivo César Barreto de Carvalho (2008, p.190) explica que “[...] não é vislumbrada ilegalidade quando um pai doa, ainda que em vida, seus bens aos filhos, com a finalidade única de elidir a incidência do imposto sobre transmissão *causa mortis*, por ser mais onerosa do que o imposto sobre transmissão *inter vivos*.”

Como se sabe, o agente fiscal somente pode agir dentro dos limites impostos pelos princípios da estrita legalidade e da tipicidade da tributação.

Tais princípios impedem que o agente fiscal interprete o ato praticado pelo cidadão, de modo a qualificá-lo como abusivo ou não, elisivo ou não.

Além do mais, a teoria do abuso de direito somente tem aplicação às relações privadas. Alberto Xavier (2002, p.107) diz o porquê:

Sucedem, pois, que as relações entre indivíduo e Estado não são relações paritárias, situadas horizontalmente no mesmo plano, nem o Estado é titular de direitos subjetivos suscetíveis de serem lesados pelo exercício de direitos dos particulares. As relações entre indivíduo e Estado são entre 'administrados' e titulares de poderes de autoridade, sendo, por conseguinte, relações, não entre direitos subjetivos, mas entre *liberdades e competências* ou *poderes funcionais*. (grifos do autor)

Portanto, como a doutrina do abuso de direito somente pode ser utilizada nas relações horizontais/paritárias (como as privadas), não pode ser utilizada na relação entre Poder Público e contribuinte, tendo em vista que os mesmos não se encontram em pé de igualdade.

Enfim, pelo fato de a relação entre contribuinte e Estado não se tratar de relação que envolve direitos subjetivos, e pelo fato de que o agente fiscal somente pode agir dentro dos limites da legalidade estrita e da tipicidade, princípios estes que não dão margem para qualquer subjetividade, a doutrina do abuso de direito não pode ser utilizada na seara tributária.

4.4 Negócio jurídico indireto

Outro instituto oriundo do direito privado que vem sendo objeto de discussões quando se fala em planejamento tributário é o negócio jurídico indireto, definido por Alberto Xavier (2002, p.59) como “[...] o negócio jurídico que as partes celebram para, através dele, atingir fins diversos dos que realmente representam a estrutura típica daquele esquema negocial”

No negócio indireto, as partes buscam, através de um determinado negócio, atingir um fim próprio de outro. Sobre o tema, tem-se o exemplo citado por Marco Aurélio Greco (2008, p.279-280):

Exemplo clássico apresentado pela doutrina é a mudança havida na forma contratual dos que emprestavam a juros que, durante certo período, celebravam empréstimos com garantia hipotecária e passaram a celebrar contratos de compra e venda com pacto de retrovenda. Empréstimo com garantia hipotecária e compra e venda com pacto de retrovenda são figuras que, de certa ótica, apresentam efeitos equivalentes. Esta hipótese seria um exemplo de uso de um negócio jurídico típico para atingir o efeito equivalente ao efeito próprio de outro negócio, que é ter a garantia de receber o crédito ou o imóvel. O negócio jurídico típico, assim utilizado, é denominado negócio indireto.

Importante também é fazer a diferenciação entre negócio indireto e simulação.

No negócio indireto as partes celebram determinado negócio para atingir fim próprio de outro, submetendo-se a todos os requisitos impostos àquele, que é o negócio declarado. Neste existe apenas um negócio.

Já na simulação existe uma divergência entre o que é declarado e o que ocorre na realidade. Na verdade, na simulação existem dois contratos, um simulado/aparente (declarado) e um real (não declarado).

Assim, uma diferença básica está no fato de que, no negócio indireto existe apenas um negócio. Já na simulação o que se observa é que há um negócio declarado, que é apenas aparente, e um não declarado, que é o real.

No negócio jurídico indireto não existe a intenção de enganar terceiro, mas apenas a de obter resultado semelhante ao de outro negócio.

Dessa forma, se as partes celebram um negócio “X” com o intuito de se chegar ao fim que normalmente se atinge celebrando o negócio “Y”, os contratantes, para tanto, terão que se submeter também aos ônus próprios daquele negócio.

Na esfera tributária, muitos particulares vêm se utilizando desse tipo de negócio para atingir determinado objetivo e ao mesmo tempo evitar a ocorrência do fato gerador do tributo, deixando assim de ter a obrigação de pagá-lo, reduzindo sua carga tributária.

Um exemplo de negócio indireto em matéria fiscal é o de uma incorporação de empresas com o objetivo de transmitir bem imóvel. Nesse sentido, Lúcia Helena Briski Young (2011, p.171) cita o seguinte exemplo:

A empresa ‘Alfa Ltda’ é uma grande siderúrgica e a empresa ‘Beta Ltda’ dedica-se à plantação de eucalipto. A empresa Alfa deseja adquirir um extenso terreno pertencente à empresa Beta (seu único ativo), onde é plantado eucalipto para a utilização em alto-forno da empresa Alfa. Caso a empresa fosse efetuar a compra do terreno, ela teria que desembolsar o valor do terreno, incluídas as benfeitorias e, ainda, teria que pagar o ITBI mais as despesas cartoriais. A empresa Alfa, entretanto, desejando livrar-se do imposto e das pesadas despesas com o registro de imóveis, opta por incorporar a empresa Beta. Fazendo a incorporação, a empresa Alfa apenas pagará aos sócios da sociedade Beta o valor de mercado do bem, sendo que o dito terreno passará a integrar o patrimônio da sociedade Alfa. Não haverá a transferência do bem imóvel, uma vez que tal bem pertencia à Beta, que agora pertence à Alfa. Não havendo transferência, não há fato gerador do ITBI, logo não há que se falar em pagar imposto. [...]

No caso citado, observa-se que não houve qualquer meio ardiloso, doloso ou fraudulento no negócio realizado, mas tão somente a utilização de

um meio diverso do que normalmente é adotado para se adquirir o bem imóvel desejado. Portanto, como o negócio foi inteiramente lícito, não há que se falar em evasão tributária, mas sim em elisão/planejamento fiscal.

Diante do exposto, é de se concluir que, tanto na esfera privada como na esfera tributária, a realização de negócio indireto, por si só, não leva ao ilícito, uma vez que a vontade declarada é a vontade real das partes, existindo apenas um negócio, diversamente da simulação, que presume a existência de dois negócios (um real e um apenas aparente).

Não sendo o negócio indireto eivado de qualquer vício, pode ser utilizado na busca por uma economia tributária, tendo em vista que não existe qualquer lei que proíba seu uso, e que o direito tributário está norteado pelos já mencionados princípios da legalidade e tipicidade da tributação.

4.5 Fraude à lei

A fraude à lei é uma das causas de nulidade do negócio jurídico, com previsão expressa no artigo 166, inciso VI do Código Civil de 2002. Sobre o tema, ensina Alberto Xavier (2002, p.63):

O instituto da fraude à lei [...] é uma figura pela qual certos ordenamentos determinam a nulidade ou a ilicitude dos atos jurídicos praticados, com o fim mediato de se subtraírem ao âmbito da aplicação da *norma proibitiva* ou *perceptiva*, atingindo no entanto um resultado equivalente ao vedado por esta norma.

Ou seja, para que se configure a fraude à lei, o ato praticado não pode ser expressamente proibido em lei, sendo, contudo, o resultado desse ato semelhante (ou mesmo igual) ao resultado contemplado pela norma proibitiva.

A conduta praticada com fraude à lei é considerada uma violação indireta à mesma, em que o negócio celebrado está amparado e disciplinado em uma lei (norma de cobertura ou de contorno), buscando evitar que incida a norma proibitiva (norma contornada). O resultado almejado pelo negócio é

semelhante ao que se obteria com a prática da conduta proibida pela norma contornada/proibitiva. Alberto Xavier (2002, p.65) ensina que a fraude à lei possui os seguintes pressupostos:

São quatro os pressupostos da fraude à lei no Direito Civil: a existência de um resultado proibido; a prática de ato jurídico ou conjunto de atos jurídicos não previstos na lei proibitiva; a obtenção, através desses atos, de um resultado equivalente ao proibido; o fim de subtrair o ato ou conjunto de atos ao âmbito de aplicação da norma proibitiva.

A fraude à lei também vem sendo objeto de discussões doutrinárias quando se fala em planejamento/elisão fiscal.

Parte da doutrina entende que os atos praticados pelo particular dentro dos moldes da doutrina em estudo, constituem ilícitos também na esfera tributária.

Um exemplo de fraude à lei tributária é o caso de um contribuinte que importou todas as peças e partes de um automóvel e o montou no Brasil. Na época, existia uma norma (norma 1) que vedava a importação de automóveis, cujo objetivo era a proteção da indústria nacional. Entretanto, existia também uma norma que permitia a importação somente de partes e peças de automóveis, destinadas a uma determinada frota de veículos, para que esta permanecesse funcionando (norma 2).

No caso concreto, um particular se aproveitou da existência da norma 2 para importar todo o necessário para montar um automóvel no País.

O caso foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu que houve fraude à lei. Para Marco Aurélio Greco (2008, p. 243), em comentário ao mencionado caso, afirma que o contribuinte:

[...] agrediu o conjunto formado pelo ordenamento porque, em detrimento dele, manipulou uma regra. Através da manipulação de uma norma, chegou a um

resultado que o conjunto não quer, pois a finalidade da norma 2 era apenas assegurar a reposição, a manutenção da frota ou a produção de veículos no País e não a importação de um veículo; então infringiu o ordenamento e não a lei.

Como se pode ver, do exemplo citado, o autor entende que a fraude à lei configura ilícito, sendo, portanto, um caso de evasão fiscal.

Para a doutrina, a fraude à lei pode ser fiscalizada por meio das normas antielisivas. Na esfera privada, referida norma é a prevista no artigo 166, inciso VI, do Código Civil. Já na seara tributária, a norma é a prevista no artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Não parece coerente o entendimento de que a doutrina em estudo é aplicável ao direito tributário, uma vez que a norma geral antielisão fere frontalmente o princípio da estrita legalidade (art. 150, I da CF/88), além de gerar enorme insegurança jurídica, tendo em vista que dá uma grande margem de interpretação para a autoridade fiscal.

Ademais, a aplicação do instituto da fraude à lei permite que o Fisco se utilize de analogia para realizar a tributação. Sobre o assunto, explica Alberto Xavier (2002, p. 99):

[...] a qualificação de um ato como 'elisivo' não tem qualquer reflexo na validade das relações privadas entre as partes, tendo como única consequência a ineficácia relativa ou inoponibilidade de tais atos em relação ao Fisco, de modo a permitir a este aplicar por analogia a um ato ou negócio extratípico, norma tributária aplicável a ato ou negócio economicamente equivalente.

Assim, em razão da enorme insegurança jurídica gerada pela norma geral antielisão, pressuposto para a aplicação da doutrina ora estudada, bem como da já superada inconstitucionalidade e da vedação da tributação por

analogia, atualmente não existe espaço para essa teoria dentro do ordenamento jurídico pátrio.

5 Conclusão

O Brasil é um país que possui uma das mais elevadas cargas tributárias em todo o mundo. Dentro desse contexto, uma maneira que os contribuintes possuem de diminuir seus encargos fiscais é realizando o planejamento tributário, meio lícito de economia fiscal, que procura evitar que se configure o fato gerador da obrigação tributária.

Para se fazer um bom planejamento tributário, é preciso atenção aos conceitos de elisão e evasão fiscal.

A elisão é composta por um conjunto de condutas, omissivas ou comissivas, que procuram impedir que o fato gerador do tributo ocorra, não havendo assim a necessidade de pagá-lo.

Na evasão, o contribuinte busca se furtar da obrigação de pagar tributo, através de meios ilícitos, quando já nascida a obrigação tributária, uma vez que o fato gerador já ocorreu no caso concreto. Trata-se de meio ilícito de economia tributária, vedado em nosso ordenamento jurídico.

Assim, somente há que se falar em planejamento tributário quando ocorre a elisão fiscal.

O planejamento tributário é um direito do contribuinte que possui amparo em lei e também na própria Constituição Federal, especialmente no princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, inciso I) e da legalidade geral (art. 5º, inciso II).

Com a entrada em vigor da norma geral antielisão, prevista no artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional, muitos atos praticados pelo particular passaram a ser vistos como ilícitos, sem, contudo, macularem a lei, gerando enorme insegurança jurídica.

Referida norma, por dar grande margem de discricionariedade para a autoridade fiscal interpretar cada caso, chegando a conflitar com o princípio

da estrita legalidade tributária, é inconstitucional, uma vez que o agente fiscal pode deixar de aplicar uma lei (menos onerosa) e aplicar outra (mais onerosa), sem, no entanto, existir qualquer critério objetivo para tanto. Ademais, viola também o princípio da separação de poderes, pois dá à autoridade administrativa o poder de atuar como verdadeiro legislador no caso concreto.

A doutrina menciona vários institutos, como, por exemplo, o abuso de direito, abuso de forma e a fraude à lei, para serem aplicados na tentativa de limitar o planejamento tributário lícito realizado pelo contribuinte, e, conseqüentemente, aplicar a norma geral antielisão.

Ocorre que, nenhuma dessas teorias possui qualquer fundamento concreto para que possam ser aplicadas, tampouco qualquer fundamento legal, entrando em conflito direto com os princípios da tipicidade da tributação e da estrita legalidade, gerando enorme insegurança jurídica.

Sendo assim, tendo em vista que o artigo 116, parágrafo único do CTN é inconstitucional e que as teorias oriundas do direito privado carecem de fundamentos para serem aplicadas no âmbito fiscal, o planejamento tributário somente pode ser limitado pelo que se encontra disposto em lei, não podendo haver tributação por analogia ou por interpretação extensiva, devendo haver simplesmente a subsunção da norma ao caso concreto.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: . Acesso em: 20 set. 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. **Elisão tributária no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: MP, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.v.1.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2004.v.2.

_____. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.v.1.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Planejamento tributário, Elisão e evasão fiscal, norma antielisão e norma antievasão. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.v.1.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2007.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2002.

YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento tributário: fusão, cisão e incorporação**. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2011.



UNIVERSIDAD NACIONAL
DE TRES DE FEBRERO

Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Internacionales

**“Direito penal do trabalho: a competência criminal da
justiça laboral.”**

Mestrando: IGOR LEITE BRASILEIRO

Director da Tesis: JULIO ARMANDO GRISOLIA

BUENOS AIRES - ARGENTINA

Ano 2016

“Nenhuma família sem casa,
Nenhum camponês sem terra,
Nenhum trabalhador sem direitos”
(Papa Francisco)

AGRADECIMENTOS

À minha mãe Beroniza Brasileiro pelo carinho e amor incondicional; à meu Pai Felipe Brasileiro, que acompanha esta jornada ao lado de Deus-Pai; à minha irmã Luzana Brasileiro que apoiou minha pesquisa e me deu forças para concluir este trabalho; a minha irmã Liana Brasileiro pela sua amizade e carinho; aos meus sobrinhos Bruno Henrique e Felipe Brasileiro pela alegria que me passam todos os dias; aos meus cunhados pela força; aos amigos pela ausência; à professora Paula Sardegna pela atenção e confiança; a meu tutor Júlio Grisolia pelo brilhantismo de suas ideias; a todos os professores deste programa de Mestrado; aos funcionários da UNTREF, sobretudo Pablo Valdez que sempre teve paciência e disponibilidade.

Sumário

Introdução	6
1. Trabalho.....	10
1.1. Etimologia do termo trabalho	10
1.2. O trabalho humano	12
1.3. Evoluções do trabalho.....	14
1.3.1. Evolução do trabalho a partir da escravidão.....	14
1.3.2. Evolução do trabalho nos regimes produtivos	17
1.3.3. Evolução do trabalho no Brasil.....	22
1.3.4. Evolução do trabalho na Argentina	32
1.4. Modificações produzidas em torno do trabalho	44
2. Do Direito do Trabalho	45
2.1. Conceito	46
2.2. Características.....	48
2.3. Natureza Jurídica ou taxonomia.....	52
2.4. Aspectos comuns do Direito do Trabalho argentino e brasileiro	55
2.4.1. Do contrato de trabalho	56
2.4.2. Da relação de trabalho	64
2.4.3. Dos sujeitos da relação de trabalho	67
2.5. Relação do Direito do Trabalho com outros ramos.....	76
3. Do Direito Penal do Trabalho	79
3.1. Origem e definição.....	79
3.2. Sintomas de mudança e a necessidade de proteção constitucional.....	85
3.3. O problema da operação e o conteúdo do direito penal do trabalho	97

3.4.	Do direito penal do trabalho Argentino	98
3.4.1	Sugestão para um Capítulo de “Delitos contra os direitos laborais” no CP Argentino.....	98
3.4.1.1	Tráfico ilegal de trabalhadores	100
3.4.1.2	Recrutamento ilegal de trabalhadores	100
3.4.1.3	Trabalho infantil.....	101
3.1.1.4	Omissão e descumprimento das normas de saúde e segurança.....	102
3.4.1.5	Assédio sexual no trabalho	103
3.4.1.6	Discriminação laboral.....	104
3.1.4.7	Imposição de condições ilegais no trabalho.....	104
3.4.1.8	Retenção e apropriação indébita de remunerações	106
3.4.1.9	Violação da intimidade do trabalhador.	107
3.4.1.10	Crimes contra a liberdade sindical.....	107
3.4.1.11	Descriminalização da greve de empregados públicos.	108
3.5	Do direito penal do trabalho no Brasil	109
3.5.1	A Emenda Constitucional 45 e a competência penal da Justiça do Trabalho.....	118
3.5.2	Do Incidente de Inconstitucionalidade nº 3.684/2006 e a Defesa da Competência Penal Trabalhista.....	130
3.5.3	Adequação e efetividade da Justiça do Trabalho	136
3.5.4	O Juiz do Trabalho e a Ação Penal.....	139
3.5.5	Operacionalização da nova competência.....	141
4.	Considerações finais	145
	Bibliografia	148

Introdução

O crescimento demográfico da população acompanhado das transformações da economia nem sempre respeitam os limites de exploração do trabalho humano, imposto pelas normas que envolvem não somente a proteção do labor, como também da saúde e segurança do trabalhador.

Os meios de comunicação noticiam um aumento de violações aos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores – exploração infanto-juvenil, fraude aos direitos trabalhistas, à seguridade social, discriminações por motivo de raça, gênero, idade, compleição física, entre outras – demandando cada vez mais atuação dos Órgãos de fiscalização e exigindo uma maior especialização da Justiça.

A presente tesis não trás em si a pretensão de esgotar o tema a respeito do direito do homem como trabalhador nem mesmo o que dele derivou ao longo dos anos, pois os direitos sociais estão sujeitos às transformações, debates, confrontos e inovações constantes.

Das relações de trabalho primitivas, pautadas no trabalho escravo, às formas mais modernas de labor, a evolução do trabalho do homem sempre esteve atrelada ao aprimoramento das relações humanas e da própria evolução da sociedade, que, aliada a fatores políticos e econômicos é capaz de promover a formação de um conjunto de normas de proteção ao trabalhador.

Esta tesis propõe, *ab initio*, levantar a origem do termo trabalho, explicando sua etimologia por meio dos radicais grego e latino e os significados adquiridos ao longo do tempo, como forma de compreensão da essência da palavra.

Por sua vez, passa-se a tratar da evolução do trabalho considerando duas acepções: sua evolução a partir da escravidão, demonstrando a antiguidade do tema abordado, as necessidades humanas e a luta pela sobrevivência do homem; e a evolução do trabalho nos regimes produtivos, de onde se aborda o regime doméstico, o artesanato, as manufaturas e, por fim, as fábricas.

Tudo isso é importante para entender não só a evolução do homem em sociedade, mas compreender os aprimoramentos à mão-de-obra responsáveis pelo

regime da livre produção, onde as fábricas assumiram posição de destaque no processo de produção, pelo que hoje se define o regime capitalista.

É exatamente neste cenário da história que surgem as primeiras explanações acerca do direito penal do trabalho, já que o mundo capitalista exigia do homem trabalhador uma jornada de trabalho abusiva, salários reduzidos e as mais precárias condições de trabalho.

Todas essas condições de exploração, próprias do novo sistema econômico, vão gerar resistências entre os explorados. É a partir daí que os trabalhadores, aos poucos, passaram a se organizar para exigir das fábricas melhores condições de trabalho e o processo de luta passou por longas experiências de onde surgiram o movimento dos quebradores de máquinas, as greves e a formação dos sindicatos, para se contrapor ao poder do patronato.

Em pouco tempo, este comportamento foi copiado em várias cidades da Europa transformadas pelo capitalismo e exigiu do Estado, que possuía grande influência burguesa, uma posição de repúdio.

Vê-se que a origem do direito penal do trabalho é marcada por um viés fascista e esteve ligada à noção de proteção da produção econômica e não do trabalho em si, mas da garantia da manutenção da força-trabalho. Nesse sentido, historicamente, o Direito Penal do Trabalho servia inclusive à criminalização da greve.

Maculado pelo recalque liberal e origem pouco nobre, o Direito Penal do Trabalho foi convenientemente esquecido pelas universidades, adormeceu nas prateleiras das bibliotecas e na inércia de seus dispositivos legais, homologou-se um completo abandono forense.

Contudo, com o passar dos anos o Estado Democrático de Direito eleva, um novo Direito Penal do Trabalho que pode e deve encontrar sua pulsação natural na vida social. Ele se libera de suas raízes corporativistas, da pura garantia da força-trabalho e assume nova função nos ordenamentos jurídicos passando a se voltar à proteção da pessoa do trabalhador, do meio ambiente de trabalho, dos direitos sociais e à consagração da liberdade sindical e de trabalho.

Deste modo, a tutela penal trabalhista não está mais associada ao Direito Penal clássico e, por isso, não pode nem deve ser articulado sob os mesmos princípios do liberalismo político que inspiraram os chamados direitos humanos de primeira dimensão.

A nova tutela está muito mais associada aos direitos fundamentais de segunda geração, os chamados direitos sociais, que aos civis clássicos. Apesar dessa nova vocação tuitiva e de emancipação do Direito Penal do Trabalho, esse ramo jurídico continua inerte na prática judiciária, principalmente, porque os atores institucionais responsáveis por sua aplicação não estão aparelhados e vocacionados para essa atuação no mundo do trabalho.

Refuta-se, com esta tese, a possibilidade de avocação da Justiça Especializada do Trabalho para a tutela penal-trabalhista. Sendo que há, atualmente, um consenso doutrinário no sentido de que a sistemática mais adequada e eficaz para a proteção de grupos hipossuficientes é a concentração ou desfragmentação, não só da tutela jurídica, mas também da tutela judiciária, num único órgão, a partir da ideia de 'unidade de convicção'¹.

Os direitos são construções do homem, em permanente elaboração, cuja evolução coincide com o desenvolvimento da sensibilidade para a tutela dos direitos fundamentais, sem culpa e má consciência.

Refuta-se, com esta tese, a possibilidade de avocação da Justiça do Trabalho para a tutela penal-trabalhista, considerando que não é demais lembrar que esse ramo do Judiciário é que o que tem menor taxa de congestionamento, segundo os últimos levantamentos estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (no caso do Brasil), sendo, dessa forma, a Justiça com maior capacidade de atender a novas demandas sociais.

¹ Segundo o princípio da unidade de convicção, como enunciado e formulado pelo jurista e ex-ministro da Suprema Corte Brasileira Cezar Peluzo no Conflito de Competência nº 7.204-1, "não convém que causas, com pedidos e qualificações jurídicos diversos, mas fundadas no mesmo fato histórico, sejam decididas por juízos diferentes". Nesse sentido, conclui que se o mesmo fato houver de ser submetido à apreciação jurisdicional por mais de uma vez, o mais razoável é que o seja pelo mesmo ramo judiciário, "por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre inteligíveis para os jurisdicionados e depreciativas para a justiça".

Uma vez posto em prática efetiva, o Direito Penal do Trabalho poderá valorizar a concorrência sadia, reprimindo o dumping social² e a concorrência desleal, fundada na precarização, na mercantilização do trabalho e no descumprimento dos direitos sociais. Os mecanismos modernos de transação penal, por outro lado, permitirão inclusive a ênfase em medidas pedagógicas, antes da intervenção meramente punitiva.

Diante disso, abre-se à mente do operador mais atento as seguintes indagações: porque razão o acesso à justiça penal é tão restrito em matéria laboral? Que papel o direito penal poderia cumprir no universo das relações de trabalho (admitindo-se que, hoje, não cumpre papel muito eficiente)? Quais os caminhos mais acessíveis para o desencargo desse novo papel institucional refundado?

Desta forma, é importante trazer à discussão uma importante Emenda Constitucional que no ano de 2004 determinou significativas mudanças no Poder Judiciário brasileiro, em especial na Justiça do Trabalho, com a ampliação de sua competência, através da nova redação dada ao art.114 da Constituição Federal.

Mais que isso, após esta reforma constitucional, a competência da Justiça do Trabalho teria sido ampliada para o processamento e julgamento das lides de natureza jurídica penal trabalhista, uma vez que o inciso IV do referido dispositivo 114 fixou a competência da Justiça Especializada para julgamento de habeas corpus?

Muitos são os questionamentos se a Justiça do Trabalho brasileira poderia ser aplicada no julgamento de crimes contra a organização do trabalho, contra a administração da Justiça do Trabalho, além de outros associados às relações de trabalho, como a redução à condição análoga à de escravo e o assédio sexual.

Assim, esta tesis possui o objetivo de demonstrar, por meio da evolução do direito e da sociedade, que o direito das causas penais-laborais tem se

2 O dumping social segundo o Tribunal Superior do Trabalho (instância mais elevada de julgamento para temas envolvendo o direito do trabalho no Brasil) caracteriza-se pela conduta de alguns empregadores que, de forma consciente e reiterada, violam os direitos dos trabalhadores, com o objetivo de conseguir vantagens comerciais e financeiras, através do aumento da competitividade desleal no mercado, em razão do baixo custo da produção de bens e prestação de serviços. Várias são as práticas que podem configurar o dumping social, como o descumprimento de jornada de trabalho, a terceirização ilícita, inobservância de normas de segurança e medicina do trabalho, entre outras.

especializado ao longo tempo reclamando uma tutela mais eficiente e provedora dos direitos sociais cuja reclamação se pauta numa tendência de avocação da Justiça do Trabalho para julgar crimes contra a organização do trabalho.

Existe uma tendência natural a indagar sobre a possibilidade, ou não, de a Justiça Especializada do trabalho julgar os crimes relacionados ao trabalho, onde se busca provocar a crítica diante das novas concepções penais-laborais e demonstrar qual a necessidade e sentido dos ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino com relação ao tema e analisar, na prática, como procedeu o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, diante da provocação de inconstitucionalidade suscitada.

Busca-se também definir o conceito de direito penal do trabalho e qual o seu significado nos dias atuais tendo em vista as transformações sociais ocorridas nos últimos anos no mundo capitalista e avaliar o grau de importância do mesmo nas jurisdições brasileira e argentina e a atenção dispensada pelos juristas dos respectivos países por meio de análise da doutrina e jurisprudência.

E no intento de se garantir os princípios da economia processual, equidade e à unidade de cognição se propõe adequação entre a realidade social e a realidade processual: avocação da competência criminal por parte da Justiça do Trabalho para apreciar os crimes que envolvem a relação de trabalho.

A metodologia a ser adotada para o desenvolvimento da pesquisa consistirá no levantamento bibliográfico a respeito do tema, partindo de uma evolução histórica, análise qualitativa das definições do direito penal do trabalho e lugar de protagonismo como ordem social para a avocação natural dos crimes relacionados ao labor pela Justiça Especializada; análise da Emenda Constitucional 45 e do incidente de inconstitucionalidade acerca do tema bem como as suas projeções para o futuro.

1. Trabalho

1.1. Etimologia do termo trabalho

Segundo alguns historiadores, a princípio, o trabalho foi concebido como um castigo, como uma dor, sendo que o termo grego que significa trabalho tem a mesma raiz que a palavra latina *poena*.³

Para outros, a palavra tem o sentido de tortura – *tripaliare*, torturar com *tripalium*, máquina de três pontas; ou, como a própria origem latina assim o admite: *trabs*, *trabis*, viga, de onde se originou em primeiro lugar um tipo *trabare*, que em castelhano é *trabar*, etimologicamente obstruir o caminho por meio de uma viga (como embaraçar a barra).

Aponta Evaristo de Moraes Filho⁴ que:

A quase totalidade dessas hipóteses já se encontra ultrapassada. Merece ser fixada unicamente a primeira, assim como admitida no século passado por poucos etimologistas. O mais credenciado é E. Littré, que aponta *trabs* como a raiz originária, lembrando igualmente que trabalhar teve o sentido de viajar, sentido que se liga ao de pena, de fadiga. É dessa acepção que deriva o inglês *to travel*. A origem certa, porém, e neste sentido se inclina a maioria dos filólogos e linguistas, é das palavras *tripalium* e *tripaliare*.

O que se viu até aqui diz respeito ao significado do trabalho como atividade humana, isto é, de que representa um esforço, um cansaço, uma pena e, até mesmo castigo. Entretanto, o Dicionário de Ciências Sociais, da Fundação Getúlio Vargas assevera que

O termo Trabalho tem significado geral – trabalho ou esforço frequentemente no sentido de lida penosa ou pesada – do qual derivam várias aplicações e usos análogos (como por exemplo, trabalhoso: o que custa muito esforço e exige muita persistência em

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FERRARI, Irany. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTR, 2011, p. 255.

⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução ao direito do trabalho. 1º vol. Revista Forense, 2006, p. 59-62.

vez de habilidade). Como verbo, trabalhar tem o mesmo sentido geral.⁵

Dessa forma, vê-se que o termo trabalho comporta vários sentidos, já que com a especialização das atividades humanas, imposta pela evolução cultural (especialmente a Revolução Industrial) da humanidade, a palavra passou a constituir muitos significados diferentes.

1.2. O trabalho humano

Julián Arturo De Diego⁶ conceitua o trabalho humano como “a atividade criadora e produtiva do homem desenvolvida através de seu esforço físico e intelectual, e tem por finalidade transformar a realidade.”

Esta definição é, obviamente, elementar e primária, porém trata de estabelecer que o trabalho em sentido amplo compreende uma quantidade importante de classificações, uma delas é o direito do trabalho, onde se considera o homem como trabalhador em relação de dependência.

Júlio Armando Grisolia⁷ define como “toda atividade realizada pelo homem, com seu esforço físico ou intelectual, que produz bens e serviços e que tem por objeto converter as coisas, é dizer, transformar a realidade.”

No campo do direito do trabalho o conceito se torna mais restrito. Circunscreve-se a toda atividade lícita prestada a outro - pessoa física ou jurídica (empregador individual ou empresa) – em troca de uma remuneração.

O trabalho humano não é mero instrumento a serviço do interesse particular, nem mercadoria, tal como se apresentava na escravidão. Trata-se de uma atividade criadora de utilidade que tem valor social. Constitui o laço de união entre o homem e a sociedade.

⁵ SILVA, Benedicto. Dicionário de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: FGV, 1986, p. 1421.

⁶ DE DIEGO, Julián Arturo. Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 27.

⁷ GRISOLIA, Júlio Armando. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. 14ª Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 1-6.

O trabalho foi feito para o homem, porém este não foi criado exclusivamente para o trabalho: primeiro, porque o trabalho não é tudo, senão uma parte de sua vida e, em segundo, porque não é um fim em si mesmo, senão um meio, já que serve ao homem para obter outras coisas.

A princípio, no trabalho oneroso (remunerado) há uma relação de troca de caráter patrimonial, já que o trabalhador desenvolve tarefas para sua subsistência e de sua família: trabalha pela remuneração. Porém, acima disto, está a dignidade humana do trabalhador, pois as normas que regulam as atividades laborais devem prescrever em grau de importância um tratamento diferenciado.

Respeitar a dignidade humana é compreender que o trabalhador não é uma máquina, nem um computador, nem um robô: é um ser humano! A dignidade do trabalho humano não está no brilho exterior do que produz, mas no que tem realizado como ser humano.

As máquinas, a informática e a robótica estão a serviço do homem. São meros instrumentos que necessitam de seu intelecto, pelo qual de modo algum se podem comparar com ele. Assim o trabalho serve ao homem e à sociedade, é social por seu fim e por seu exercício.

Grisolia explica ainda que

as relações de trabalho se concentram em satisfazer as necessidades do homem e facilitar seu desenvolvimento como pessoa. Para ele o homem está dotado de capacidade de ação (suas mãos atuam como ferramentas) e de inteligência (pode dominar seu mundo e converter as coisas).

Para que o trabalho realizado seja devidamente retribuído não basta impor uma compensação econômica suficiente (contraprestação material – remuneração), senão que deve render certa satisfação ao trabalhador; a isto se denomina “salário psicológico”; pode consistir tanto na autoavaliação do produto como no reconhecimento de um terceiro ou daquele a quem é dirigido o resultado do esforço realizado.

Do ponto de vista histórico os escravos são um antecedente do trabalho, porém cabe destacar que eram considerados coisas pelo direito romano, motivo pelo qual não eram trabalhadores, já que necessitava, para isto, de liberdade.

O trabalho humano tem evoluído ao longo do tempo, passando de um trabalho essencialmente físico a um basicamente intelectual. Na história, o homem utilizou para trabalhar: de suas próprias forças, dos animais, das máquinas e, finalmente, do avanço da tecnologia.

1.3. Evoluções do trabalho

1.3.1. Evolução do trabalho a partir da escravidão

O trabalho é tão antigo quanto o homem. Em todo o período da pré-história, o homem é conduzido, direta e amargamente, pela necessidade de satisfazer a fome e assegurar sua defesa pessoal. Ele caça, pesca e luta contra o meio físico, contra os animais e contra os seus semelhantes, tendo como instrumento as suas próprias mãos.

Segundo Segadas Vianna⁸ o homem sempre trabalhou; primeiro para a obtenção de seus alimentos, já que não tinha outras necessidades em face do primitivismo de sua vida. Depois, quando começou a sentir o imperativo de se defender dos animais ferozes e de outros homens, iniciou-se então na fabricação de armas e instrumentos de defesa.

Nos combates que travava contra seus semelhantes, tratava de matar os adversários que tinham ficado feridos no intento de devorá-los ou para se libertar dos incômodos que ainda podiam provocar. No entanto, pensou o homem que em vez de liquidar os prisioneiros, era mais útil escravizá-los para gozar de seu trabalho, fazendo surgir a mão-de-obra escrava.

À medida que os vencedores valentes faziam maior número de prisioneiros, impossibilitados de utilizá-los em seus serviços pessoais, passaram a vendê-los,

⁸ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho, 9ª Ed. Ampliada e Atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984, p. 255.

trocá-los ou alugá-los. E, aos escravos eram dados os serviços manuais exaustivos não só por essa causa, como também porque tal gênero de trabalho era considerado impróprio e até desonroso para os homens válidos e livres.

Na antiguidade clássica a escravidão entre os egípcios, gregos e os romanos atingiu grandes proporções. Na Grécia havia fábricas de flautas, facas, de ferramentas agrícolas e de móveis onde o operariado era todo composto de escravos.

Dada a importância desta mão-de-obra, Teseu e Solon⁹ incluíram o princípio do trabalho na Constituição ateniense. A generalização do trabalho escravo, sua importância e a necessidade de sua utilização para a prosperidade geral ou para o gozo dos privilégios constituídos levaram Platão e Aristóteles, em suas obras A República e A Política, a admitir a escravatura, quando não chegaram ao extremo de defendê-la.

Em Roma os grandes senhores tinham escravos de várias classes ou níveis, desde os pastores até gladiadores, músicos, filósofos e poetas. Para os romanos, a organização do trabalho ofereceu três aspectos distintos: o trabalho escravo, em que o homem se transforma em *res*, sujeito à vontade despótica de seu proprietário; o trabalho em corporações e finalmente o trabalho livre.

John Gilissen¹⁰ registra que a apropriação do solo leva a desigualdades sociais e econômicas e estas desigualdades econômicas levam a diferenças mais ou menos consideráveis de produção de um clã para outro, duma família para outra.

A partir daí, segue-se o aparecimento de ricos e pobres e, por conseqüências, de classes sociais. E, estas classes vão diferenciar fortemente à medida que os ricos se tornam mais ricos e os pobres mais pobres; porque muito freqüentemente o pobre, obrigado a procurar meios de sobrevivência, deverá pedir emprestado ao rico e pôr os seus bens e a sua pessoa em penhor, o que terá conseqüências graves no caso de não execução do contrato.

⁹ Teseu governou Atenas entre 1234 e 1204 a.C. e Solon foi considerado pelos antigos como um dos sete sábios da Grécia responsável pela reforma das estruturas social, política e econômica da pólis ateniense.

¹⁰ GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.46.

Dessa forma, surgem as classes sociais cada vez mais distintas e uma hierarquização da sociedade, que vai se complicando à medida que aparecem novas classes entre a dos livres e a dos não livres.

Chegam-se assim a uma sociedade fortemente estruturada, geralmente do tipo feudal, piramidal, tendo à sua cabeça um chefe, abaixo do chefe os vassalos, depois os vassalos dos vassalos e assim seguidamente, finalmente os servos e os escravos.

A escravidão, primeira forma de trabalho em que o escravo era considerado apenas uma coisa, sem qualquer direito, não era tratado como sujeito de direito e sim propriedade do *dominus*.¹¹

Ademais, muitos escravos vieram, mais tarde, a se tornar livres, não só porque senhores os libertavam como gratidão a serviços relevantes ou em sinal de presente em dias festivos, como também, ao morrer declaravam livres os escravos prediletos. E, ganhando a liberdade, esses homens não tinham outro direito senão o de trabalhar nos seus ofícios habituais ou alugando-se a terceiros, mas com a vantagem de ganhar o salário para si próprio.

Relata Vianna que àquele tempo, a escravidão era considerada coisa justa e necessária, tendo Aristóteles, complementado a informação anterior, afirmando que, para conseguir cultura, era necessário ser rico e ocioso e que isso não seria possível sem a escravidão.

Sob vários pretextos e títulos, a escravidão dos povos mais fracos prosseguiu por vários séculos; em 1452 o Papa Nicolau autorizou o rei de Portugal a combater e reduzir à escravidão todos os muçulmanos, e em 1488 o rei Fernando, o Católico, oferecia dez escravos ao Papa Inocêncio VIII, que os distribuía entre cardeais.

Mesmo com a queda da Constantinopla em 1453 a escravidão continuou e tomou incremento com o descobrimento da América. Os espanhóis escravizavam os indígenas das terras descobertas e os portugueses não só aqueles, como também faziam incursões na costa africana, conquistando escravos para trazer para as terras do Novo Continente.

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 9ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 1999, p. 122.

A Revolução Francesa proclamou a indignidade da escravidão a partir de 1857, sendo também proscria oficialmente nos territórios sob domínio da Inglaterra e oitenta anos mais tarde a Liga das Nações reconhecia ainda a existência de escravos na Ásia e na África.

Foi sob a exploração desumana do índio e do negro pelos implacáveis colonizadores que se estruturou o sistema de produção para integrar muitos países na economia mundial. A exploração do escravo africano não contava com o repúdio da igreja, pelo contrário ela não apenas utilizava o trabalho escravo como também participava da renda do comércio negreiro.

1.3.2. Evolução do trabalho nos regimes produtivos

Segundo a doutrina de José Pinto Antunes¹², a evolução econômica dos povos constitui-se das seguintes fases: a) economia doméstica ou familiar; b) economia urbana; c) economia nacional; d) economia mundial.

Na economia doméstica ou familiar a vida econômica é caracterizada pelo fato de ser uma economia sem troca, em que se une produção e consumo. Não há a figura de nenhum intermediário.

Neste primeiro estágio da vida econômica, “o trabalho era prestado no âmbito da família”, sendo os escravos considerados trabalhadores por excelência, sob a direção do *Pater*, que a exercia também sobre todos os membros da família.

O trabalho servil podia ser considerado uma derivação do trabalho escravo, mudando tão somente o eixo de domínio, pois enquanto no trabalho escravo o senhor era o seu dono, no trabalho servil, o trabalhador era o servo da gleba.

Irany Ferrari¹³ explica que não havia moeda nesse estágio da vida econômica, nem comércio instituído, mas apenas trocas pelas quais se fazia nascer a economia.

Com o tempo começa a surgir em meio a economia familiar a figura do trabalhador ambulante, qual seja um intermediário entre os que produzem bens e os

¹² ANTUNES, José Pinto. A produção sob regime da empresa. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 37.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FERRARI, Irany. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Op. cit. p. 215.

que consomem estes bens produzidos. Eles são livres. Não possuem patrão e trabalham para a sua clientela.

Alguns desses ambulantes se cansariam desse *mister* e se fixariam em um estabelecimento onde trabalham com seus instrumentos, a matéria-prima comprada e por sua própria conta. São, em geral, os artesãos, identificados como os trabalhadores autônomos hoje em dia.

Dessa forma, o artesanato constituiu um fenômeno da economia urbana e acompanhou a formação das cidades, sobretudo na idade média onde foi responsável pela produção e início do corporativismo em face do trabalho.

O aumento da clientela exigiu do artesão (que era livre e autônomo) a necessidade de contratar auxiliares para que exerçam um trabalho sob suas ordens. Mas é imperioso esclarecer que, primeiramente, os ofícios exigiam um tempo de aprendizado, de forma que após este período de experiência todos passavam a ser tratados como companheiros.

Estes são considerados os primeiros assalariados, já que recebiam pagamento pelos trabalhos pelo qual executavam. Todos obedeciam a ordens e não participavam da direção do negócio.

Depois de algum tempo, os mestres (que eram os artesãos) tiveram que se unir e o fizeram por meio das chamadas “corporações de ofício”. Necessitaram criar uma disciplina do grupo e, considerando o papel político importante a que ocupavam nas cidades medievais por serem “mestres”, as corporações passaram a ser autoritárias com regras extremamente rígidas.

Considerando que a economia agrária, nela compreendida a agrícola e a pastoril, se organizava sob o regime da escravidão, depois da servidão, frise-se que a economia urbana girava em torno dos ofícios, que centrados nas corporações já não atendiam as necessidades que a economia exigia.

Passou-se, então, à regulamentação da produção, como força determinante do mercado, confundindo-se, quase sempre, o poder econômico com o poder político, já que eram os mestres que governavam as cidades, pelo seu conhecimento destacado dos demais.

Percebe-se que o Poder Público era, nesta fase, o regulamentador do trabalho e das atividades econômicas, vez que os interesses não eram somente dos produtores, mas também dos consumidores.

O salário, como custo da produção, começou a ser regulamentado quanto aos aprendizes e companheiros, para aumentar a parte que cabia aos mestres. E caso houvesse conflitos, o tribunal que os julgava era composto apenas pelos mestres, que eram os patrões.

A situação passou a se agravar mais ainda quando os mestres criaram mais entraves: o trabalho passou a ser *regalista*, isto é, só poderiam trabalhar quem o Poder autorizasse, depois de rigoroso exame profissional feito pelos mestres, não interessados em abrir mão de suas regalias.

A partir daí os companheiros começam a abandonar as corporações procurando as cidades onde ainda havia liberdade de produção. As cidades começam a tratar de forma melhor esse trabalho despertando uma grande rivalidade entre elas.

Após isto, o regime corporativo entrou em declínio, constituindo grande obstáculo ao progresso econômico e social, dando origem ao liberalismo.

A manufatura foi, sem dúvida, a precursora da grande indústria e data dos séculos XVI e XVII, nela se transformando após a Revolução Industrial (século XVIII), já que este movimento trouxe modificações significativas às técnicas de produção.

Neste momento, Evaristo de Moraes Filho¹⁴ enfatiza que o artesão ou camponês já haviam perdido inteiramente a sua independência econômica, estavam, na realidade, subordinados à vontade do capitalismo mercantil e eram por ele explorados; foram rebaixados à categoria de operários assalariados do capitalismo industrial.

Dessa forma, o trabalho surgiu nas famílias, tomou força por meio dos ambulantes, se aprimorou no artesanato, ganhou relevo com as manufaturas e maiores proporções pela chegada das fábricas. Tudo isso para se chegar ao regime

¹⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. Op. cit. p. 114.

da livre produção, onde as fábricas assumiram posição de destaque no processo de produção, definindo o regime capitalista.

Altamiro Borges¹⁵ esclarece que o sindicato é um fenômeno típico desse sistema. Ele só surge no modo de produção capitalista. a sociedade se encontrava dividida claramente em duas classes. De um lado, a burguesia, dona dos meios de produção - instalações, máquinas, matérias primas etc. Do outro, o proletariado, desprovido de tudo, obrigado a vender a sua força de trabalho aos capitalistas.

É dessa luta cotidiana, inerente ao capitalismo, que surgem as primeiras formas de organização dos trabalhadores. Elas nascem como resultado do esforço espontâneo dos operários para impedir ou atenuar a exploração.

Por sua vez, os trabalhadores têm a necessidade de lutar pela diminuição da taxa de mais-valia, pelo aumento do seu poder aquisitivo, e por condições humanas de trabalho. Nessa luta, o operariado conta com a vantagem de se constituir em grande quantidade.

Para cumprir esse papel, os sindicatos se tornam centros organizadores dos assalariados, focos de resistência à exploração capitalista. Num primeiro momento, eles vão congrega os operários das oficinas e das fábricas, os que produzem diretamente as riquezas - o setor dinâmico da sociedade capitalista. Posteriormente, com o desenvolvimento do próprio sistema, eles se generalizam, atingindo outros setores econômicos.

Para extrair a mais-valia, fonte dos lucros, a burguesia inglesa imporá jornada de trabalho que atingiam até 16 horas diárias. Os salários serão os mais reduzidos e as condições de trabalho, as mais precárias. A introdução das novas máquinas, que representa a consolidação definitiva desse novo modo de produção, também agravará as contradições entre capital e trabalho. Através desses novos instrumentos, a burguesia golpeia os artesãos e suas corporações, que tinham grande poder de barganha.

¹⁵ BORGES, Altamiro. Origem e papel dos sindicatos. I Módulo do Curso Centralizado de Formação Política da Escola Nacional de Formação da Contag. Brasília, 14 a 25 de agosto de 2006, Contag. Disponível em: <<http://www.contag.org.br/imagens/f762origemepapeldossindicatosAltamiroBorges.pdf>>; Acessado em: 22-10-2015.

Todas essas condições de exploração, próprias do novo sistema econômico, vão gerar resistências entre os explorados. Esse processo de luta passará por longas experiências. Um das principais formas de luta foi o *Luddismo*, também conhecido como o movimento dos quebradores de máquinas.

Informa José Cândido Filho¹⁶ que “entre 1811 e 1812, os Luddistas espantaram a burguesia”. O parlamento Inglês, que nunca tratara da questão operária, discutiu o assunto e aprovou, em 1812, uma lei que punia com a pena de morte os “quebradores de máquinas”.

A legislação repressiva não conteve o Movimento Luddista. A revolta operária repercutiu também entre a intelectualidade da época, que passou a dar maior atenção às condições de vida e de trabalho do proletariado.

Outra forma de luta que será utilizada pela classe operária, foi o boicote - palavra que deriva do nome de um oficial inglês encarregado de administrar os negócios do conde Erne, da Irlanda, Sir Boycott. Ele era conhecido por seus métodos truculentos no tratamento com os empregados. A medida que se recusava a negociar os trabalhadores passaram a propor que os moradores do povoado não consumissem os produtos do Conde Erne.

A sabotagem também foi usada nesse período como mecanismo de pressão dos trabalhadores por seus direitos. O termo tem origem francesa e significa "tamanco". Os operários franceses usavam esse tipo de calçado para danificar as máquinas, emperrando a produção.

O salto na ação desse jovem proletariado vai se dar com o recurso da greve - uma forma de luta mais avançada para pressionar o patronato. A greve foi o recurso de luta de maior eficácia nesse período, tanto na Inglaterra, como nos demais países em que o capitalismo foi introduzido. Esse recurso se espalhou pelo mundo, sendo encarado de diversas formas.

É nesse processo da luta que a classe operária sentirá a necessidade de se organizar. Essas jovens entidades de trabalhadores não terão as mesmas características dos sindicatos atuais - que conquistaram o reconhecimento legal, têm sedes, diretores afastados e gozam do direito de negociar com o patronato.

¹⁶ FILHO, José Candido. O movimento operário: o sindicato, o partido. Petrópolis: Vozes, 1982, p.150.

A burguesia verá nelas um grande perigo. Seu temor é que elas unam o grande número de trabalhadores, até aqui dispersos e vivendo em concorrência entre si pelo emprego.

Assim, a existência do sindicalismo demonstra ser este um instrumento indispensável para os assalariados e à medida que se expandia o capitalismo os sindicatos se espalhavam pelo mundo e deixava de ser apenas um fenômeno na Inglaterra industrial.

Num processo dialético, em que o capital impera, suas contradições aparecem, as lutas operárias têm início e, conseqüentemente, surgem estes movimentos *pró operario*. Todos os avanços sociais serão frutos dessa luta e da formação dos sindicatos, luta esta desenvolvida por uma classe trabalhadora de forma organizada.

1.3.3.Evolução do trabalho no Brasil

O latifúndio monocultor no Brasil colonial do século XVI exigia uma mão-de-obra permanente. Era inviável a utilização de portugueses assalariados, já que a intenção não era vir para trabalhar, e sim para se enriquecer a custa da exploração desta colônia.

O sistema capitalista nascente não tinha como pagar salários para milhares de trabalhadores, além do que, a população portuguesa não chegava a três milhões na época, era considerada reduzida para oferecer assalariados em grande quantidade. Dessa forma, o Brasil foi maculado pelo regime escravocrata de labor durante muitos anos.

A História mostra que, a princípio, os portugueses tentaram escravizar os nativos (índios), mas a resistência foi um grande obstáculo muito grande e tornou-se uma ameaça perigosa. Além da luta armada, os indígenas reagiram de outras maneiras, ocorrendo fugas, alcoolismo e homicídios como forma de reação à violência estabelecida pelo escravismo colonial.

Todas essas formas de reação dificultavam a organização da economia da colônia, o que comprometia os interesses mercantilistas da metrópole (Portugal),

voltados para acumulação de capital. Destaca-se também, a posição dos jesuítas, que voltados para catequese do índio, opunham-se à sua escravidão.

Apesar de todos esses obstáculos, o indígena foi amplamente escravizado, permanecendo como mão-de-obra básica na economia extrativista do Norte do Brasil, mesmo após o término do período colonial. Ele foi elemento importante para formação da colônia, mas o negro logo o suplantou.

A maior utilização do negro como mão-de-obra escrava básica na economia colonial, deve-se principalmente ao tráfico negreiro, atividade altamente rentável, tornando-se uma das principais fontes de acumulação de capitais para Portugal. Exatamente o contrário ocorria com a escravidão indígena, já que os lucros com o comércio dos nativos não chegava até a metrópole.

Para os portugueses, o tráfico negreiro não era novidade, pois desde meados do século XV o comércio de escravos era regular em Portugal, sendo que durante o reinado de D. João II o tráfico negreiro foi institucionalizado com a ação direta do Estado português, que cobrava taxas e limitava a participação de particulares.

Entre os séculos XVI e XVII os engenhos de cana-de-açúcar se constituíram como principal atividade econômica no período colonial, contudo muitos escravos trabalhavam como estivadores, barqueiros, vendedores, aprendizes, mestres em artesanato e serviços domésticos.

A partir dos séculos XVIII e XIX, com a ascensão da mineração nos estados de Minas Gerais e Goiás, milhares de escravos foram trabalhar nas minas e demais atividades (como a agropecuária) que movimentavam a economia nas regiões auríferas.

Outras formas de trabalho escravo foram: a criação de gado no nordeste brasileiro; os trabalhos desempenhados no tropeirismo (conhecidos como tropeiros, exerciam atividades comerciais de uma região à outra); e o trabalho de zelar e tratar dos animais carregadores de mercadorias.

Nas cidades, as formas de trabalho escravo variavam bastante. Existiam os escravos prestadores de serviço, isto é, os escravos de ganho, carpinteiros, barbeiros, sapateiros, alfaiates, ferreiros, marceneiros, entre outros.

As mulheres também exerciam o trabalho escravo: geralmente elas trabalhavam como amas de leite, doceiras e vendedoras ambulantes (ou seja, as chamadas “negras de tabuleiro”). Portanto, no Brasil existiu uma grande diversidade nas formas do trabalho escravo.

Sabe-se que a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII, expandiu-se para o mundo a partir do século XIX, alterando profundamente as relações sociais e econômicas no meio urbano e as condições de vida dos trabalhadores. No entanto, a história mostra que o Brasil neste período era ainda muito atrasado como uma colônia de Portugal, onde se impedia a abertura de indústrias no país.

Dessa forma, até o final do Século XIX não havia regras de proteção ao trabalhador no Brasil. Sua economia era basicamente agrícola e formada por um sistema econômico baseado na utilização de mão-de-obra dos escravos.

Considerando que a existência do trabalho livre era um pressuposto para o surgimento do trabalho subordinado e, via de consequência, da relação de emprego, não era possível se conceber a existência de regras protetoras sem que o próprio pressuposto dessa relação fosse estruturalmente permitido na sociedade.

Segadas Vianna¹⁷ preleciona que, no Brasil, aos escravos, de maior ou menor idade, não era assegurada proteção legal, e seus senhores empregavam os menores não somente em atividades domésticas, como nas indústrias rudimentares então existentes (como a da olaria) sendo habitual seu trabalho nos campos desde pequena idade.

É importante ressaltar que na primeira metade do século XIX, a Inglaterra já pressionava a Coroa portuguesa a abolir a escravidão no território brasileiro. Entretanto, tal ato confrontava com os interesses da elite cafeeicultora e dos próprios portugueses, que lucravam com a mão-de-obra não remunerada.

Em 1863, o decreto do presidente dos Estados Unidos Abraham Lincoln para por fim à escravidão nos Estados Unidos deu margem para que movimentos abolicionistas brasileiros fortalecessem sua campanha contra o regime escravocrata.

¹⁷ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Op. cit. p. 270.

Políticos republicanos engajados, como Joaquim Nabuco e José Patrocínio, criaram em 1880 no Rio de Janeiro a “Sociedade Brasileira Contra a Escravidão”, para acelerar o processo de abolição. O jornal “O Abolicionista”, de Nabuco, e a “Revista Ilustrada”, de Ângelo Agostini, foram importantes contribuições intelectuais para explicar como regimes escravocratas são danosos ao Estado e à humanidade.

Em 1871, criou-se a primeira lei de cunho abolicionista no Brasil. Apesar de ser um ideal difundido majoritariamente pela ala liberal, foi o conservador Visconde do Rio Branco quem criou a Lei do Ventre Livre, mencionando o escravismo como uma “instituição injuriosa” que fere a imagem internacional do Brasil. A lei não foi levada a sério pelos imperialistas, mas mostrou números agravantes sobre a situação da mão-de-obra escrava do país, expondo-os a público.

Benjamin Constant, tenente-coronel e professor do Colégio Militar, incitou seus alunos militares a não sustentarem o regime escravocrata e, em outubro de 1887, o marechal Deodoro da Fonseca, responsável pelo Colégio Militar, informou à Princesa Isabel que as tropas do exército estavam indisponíveis para capturar escravos foragidos, pois não eram “capitães do mato”¹⁸. O ato do marechal acabou ligando diretamente o movimento abolicionista com o movimento republicano.

Desta forma, a crescente pressão para o fim do regime escravocrata teve êxito com a assinatura da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, pela Princesa Isabel. Entretanto, os negros libertados ainda se depararam com outro dilema, que persiste ainda nos dias de hoje: a inclusão social.

O Professor Maurício Godinho Delgado¹⁹ destaca que a Lei Áurea²⁰, embora não tenha tido caráter trabalhista, pode ser considerada como o marco inicial de referência da história do direito do trabalho no Brasil, uma vez que cumpriu importante papel na reunião dos pressupostos à constituição desse novo ramo jurídico ao eliminar da ordem jurídica a relação de produção incompatível com o

¹⁸ O capitão do mato era na origem um empregado público da última categoria encarregado de reprimir os pequenos delitos ocorridos no campo. Na sociedade escravocrata do Brasil, a tarefa principal ficou a de capturar os escravos fugitivos.

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Introdução ao Direito do Trabalho. 3ª ed. Atual. São Paulo: LTR, 2001, p. 55.

²⁰ Lei Imperial sob o n.º 3.353, sancionada em 13 de maio de 1888, cujo conteúdo extinguiu a escravidão no Brasil.

ramo trabalhista, bem como, em conseqüência, estimulou a utilização de uma revolucionária forma de utilização de trabalho: a relação de emprego.

O cenário econômico da época era extremamente favorável ao cultivo do café no Brasil, haja vista a Europa estar vivenciando a Revolução Industrial e a grande maioria dos países concentrava todas as suas forças de trabalho na atividade industrial, pouco se interessando pela agricultura de exportação.

Quando os negros alcançaram à liberdade, não tiveram condições de se igualarem no mercado de trabalho, eram considerados inferiores e sem qualificações. O negro também não tinha estímulo para participar de um modelo de parceria, pois quase não possuía hábitos de vida familiar e a idéia de acumulação de riqueza era praticamente estranha.

Há de se considerar que o trabalho para o negro era visto como uma maldição, motivo que determina de imediato uma forte preferência pelo ócio. Por isso, o ex-escravo passa a viver para suprir apenas suas necessidades, renunciando ao modelo de parceria.

Segundo Ana Luiza Martins²¹ os mercados europeus eram supridos por produtos agrícolas originários das colônias da América e isto acentuava uma divisão internacional do trabalho, onde aos países industrializados europeus reservava-se às atividades nas indústrias e aos países de economia periférica restava a atividade agrícola.

Aline Fernanda da Silva Ferreira²² explica que

a decadência da mineração foi acompanhada pelo renascimento das atividades agrícolas e, a partir de então, o principal produto de exportação seria o café. A expansão da cultura cafeeira atraiu os melhores recursos econômicos do País. A declaração de Independência não alterou os alicerces da economia brasileira, e a produção de café reafirmou a estrutura colonial, embasado no latifúndio, na monocultura e na produção para o mercado externo.

²¹ MARTINS, Ana Luiza. Império do café: a grande lavoura no Brasil, 1850 à 1890. São Paulo: Atual, 1990, p. 9.

²² FERREIRA, Aline Fernanda da Silva. Transição do trabalho escravo para o trabalho assalariado. Em < <http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/transicao-do-trabalho-escravo-para-o-trabalho-assalariado/25098/>> Acessado em: 20 de outubro 2015.

Dentre os fatores mais importantes para a ascensão da cafeicultura, destacam-se a adequação da cultura ao clima brasileiro e a grande demanda internacional pelo produto.

Então as primeiras experiências com o trabalho livre nas fazendas de café começam em 1847, por iniciativa do senador Nicolau de Campos Vergueiro, político e latifundiário paulista. Ele trouxe para sua fazenda famílias de colonos suíços e alemães para trabalhar em regime de parceria.

Os imigrantes comprometiam-se a cuidar de certa quantidade de pés de café em troca de uma porcentagem do que é obtido na venda dos grãos e podiam plantar pequenas roças de subsistência, partilhando a produção com o proprietário das terras, relacionando-se com o modo de produção servil do feudalismo europeu.

Em 1852, Vergueiro começa a contratar diretamente imigrantes na Europa, financiado pelo governo. Através de contratos de parceria, os imigrantes vendiam seu trabalho para o futuro. Ficavam devendo as passagens, as comissões de contrato, além de outras despesas com o transporte.

Depois que grandes fazendeiros de café contrataram estrangeiros para trabalhar em suas terras, os governos provinciais da região seguiram o exemplo da iniciativa privada e desenvolveram programas de incentivo à vinda de trabalhadores de outros países, levando o Império a formular uma política oficial de imigração. Com isso cria-se um fluxo regular de chegada de estrangeiros aos estados do Rio de Janeiro, de São Paulo e de Minas Gerais, tradicionais zonas cafeeiras.

Além da preocupação em obter mão-de-obra para a agricultura, há também o interesse de atrair a população branca para o país a fim de reduzir o número de negros e mestiços no Brasil.

As experiências iniciais do trabalho livre do colono foram marcadas por inúmeros conflitos, desentendimentos, greves, denúncias de cobranças de taxas abusivas pelo importador, rebeldia contra o controle moral e disciplina severa imposta nas colônias, fatos que redundaram a acusação de Portugal ao Brasil da prática de um sistema escravocrata disfarçado.

O descumprimento do contrato pelo colono, por exemplo, poderia representar-lhe, além da rescisão, multa e pena de prisão. Contudo, para os fazendeiros o clima

era de tensão generalizada no cumprimento dos contratos, o que demandaria uma regulamentação jurídica mais eficiente do que a vigente.

Assim o modo de produção assalariado surgiu no Brasil após o fim da escravidão e por intermédio de pressões externas. A imigração internacional possibilitou que a abolição fosse gradual e que não houvesse nenhum lapso na oferta da mão de obra necessária quando o trabalho escravo se extinguiu em 1888.

A legislação do trabalho livre no Brasil surge em torno do paradoxo da liberação do trabalho como imperativo de liberdade e num processo cuja preocupação era a garantia da mão-de-obra, onde se impunha a disciplina e a obrigação de trabalho, com garantias contratuais.

Do século XIX para o XX o Brasil era um dos principais destinos de imigrantes que procuravam novas terras para trabalho e ascensão social. De 1887 até 1930 entraram no país 3,8 milhões de estrangeiros. Sendo 35,5% italianos, 29% portugueses, 14,6 espanhóis e 3,7% alemães. E a partir de 1908, começaram a chegar os japoneses, que revolucionaram a agricultura brasileira.

Edite Krawulski²³ assevera que o século XX foi o *século do trabalho*. Foi o século em que este deixou de ser um *fato entre outros* da existência humana e se tornou seu *aspecto central*. O trabalho deixou de estar submetido aos tempos da natureza e às variáveis climáticas e passou, ele próprio, a reger o tempo dos homens. Deixou de ser apenas *meio* de subsistência e tornou-se, para um número cada vez maior de pessoas, elemento constitutivo de identidade.

O século XX cristalizou mudanças radicais: nele é que se consagrou o trabalho como um criador permanente de riquezas e nele indivíduos foram transformados em trabalhadores.

A evolução das leis trabalhistas no Brasil ocorreu de forma desordenada, através da elaboração de leis esparsas, regulando de forma diferenciada cada profissão, culminando por assegurar proteção legal a algumas categorias, além dos incômodos advindos da inexistência de sistematização.

Nesta época o ordenamento jurídico brasileiro contava com leis ordinárias que tratavam, por exemplo, do trabalho de menores em 1891, da organização de

²³ KRAWULSKI, Edite. A orientação profissional e o significado do trabalho. Revista da Associação Brasileira de Orientadores Profissionais, Florianópolis, 1998, p. 5-19.

sindicatos rurais em 1903 e urbanos em 1904 e da criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio em 1930, com a função de pôr em prática a sua política trabalhista e administrar o procedimento de formação do proletariado como força orgânica de cooperação com o Estado.

A Carteira de Trabalho foi instituída em 1932 e neste mesmo ano foi regulada a jornada de trabalho no comércio e na indústria; o trabalho da mulher na indústria e comércio; o trabalho do menor e os serviços de estiva. Em 1933 foi regulada a jornada de trabalho nas farmácias, casas de diversões, casas de penhores e bancárias; nos transportes terrestres e nos hotéis. Em 1936 foi criado o salário mínimo e em 1939 foi instituída a Justiça do Trabalho.

A efetiva expansão do direito do trabalho brasileiro ocorreu a partir de 1930, não apenas pelos impactos das transformações econômicas e sociais vividas no País, como também pela ação política de Getúlio Vargas²⁴ que induziu uma melhor assimilação da idéia de intervenção do Estado nas relações de trabalho, a qual desempenharia papel fundamental, fortemente influenciado pelo modelo corporativista.

A partir de 1930 iniciou-se uma profunda reforma social em benefício dos trabalhadores. Sob os auspícios da era Getúlio Vargas o Estado criou um extenso rol de direitos sociais em favor da classe trabalhadora que foi sendo ampliado ao longo dos anos e que atingiu o seu ponto culminante em 1943 com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Tal como o Direito do Trabalho teve origem no Direito Civil a Justiça do Trabalho surgiu como consequência da autonomia dessa nova disciplina jurídica. Porém, no início cabia à Justiça Comum o julgamento das controvérsias relativas às questões entre o capital e o trabalho, como ainda permanece nas cidades onde não existem Varas do Trabalho.

²⁴ Foi presidente do Brasil em dois períodos e foi responsável pela criação de muitas das leis sociais e trabalhistas brasileiras. A sua doutrina e seu estilo político foram denominados de "getulismo" ou "varguismo" e a orientação trabalhista de seu governo foi responsável pela instituição da CLT, do salário-mínimo, da limitação da jornada de trabalho, das férias remuneradas, da proibição de demissão sem justa causa do empregado após 10 anos no emprego (caída em desuso, posteriormente, com o advento do FGTS em 1966), e do 13º salário instituído pelo seu seguidor João Goulart. Ele fez das leis trabalhistas no Brasil, uma das mais protecionistas do mundo, quase todas em vigor até hoje.

A primeira idéia de criação de uma jurisdição trabalhista surgiu através da Lei nº 1.637, de 05.11.1907, que previa em seu artigo 8º os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem. Essa lei se referia à criação de sindicatos e mencionava tais conselhos, os quais, todavia, não chegaram a ser regulamentados, e, tampouco, lograram funcionar.

Surgem, então, em 1932, mediante a irrefutável necessidade de criação de mecanismos eficazes na solução dos conflitos decorrentes das relações de trabalho, as Comissões Mistas de Conciliação e Arbitragem, cuja função era conciliar os dissídios coletivos e, ao mesmo momento, criam-se as Juntas de Conciliação e Julgamento, cuja função era conciliar e julgar os dissídios individuais do trabalho.

Tanto as Comissões Mistas de Conciliação e Arbitragem quanto as Juntas de Conciliação e Julgamento constituíam instâncias pré-judiciais e as primeiras destinavam-se a questões envolvendo sindicatos, enquanto que as Juntas só poderiam ser acionadas por empregados sindicalizados.

A denominação Justiça do Trabalho surgiu na Constituição de 1934, onde na época já se pensava em tornar a Justiça do Trabalho parte integrante do Poder Judiciário, contudo, prevaleceu a posição de mantê-la no âmbito administrativo, com vistas à simplificação e celeridade das decisões.

A Justiça do Trabalho somente foi criada no dia 1º de maio de 1939, pelo Decreto-lei nº 1.237, mantendo-se na esfera administrativa e considerando que a Constituição de 1946 foi fruto de um processo de redemocratização do País, nele se incluiu a transformou da Justiça do Trabalho em órgão do Poder Judiciário, mantendo a estrutura que detinha como órgão administrativo, inclusive com a representação classista.

Ela foi declarada instalada por Getúlio Vargas em ato público realizado no dia 1º de maio de 1941, no campo de futebol do Vasco da Gama, Rio de Janeiro. A Justiça Laboral, então foi estruturada em três instâncias: na base, as Juntas de Conciliação e Julgamento (JCJ), que mantiveram o nome e a composição, com a diferença que seu presidente passava a ser um juiz de Direito ou bacharel nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos. Os vogais (classistas) continuavam sendo indicados pelos sindicatos, para mandato também de dois anos.

Os Conselhos Regionais do Trabalho, em um nível intermediário, atuavam deliberando sobre recursos. Em nível superior, estava o Conselho Nacional do Trabalho, integrado por dezenove membros nomeados pelo Presidente da República para mandato de dois anos, permitida a recondução, e assim distribuídos: quatro representantes de empregados, quatro de empregadores, quatro funcionários do Ministério do Trabalho e das instituições de seguro social, e sete pessoas de reconhecido saber, das quais quatro formadas em Direito.

Retirada do âmbito do Poder Executivo para ser introduzida entre os órgãos do Poder Judiciário pela Constituição de 1946, atualmente com a vigência da Constituição da República de 1988 – alterada pela Emenda Constitucional nº 24/98 – a Justiça do Trabalho possui a seguinte estrutura: um Tribunal Superior do Trabalho composto por vinte e sete ministros; vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho com, no mínimo, sete ministros, cada; e um mil, trezentos e trinta e oito Varas do Trabalho que abrangem todos os municípios brasileiros, onde atuam os Juízes do Trabalho.

Por fim, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, a Justiça do Trabalho passou a ser composta ainda pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, órgão competente para planejamento estratégico e supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau; e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, que promove cursos de formação inicial e de formação continuada aos magistrados do trabalho.

É considerado o órgão mais célere e eficiente do Poder Judiciário brasileiro por avaliação do Conselho Nacional de Justiça. Esta Justiça especializada já julgou mais de sessenta e sete milhões de processos desde sua criação no ano de 1941, dentre os quais, aproximadamente dois milhões foram julgados nos três graus de jurisdição só no ano de 2010.²⁵

Resta demonstrado que a transformação do trabalho ao longo dos anos permitiu, em grau de relevância, se alcançar uma Justiça Especializada no mundo

²⁵ Dados publicados pelo Ministro Presidente do TST, João Oreste Dalazen, em discurso comemorativo dos 70 anos da Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/ASCS/70anos/djodjt70anos.pdf>. Acessado em 07 de setembro de 2015.

jurídico no que tange às relações de trabalho, e em uma visão mais ampla, no meio social. É possível se argüir um equilíbrio entre as disparidades sociais existentes, o que significa dizer, que ela contribui para a aplicação de uma justiça entre os desiguais economicamente.

1.3.4. Evolução do trabalho na Argentina

Toda regulação do trabalho humano – atualmente chamado direito do trabalho – e das formas em que se elaboram as normas, depende dos contextos, das ideologias e das particularidades históricas e culturais de cada país. Por isso, se há aspectos que são comuns a todas as sociedades – pelas formas de produção e de distribuição econômicas – os modos, as instituições e os procedimentos para alcançar os fins, são tantos quanto as nações que existem.

Durante quase três séculos de domínio espanhol foi desenvolvido através da lei e dos costumes, um ordenamento jurídico destinado a regulamentar o trabalho de alguns setores sociais, especialmente os indígenas. Este sistema, longe de permanecer estagnado, foi mudando assim como o quadro social e ideológico que serviu como referência.

De acordo com Abelardo Levaggi²⁶

a sociedade estamental do Antigo Regime considerou que os meios lícitos de vida eram 'patrimônio, posse, ofício e senhorio', de modo que quem carecia de patrimônio, de propriedades e de título de senhor com rendimentos anexos esteve obrigado a ganhar a vida trabalhando, fora o trabalho intelectual ou manual. O trabalho manual transitou então, de sua valoração essencialmente moral, como dever, que havia sido, até o novo conceito burguês de direito individual cujo exercício se lograría o progresso econômico.

²⁶ LEVAGGI, Abelardo. Historia del derecho argentino del trabajo (1800-2000). Em: lushistoria Nº 3, ISSN 1851-3522, 2006.

Dessa forma, uma pessoa de honra não poderia exercer determinadas profissões por ser considerado indigno. Porém a pregação dos Iluministas em favor das "*artes úteis*" resultou no decreto real de Carlos III de 18 de março de 1783, que declarou todos os ofícios honoráveis, embora na prática os preconceitos acumulados só desapareceram lentamente.

Jorge Comadrán Ruiz²⁷ assevera que

os regimes laborais mais significativos, em relação de dependência com empregadores privados, eram o Rio da Prata, no início do século XIX, o dos indígenas de vida comunitaria, o dos escravos, o sujeito a cédula de conchabo e o artesanal. Tenha-se presente que a população "argentina" estava então formada por, aproximadamente, 70.200 brancos, 68.500 negros e mulatos, 41.500 indígenas e 6.100 mestiços.

O trabalho indígena comunitário compreendia os que viviam em comunidade, sujeitos a um regime de trabalho especial. Eles haviam se separado de seus povos de origem, para viver de modo independente, constituindo nesta época a grande maioria e engrossaram as filas de "los peones de conchabo"²⁸ e dos artesãos.

Durante a conquista européia as culturas indígenas que habitavam o atual território argentino experimentaram destinos diversos. Por um lado as culturas pampeanas e patagônicas assim como as que habitavam o Gran Chaco resistiram à conquista espanhola e posterior aculturação e nunca estiveram sob dominação direta.

Distinta foi a situação que se deu no quadrante noroeste já que a colonização espanhola estabeleceu seus principais centros de povoamento e produção sobre a base de mão-de-obra dos índios, tanto que as nações indígenas protagonizaram grandes guerras e insurreições contra os espanhóis.

²⁷ COMADRÁN RUIZ, Jorge, Evolución demográfica argentina durante el período hispano (1535-1810), Buenos Aires, Eudeba, 1969, p. 80.

²⁸ Contrato de trabalho, sobretudo o de serviço doméstico.

O quadrante noroeste se caracterizou pelo estabelecimento das missões jesuítas do povo guarani que se conformou a um tipo completamente original de sociedade indígena-cristã autônoma da Monarquia Hispânica.

Depois de um início assistemático marcado por tentativas frustradas, em meados do século XVII o modelo missioneiro já estava bem consolidado e disseminado por quase toda a América, mas enfrentou a oposição de setores da Igreja Católica que não concordavam com seus métodos, do restante da população colonizadora, para quem os índios não valiam a pena o esforço de cristianizá-los, e os bandos de caçadores de escravos, que aprisionavam os índios para submetê-los ao trabalho forçado na economia colonial exploradora e destruíram diversos povoados, causando muitas mortes.

Explica Levaggi que as missões jesuítas entraram em crise quando os mesmos foram expulsos em 1767. Para ele

somente poucas delas conservavam o regime de comunidade nas vésperas da Revolução de Maio. Por real decreto de 17 de maio de 1803 se dispôs a supressão total desse regime. Se bem que a ordem não alcançou a cumprir-se, pois quando se promulgou o decreto já havia se iniciado o processo de extinção.

Por sua vez,

o trabalho escravo negro ou mulato seguia sendo o recurso humano mais abundante para as tarefas domésticas e rurais. Porém sua inserção no sistema produtivo não era significativa. Em 31 de maio de 1789 Carlos III reuniu em seu decreto real "sobre a educação, trato e ocupações dos escravos" velha e novas disposições relativas a eles. Sua "primeira e principal" ocupação seria "a agricultura e demais labores do campo, e nos ofícios de vida sedentária. As justiças das cidades estabeleceram "as tarefas do trabalho diário dos escravos proporcionalmente a suas idades, forças e robustez".

No começo do século XIX a população afrodescendente era estimada entre 30 a quase 60 por cento. No final deste mesmo século e início do seguinte a ocorreu a “desaparição dos negros”. Se estima que no começo do século XX, apenas entre 2 e 3 por cento da população argentina reconhecia sua ascendência africana.

Tradicionalmente se dão como principais causas de extermínio, como “carne de cañón” (carne de canhão)²⁹, nas guerras da Independência, as guerras civis que surgiram e, em particular, a do Paraguai (1865-1871), ao que se somaram as epidemias de cólera (1861) e de febre amarela (1871) que provocaram grande mortandade entre os mais pobres, incluídos os afroargentinos.

Tanto em matéria laboral como em muitas outras, a Revolução de Maio não revogou o direito anterior. Este permaneceu em vigor, com poucas mudanças no curto prazo. Somente em longo prazo é que a Argentina experimentou mudanças mais profundas.

Segundo Marcela Aspell de Yanzi Ferreira³⁰,

a nota distintiva desse Direito, na primeira metade dos anos oitocentos, foi a carência absoluta de uma regulamentação orgânica sobre o trabalho em geral. Somente se editaram leis e decretos isolados para alguns ofícios. Falta, pois, unidade. Tal legislação se encontra dispersa em regulamentos policiais, militares, civis, comerciais, administrativos, fiscais, aduaneiros.

O cenário de trabalho se destacou por sua enorme fluidez. A escassez de mão de obra foi por causa das imposições militares e da possibilidade oferecida pela natureza de viver sem trabalhar, isso determinou que fosse fácil encontrar emprego e ganhar um salário relativamente alto.

²⁹ Frase que se refere à pessoa ou grupo de pessoas, geralmente pertencentes a uma posição social muito baixa, que sem a menor cerimônia são submetidos a sofrer qualquer tipo de dano, inclusive a morte. Originalmente, ele referia-se a soldados ou tropas precipitadamente expostos ao perigo de morte. Assim, a construção desta expressão se referia aos soldados de menor escalão que eram o alimento do fogo dos canhões inimigos.

³⁰ FERREIRA, Marcela Aspell De Yanzi. La formación del Derecho del Trabajo en la primera mitad del siglo XIX. 1810-1853. Buenos Aires: Clío, 1994, p. 253-265.

Ao longo do século XIX, os índios capturados foram divididos nos engenhos e casas de família, sendo obrigados a trabalhar sob a promessa de receber educação.

A Assembléia Geral Constituinte de 1813 declarou, a semelhança do decreto das Cortes de Cádiz de 9 de novembro de 1812³¹,

Revogação da mita³², as encomiendas³³, o yanaconazgo³⁴ e o serviço pessoal dos índios sob todos os aspectos e mesmo que eles servissem às igrejas e seus pastores ou ministros, sendo que a vontade da corporação soberana foi do mesmo modo que substituíssem os mencionados índios de todas as Províncias Unidas por homens perfeitamente livres, e em igualdade de direitos a todos os demais cidadãos³⁵.

Infelizmente nem sempre se cumpriu com essa declaração.

Desde o século XVIII era cada vez maior a adesão à idéia de abolir a escravidão. Inspiradas nessa idéia, a Assembléia de 1813 declarou não a abolição total, senão a "liberdade de ventres", ou seja, a de "todos os que [...] houvessem nascido a partir de 31 de janeiro de 1813 em diante"³⁶.

A total abolição da escravidão só foi possível pelo art. 15 da Constituição de 1853: "Na Nação Argentina não há escravos; os poucos que hoje existem estão livres desde a jura desta Constituição". Na província de Buenos Aires, que não cumpriu muito bem estas leis e a Constituição, a escravidão durou até os anos 30.

³¹ Era conhecida como Cortes de Cádiz a Assembleia Constituinte inaugurada em San Fernando em 24 de setembro de 1810 e mais tarde mudou-se para Cádiz (Andalucía) até 1814 durante a Guerra da Independência espanhola.

³² Este era o sistema de trabalho forçado (servente) e continuou dentro do baixo período da soberania espanhola, ajudando a desenvolver internamente uma economia de mercado com produtos e serviços para a Espanha Europeia.

³³ Originalmente aplicada na região das Antilhas em 1503, com posterior projeção em outras porções da América espanhola, constando nos registros legislativos coloniais até o século XVIII, foi uma instituição jurídica imposta pela coroa com vistas a regular o recolhimento de tributos e circunscrever a exploração do trabalho indígena.

³⁴ O yanaconazgo era uma instituição de relação de emprego próxima da escravidão da América pré-hispânica. Os espanhóis mantiveram esta prática, porém tomando mais e mais trabalhadores e os utilizando para postos de trabalho servis, onde se via afetada a economia comunitária das aldeias que cada vez mais perdiam mão de obra.

³⁵ DROMI, María Laura San Martino De. Documentos constitucionales argentinos, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 2027.

³⁶ DROMI, María Laura San Martino De. Op. cit. p. 2017-1018.

Diante de todo o exposto, Pablo Arnaldo Topet³⁷ explica que

Na Província de Buenos Aires foi em 1865 o período onde começa o processo de adoção de normas laborais incluídas no Código Rural. As épocas de colheita e de corte que requeriam mão de obra intensiva foram a razão para regular como eles deviam contratar e as maneiras de fornecer trabalho. Daí a compulsão e sujeição dos trabalhadores às necessidades de uma economia agrícola.

Várias províncias adotam entre 1867 e 1897 e em 1894 o Congresso da Nação Argentina aprovou uma norma para os territórios nacionais que não tinham normas laborais.

Foi assim que surgiram as primeiras organizações de trabalhadores agrupadas por ofícios ou profissões. São chamadas Sociedades de Socorros Mutuos ou Sociedades de Resistência, e se efetuam as primeiras medidas de ação sindical dos trabalhadores gráficos do ramo tipógrafos em 1878.

Na Constituição de 1.853 um fiel reflexo das constituições do século XIX se contemplava a liberdade de trabalho, no mesmo sentido o comércio, indústria e propriedade privada.

Enquanto o direito privado estava sob a influência do Código Napoleônico de 1804, o Código Civil de Velez Sarsfield tratava da locação de serviços: o trabalho não é pago como uma mercadoria e, portanto, o serviço tinha um "preço". Deste modo termina o século sendo o trabalho como mercadoria, as mulheres como "menores", os índios como "coisas", os gaúchos como "preguiçosos", os estrangeiros como "perigo", os sindicatos como "agentes de perturbação" e as greves como "sedição".

No século XX encontra-se uma Argentina com a metade da população estrangeira e um movimento de trabalhadores com ideologias anarquistas, socialistas e, mais tarde, os chamados sindicalistas.

³⁷ TOPET, Pablo Arnaldo. «Breve Historia del derecho del trabajo en la República Argentina», *Fundación Uocra* [Online], Debates, posto online no dia 6 Março 2010. URL: <http://www.fundacion.uocra.org/documentos/recursos/articulos/Topet-Breve-historia-del-derecho-del-trabajo-en-la-Republica-Argentina.pdf>. Acessado em 07 de outubro 2015.

E começa a surgir na Argentina o direito do trabalho como um corpo de normas quando se sistematiza como resposta à greve geral, levada a cabo pela liderança anarquista, em 1902, um anteprojeto de Lei de Contrato de Trabalho preparado por Joaquín V. González em 1904.

Topet esclarece que foi possível subtrair

(...) de modo irrenunciável alguns conteúdos dos contratos de trabalho que consideravam "pisos mínimos" para "proteger" os trabalhadores e por meio do reconhecimento dos sindicatos como representantes legítimos daqueles (sujeitos individualmente) e com faculdades para negociar de forma coletiva as tutelas de trabalho. As normas foram concebidas estiveram inspiradas por diversas filosofias como as regadas pelo liberalismo.

Assim, a saga começa em 1905, quando regulamentada pela Lei 4.661 o descanso dominical na Capital Federal, que se estendeu aos territórios nacionais em 1913 com a Lei 9.104; e Lei 5291 sobre o trabalho de mulheres e crianças em 1907.

Em 1915, uma lei sobre as agências de emprego privadas e a Lei 9.658 sobre o procedimento adotado para aplicar sanções por falta de provisões disposições laborais. Em 1925, a Lei 11.728, lida com a forma de pagamento de salários e problemas de barganha. Em 1929, a Lei 11.544 sobre jornada foi sancionada para organizar as jornadas de 8 horas por dia e 48 horas por semana. Em 1934, a Lei 11.729 que altera os artigos 154 a 160 do Código Comercial, com conteúdos que incluem o pagamento das férias durante a doença ocupacional e a primeira regra sobre a protecção contra o despedimento arbitrário para empregados do comércio e determina que seja aplicável aos trabalhadores na indústria por interpretações judiciais. Algumas províncias – Mendoza, Salta, Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, San Juan, Buenos Aires – de forma paralela havia incluído cláusulas sociais em suas Constituições e normas específicas: em Córdoba em 1918 se dispôs a “Ley de la Silla”, em 1925 a Lei sobre trabalho noturno nas padarias, e em 1933 outra sobre conciliação e arbitragem aplicável às greves.

O momento mais relevante se concentra nos anos que transcorrem de 43 a 55. Perón transforma o Departamento Nacional do Trabalho no mês de assumir como titular deste em uma Secretaria de Trabalho e em seu primeiro governo transforma, por império da Constituição, a Secretaria em Ministério de Trabalho e Previsão, sendo seu primeiro Ministro Ramón Freyre.

No que tange a justiça do trabalho, a doutrina de Juan Manuel Palacio³⁸, informa que

Os Tribunais do Trabalho da Argentina têm data de nascimento preciso: durante a administração de Juan Domingo Perón, o Ministério do Trabalho e Previsão do governo militar resultante da revolução de 4 de Junho de 1943. A sua conformação refere-se a um processo mais longo, que remonta ao início do século XX, e a um espaço mais amplo que a própria geografia nacional.

Neste ano existia na Argentina um conjunto de leis protetoras do trabajo, que sem ser numerosas nem necessariamente respeitadas ou aplicadas, constituem de todas as maneiras os marcos pioneiros de uma tradição jurídica que descreve um crescente conforme avança o século XX e que refletia o avanço da legislação social em boa parte do mundo ocidental de então.

Trataba-se dos ecos do debate que se via dando desde os fins do século XIX, em torno do direito social, que lentamente foi ganhando posições no mundo jurídico liberal de então, não sem grandes resistências. Em efeito, o assim chamado “novo direito” punha em questão alguns princípios sagrados da filosofia liberal, como a noção do contrato livremente consentido pelas partes, o individualismo ou a igualdade e proposta de mudança de ideia de justiça social, da essencial desigualdade de forças e oportunidades entre capital y

³⁸ PALACIO, Juan Manuel. «El peronismo y la invención de la justicia del trabajo en la Argentina», Nuevo Mundo Mundos Nuevos [Online], Debates, posto online no dia 25 Setembro 2013. URL: <http://nuevomundo.revues.org/65765>; DOI: 10.4000/nuevomundo.65765. Acessado em 07 de outubro de 2015.

trabalho, e, portanto, da relação que se estabelece entre patrões e empregados.

Nesse sentido, percebe-se que estava sendo posto em questão crescentemente a suficiência do direito civil – dos códigos civis e, também, da justiça civil – para dar conta de uma nova questão social que havia nascido na revolução industrial na Europa e já era evidente na América Latina.

Palacio explica que

Com relação à justiça laboral em 1943 existia no país um debate complementar do anterior, que se via impulsionado desde os anos vinte tanto em âmbito acadêmico e universitário como político em torno da conveniência de instaurar um “foro especial” para o direito laboral, assim como, por outra parte, uma jurisprudência laboral que se nutria dos casos julgados da justiça ordinária sobre conflitos laborais.

Como já mencionado, desde o início do século XX surgem em toda a América Latina figuras que desde posições políticas, sociais e profissionais diversas, começam a desenvolver o estudo da legislação social e a propõe modificações no ordenamento legal das nações.

É entre 1943 e 1955 que se editam na Argentina as primeiras normas sobre sindicatos e negociação coletiva. Elas estimularam sua atuação em âmbito nacional. Registre-se também a edição de normas sobre décimo terceiro salário, férias, aprendizagem, descansos, maternidade, enfermidades, entre outras.

É em 1947, que se cria a justiça especializada do trabalho para aplicar o direito especial que expandia seus âmbitos de aplicação quando se edita a Lei 12.948 que organiza a Justiça do Trabalho na Capital Federal. A partir daí a Constituição de 1949 incorpora um conjunto de normas sobre o trabalho. Introduzem-se as normas sociais, que adjudicam direitos a sujeitos coletivos: a família e os sindicatos.

A ditadura que depôs o governo peronista deixou sem efeito a nova Constituição e restabeleceu a vigência da Constituição de 1853. Houve convocação de uma Assembléia Constituinte para reformar a Carta Magna em muitos aspectos, porém o labor se limita e se incorporam duas disposições relevantes para o mundo do trabalho: o artigo 14 bis e a faculdade de editar o Código do Trabalho e da Seguridade Social da Nação.

O artigo 14 bis foi um dos únicos agregados à Constituição Argentina Argentina como resultado da reforma constitucional junto com a fase do Trabalho e da Segurança.

Ele explica que, o governo da Revolução Libertadora, surgiu a partir do golpe de Estado de 1955, anulou no ano seguinte as reformas de 1949, e convocou uma Assembleia Constituinte. Durante o mesmo ano ratificou a revogação da reforma peronista e iniciou a discussão de artigos adicionais, o que confirmou alguns dos direitos civis e trabalhistas que tinham introduzido. O rol fundamental na aprovação e a redacção do artigo 14 bis é atribuído a Crisólogo Larralde, então presidente do Comitê Nacional da União Cívica Radical.

O artigo é composto de três partes: na primeira o sujeito dos direitos é a pessoa do trabalhador, na segunda os grêmios e na terceira todos os habitantes em geral como beneficiários da seguridade social.

O trabalho em suas diversas formas gozará da proteção das leis, as que assegurarão ao trabalhador:

condições dignas e iguais de labor; jornada limitada; descanso e férias remuneradas; retribuição justa; salário mínimo; igual remuneração por igual tarefa; participação nos lucros das empresas, com controle da produção e colaboração na direção; proteção contra a despedida arbitrária; estabilidade o empregado público; organização sindical libre e democrática, reconhecida pela simples inscrição em um registro especial.

Os representantes gremiais gozarão das garantias necessárias para o cumprimento de sua gestão sindical e as relacionadas com a estabilidade de seu

emprego. O Estado outorgará os benefícios da seguridade social, que terá caráter integral e irrenunciável. Em especial, a lei estabelecerá: o seguro social obrigatório, que estará a cargo de entidades nacionais ou provinciais com autonomia financeira e econômica; a proteção integral da família; a defesa do bem de família; a compensação econômica familiar e o acesso a uma vida digna.

Segundo a doutrina de Topet

Em 1976 se suprimem os artigos da Lei de Contrato de Trabalho, que se aproximam a um terço do total do texto da Lei do trabalho sob o número 21.276. Esta se constituirá no direito comum das relações individuais do trabalho até a década de noventa, onde se incorporariam ao ordenamento nacional os valores (desvalores em outra perspectiva) e os princípios do chamado neoliberalismo flexibilizador, mais preocupado pela “empresa” que por a preferente tutela de quem trabalham nela. Duas palavras se constituíram no estandarte da dita corrente: competitividade e produtividade.

O direito coletivo em tempo de ditadura foi bem mais severo: se dissolveu a central sindical CGT, se proibiu a greve, a participação política e se intervieram nos sindicatos, além de se suspender a negociação coletiva e, quase sempre, perseguiram, prenderam e mataram os dirigentes ou ativistas sindicais suspeitos.

Para Amauri Mascaró Nascimento³⁹, a Flexibilização “é o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que o exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir os seus comandos”.

Na década de 90 a legislação laboral sofreu grandes modificações capazes de repercutir gravemente no mercado de trabalho. Se introduziram reformas cujo objetivo era flexibilizar as normas e tornar os custos mais baratos, sem ter em conta os efeitos nocivos que as mesmas teriam sobre os trabalhadores e organismos de seguridade social.

³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaró. Iniciação ao Direito do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 67.

Em termos gerais a década de 90 continuou as tendências observadas nas décadas anteriores. Na estrutura ocupacional, continua um duplo processo: a heterogeneização e fragmentação da situação ocupacional das camadas subalternas e um processo de desqualificação e proletarização crescente de trabalhadores nas industriais e de camadas de trabalhadores associados historicamente aos setores médios.

Em dezembro de 1991 foi sancionada a Lei 24.013, chamada de “Lei Nacional de Emprego” que introduz novas modalidades contratuais a termo com imunidade total ou parcial das contribuições patronais. Adotam-se os contratos por tempo determinado como medida de fomento ao emprego, dado o alto índice de desemprego na época.

Estas contratações teriam prazo mínimo de 6 meses e poderiam ser renovadas, chegando em alguns casos até 24 meses. Durante o contrato de trabalho se reduziam os aportes patronais em 50%, e em 100% nas modalidades para jovens.

De uma forma geral, a flexibilidade do trabalho e desregulação do mercado de trabalho, refere-se a definição de um modelo de regulamentação dos direitos e das normas trabalhistas para eliminar os obstáculos à contratação e demissão de empregados por empresas e organizações privadas.

Walter Block⁴⁰ explica que ela

está relacionada com as medidas de regulação do mercado laboral no que se refere à liberdade de contratação e o contrato individual de trabalho, para flexibilizar os mecanismos logrados pelos sindicatos no século XX, esperando com ele manter o crescimento de todo o setor privado.

O advento da Lei 25.013 de 02 de setembro de 1998, foi responsável pela flexibilização das relações trabalhistas com a minoração dos prazos de aviso prévio

⁴⁰ BLOCK, Walter. «El contrato Yellow Dog: ¡Volvámoslo a instaurar!», Jorge Valin.com [Online], Debates, posto online no dia 08 Setembro 2005. URL: http://www.jorgevalin.com/artic/trad/yellow_dog_block.htm#_ftn00. Acessado em 15 de outubro 2015.

e diminuição na parcela indenizatória da dispensa. Contudo, pela proximidade do início de vigência da referida lei, ainda não é possível se mensurar se aquela norma legal trouxe os benefícios esperados. No entanto, aquele foi o remédio encontrado, pelo povo argentino, para suportar a forte crise econômica, e conter o desemprego em massa.

1.4. Modificações produzidas em torno do trabalho

Se por um lado o trabalho deu ao homem algum poder, por outro, tornou-o impotente, obrigando-o a pensar em por a salvo a própria existência humana. De uma parte eleva, libera e civiliza o homem para o mundo; de outra, reduz o homem a tarefas que o embrutecem, pela rotina desgastante.

A fábrica, com suas variedades e especializações, produziu também uma divisão do trabalho para facilitar a produção. O trabalho passou a ser uma honra ao mesmo tempo em que se confere segurança ao homem que trabalha.

Já não é mais considerado castigo; passa a ser exigência social, pelo bem que faz a sociedade, e, por tudo isso, passa a ser um direito-dever, porque não só individualmente ele é importante, mas, sobretudo, no seio da família e da comunidade de que faz parte.

O trabalho deixou para trás todas as maledicências que o impregnavam para adquirir status social, pelo que pode contribuir para melhorar o nível de vida. Com este status passa a agir politicamente, após exigir uma atenção maior à saúde e à educação.

O trabalho deixou de considerar isoladamente a pessoa do trabalhador para contemplar o conjunto. Passou a expandir a partir da esfera individual para alcançar a sociedade civil (ou as sociedades em termos comerciais, industriais ou agrícolas) em organização global.

Começa a melhorar a renda de quem se dedica ao trabalho executivo, que pressupõe numerosas atividades para a sua manutenção, como direção, supervisão, investigação, programação, etc.

O trabalho intelectual assume papel relevante no meio empresarial, sem deixar de ser evidente e reconhecida notoriedade, mesmo quando produzido individualmente.

Vázquez Vialard diz que “o homem, atualmente, não fala mais de seu trabalho, mas de ‘nosso trabalho’, fazendo com que a antiga distinção entre o produtivo e o improdutivo perdesse o sentido, com a emergência da especialização.”⁴¹ O trabalhador não é mais um fator abstrato. Ele quer participar.

O trabalho é hoje, sem dúvida, a oportunidade para ser feliz, participando da organização social de forma criativa. A solidariedade na realização do trabalho e, além disso, na participação do seu resultado, são as vigas mestras do trabalho moderno.

Nesta fase em que se encontram depois de passados tantos anos e tantas agruras, seja pela onipotência do Estado, tido como o grande produtor do bem-estar social, seja pela exploração da atividade privada, com vistas ao lucro apenas do lado do detentor do poder econômico o trabalho tem se transformado, se reinventado.

Para livrar-se dos grilhões da exploração é que surgem os trabalhadores por conta própria, em regime de plena autonomia, quando se tem, obviamente, qualidades suficientes para sua realização.

Muito embora nem todos tenham essa vocação, há também o chamado serviço público, ocupando grande número de pessoas e é executado por trabalhadores junto à administração pública, podendo ser concursados ou não.

E mesmo que as transformações sociais tenham trazidas mudanças significativas torno do trabalho homem ao longo dos anos isso não significa que deixaram de existir as explorações, as diferenças, os abusos; apenas se camuflaram. Hoje o homem é mais consciente como sujeito de direitos, possui mais autonomia mas não está imune da exploração que pode ocorrer de forma velada.

2. Do Direito do Trabalho

⁴¹ VIALARD, Antonio Luis Roberto Vázquez. El trabajo humano. Universitaria de Buenos Aires, 1970, p. 242.

2.1. Conceito

O ilustre jurista argentino Júlio Armando Grisolia⁴² define o direito do trabalho, em sentido amplo, como “o conjunto de princípios e normas jurídicas (coercitivas) que regulam a conduta do homem em sociedade.”

Assim, o direito deve ser entendido como uma unidade sistemática e ao direito do trabalho – como parte do direito – se pode definir como

o conjunto de princípios e normas jurídicas que regula las relações – pacíficas e conflitivas – que surgem do feito social do trabalho dependente, e as emanadas das associações sindicais, câmaras empresariais e grupo de empregadores, entre si e com o Estado.

Segundo Grisolia, a essência deste ramo do direito configura o contrato individual do trabalho já os demais regulamentos laborais, inclusive no que se refere às atuações coletivas dos trabalhadores, resultam em um meio para melhorar os conteúdos dos contratos individuais.

De Diego⁴³ define o direito do trabalho como “o ramo do direito privado que se ocupa das relações individuais e coletivas entre os trabalhadores dependentes e os empregadores, com o fim de regular seus direitos e deveres.”

Por sua vez, no Brasil, Vólia Bomfim Cassar⁴⁴, em sua doutrina afirma existir três correntes para definir o direito do trabalho: objetiva, subjetiva e mista. A primeira delas prioriza os sujeitos (pessoas) da relação de emprego (o empregado e o empregador). Assim, ao se conceituar sob a ótica subjetivista, com frequência destaca-se a fragilidade da condição econômica do empregado na relação jurídica.

A segunda vertente é a objetiva e realça o conteúdo do direito do trabalho e não seus destinatários. Ela não prioriza os sujeitos da relação jurídica, mas a lei, o campo objetivo. Tem como fio condutor a prestação de trabalho subordinado, objeto do contrato de trabalho.

⁴² GRISOLIA, Júlio Armando. Op. cit. p. 7.

⁴³ DE DIEGO, Julián Arturo. Op. cit. p. 85.

⁴⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2009, p. 4.

Messias Donato⁴⁵, que é defensor dessa corrente, explica que o direito do trabalho é um “corpo de princípios e normas jurídicas que ordenam a prestação de trabalho subordinado ou a este equivalente, bem como as relações e os riscos que dela se originam”.

A terceira corrente, majoritária na doutrina, é chamada de mista, pois engloba as duas categorias acima, valorando tanto os sujeitos da relação de trabalho quanto o conteúdo do direito do trabalho. Martins Catharino é defensor desta corrente:

É o conjunto de princípios e normas que regulam, principalmente, as relações imediata ou mediata ligadas ao trabalho remunerado, livre, privado, e subordinado, e, ainda, aspectos relativos à existência dos que o executam.

Atente-se que em uma visão pós-moderna constitucional, os princípios são espécies do gênero normas. Logo, é redundante se referir a princípios e normas, bastando mencionar “normas”, pois aí já estão incluídas as regras, os princípios e os valores.

Outro destaque está na limitação do direito do trabalho apenas ao trabalhador subordinado, porque, de forma excepcional, a legislação trabalhista também se aplica ao trabalhador não empregado - como é o caso do trabalhador avulso, trabalhador rural eventual, o meeiro, o parceiro, etc.

Ademais o direito do trabalho é muito mais amplo, tem toda uma conotação coletiva, social, com institutos internacionais, nacionais e setoriais que visam à melhoria da condição social dos trabalhadores, à proteção das minorias e dos hipossuficientes, à proteção da sociedade trabalhadora.

Assim, o direito do trabalho não pode ser visto apenas como aquele que cuida das regras trabalhistas e demais legislações laborais esparsas. Ele vai além destes limites. Supera a visão individualista e coletiva e perpassa pela visão econômica, política e social.

Cassar define o direito do trabalho como

⁴⁵ Apud DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 41.

um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregados, empresas coligadas, tomadores de serviços, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

A autora informa, ainda, que o direito do trabalho é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados.

2.2. Características

O ser humano é um ser social por natureza e, assim como alguns animais, tende a viver em grupo. Para que a comunidade possa conviver em relativa harmonia, é necessária uma série de regras, chamadas, por isso mesmo, de regras de convivência.

Elas nascem em face do valor que determinado grupo atribui aos fatos da vida cotidiana. Dessa maneira, quanto mais importante for o cumprimento de uma regra, maior será a repreensão ao infrator. São elas: regras de etiqueta, morais, religiosas e as regras jurídicas.

Estas últimas se destacam das demais pela obrigatoriedade e pela punição ao infrator, já que, neste caso, além da repreensão do grupo há uma sanção imposta pelo Estado.

Levando-se em consideração que o ordenamento jurídico varia de acordo com o tempo e o local e, pautando-se atenção no esforço do homem como trabalhador é possível compreender que as regras jurídicas trabalhistas surgiram quando a sociedade passou a atribuir valor a esta força de trabalho.

Como ramo jurídico autônomo, o Direito do Trabalho possui características próprias, que, em seu conjunto, o diferenciam dos demais ramos do Direito. Nas palavras dos juristas brasileiros Evaristo De Moraes Filho e Antonio Carlos Flores De Moraes⁴⁶,

o direito do trabalho é um ramo novo, autônomo, independente, da comum ciência jurídica, e por isso mesmo reveste-se de manifestações próprias, de notas típicas, que bem o singularizam e o destacam em relação às outras espécies do gênero único do direito. (...) Caráter em lógica significa tudo o que faz parte da compreensão total de um determinado objeto. Uns são comuns a mais de um objeto; outros, próprios somente; outros, ainda, essenciais; alguns, puramente acidentais. O que importa fixar é que o conjunto de caracteres constitui o todo, que acaba por apresentar fisionomia própria e individual a um dado objeto. Não se deve citar este ou aquele caráter isolado, e sim a totalidade deles, porque em nenhum outro objeto se apresentarão todos reunidos, na mesma ordem e com a mesma eficácia.

Vólia Bomfim Cassar⁴⁷ informa que a maior característica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, seja através de regulamentação legal das condições mínimas da relação de emprego, seja através de medidas sociais adotadas e implantadas pelo governo e sociedade.

Dessa forma o seu principal conteúdo é o empregado e o empregador. E, sob o aspecto coletivo, sua maior característica está na busca de soluções e na pacificação dos conflitos coletivos do trabalho, bem como nas formas de representação pelos sindicatos.

Julián Arturo De Diego⁴⁸ esclarece que “o direito do trabalho conta com uma série de notas características que não somente definem seu conteúdo e objeto,

⁴⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. Op. cit. p. 59.

⁴⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. Op. cit. p. 5.

⁴⁸ DE DIEGO, Julián Arturo. Op. cit. p. 68.

senão que, ademais, contribuem a robustecer sua autonomia técnica, científica e jurídica.” São elas:

- a) o componente central é o trabalho pessoal e infungível, livre e por conta alheia: a medula do direito do trabalho é o trabalho humano, que resulta insubstituível, realizado por cada trabalhador, em um marco de liberdade e por conta e ordem do empregador.
- b) a relação laboral subordinada ou em relação de dependência: o vínculo que existe entre um trabalhador e seu empregador é de subordinação que a vez reconhece um plano econômico (pela superioridade do empregador), um plano técnico (por ser o empregador o dono da tecnologia e os conhecimentos para produzir bens e serviços), um plano organizativo (pelo princípio de autoridade que orienta as faculdades de organizar e dirigir do empregador) e um marco jurídico (originado no mandato legal que confirma o princípio de autoridade do empregador, e o de subordinação do trabalhador).
- c) a autorregulação das convenções coletivas: uma das características do direito do trabalho é a possibilidade de que as partes — trabalhadores e empregadores acordem as próprias normas através da negociação coletiva, obtendo-se assim uma convenção coletiva de trabalho.
- d) o marco protetor ao trabalhador: partindo da premissa de que a relação jurídica existente entre o empregador e o trabalhador não guarda equilíbrio, e por onde, uma delas está em inferioridade de condições, é que a legislação busca lograr um equilíbrio através da proteção especial que lhe brinda à parte mais fraca (parte hipossuficiente).
- e) é um direito transacional: segundo alguns autores é um direito transacional, pois tem como objetivo resolver o conflito sócio-laboral que caracteriza um vínculo dinâmico e em constante mudança, onde os distintos fatores se complementam com as mudanças tecnológicas, o novo modelo de relações laborais que impõem as novas organizações.

f) o direito de greve: outro elemento característico do direito do trabalho é a existência do direito de greve, que consagra a legitimação dos sindicatos com personalidade de promover medidas de força.

A jurista brasileira Alice Monteiro de Barros⁴⁹ enumera outras características: a) a tendência *in fieri*, isto é, à ampliação crescente; b) o fato de ser um direito “tuitivo”, de reivindicação de classe; c) o curso intervencionista; d) o caráter cosmopolita, isto é, influenciado pelas normas internacionais; e) o fato de os seus institutos jurídicos mais típicos serem de ordem coletiva ou socializante; f) o fato de ser um direito em transição.

A essas características a doutrina estrangeira acrescenta a circunstância de ser limitativo da autonomia de vontade individual no contrato, ter como propósito principal a tutela do trabalhador e do economicamente mais fraco e ordenar o mundo do trabalho de acordo com os princípios da dignidade humana, tendo em vista a paz social.

No ordenamento jurídico brasileiro houve uma crescente ampliação no campo subjetivo ou pessoal (sujeitos atingidos) onde o Direito do Trabalho está sendo estendido a um número cada vez maior de trabalhadores não empregados.

Cassar⁵⁰ explica que

o Direito do Trabalho é um conjunto de normas que pugna pela valorização social do trabalhador, não importando se é um empregado (em que há prestação de trabalho subordinado, objeto de contrato de trabalho), ou um trabalhador assemelhado ao empregado, ou ainda, um desempregado, mas inserido no mercado de trabalho à procura de uma nova colocação.

Dessa forma, o caráter socializante do direito do trabalho vem inspirando muitos outros ramos do direito, pois realça a finalidade social e o caráter coletivo do

⁴⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2005, p. 87.

⁵⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. Op. cit. p. 6.

direito, menos preocupado, como outrora, com o individual e o patrimônio, abandonando o caráter privatista do direito comum.

Por conta disso, a clássica inércia do Estado foi rompida pioneiramente pelo direito do trabalho para, através de uma legislação imperativa, garantir direitos mínimos e fundamentais à pessoa humana, adotando o princípio da proteção ao hipossuficiente (caráter protetivo).

A socialização dos direitos também está ligada às questões coletivas já que obriga a repartição dos problemas com toda a sociedade, demonstrando a necessária solidariedade que deve existir entre os agentes sociais que influenciam nas relações de trabalho (Estado x sindicatos x empresários x economia x trabalhadores). Isto justifica a supremacia do direito coletivo sobre o individual.

Diante da preocupação com a unificação mundial de direitos mínimos do trabalhador, o artigo 427 do Tratado de Versalhes (1919) determina a harmonização da legislação trabalhista entre os países, dando um caráter transnacional ao direito do trabalho. Esta garantia mínima também toma conotação mundial na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Assim, a cada momento “o direito do trabalho necessita se transformar para se adaptar às realidades econômicas e sociais da época, sem esquecer a figura do trabalhador que deve ser protegida. Este é o seu caráter transformador.”⁵¹

2.3. Natureza Jurídica ou taxonomia

A natureza de um instituto, segundo Maurício Godinho Delgado⁵²:

é a atividade lógica de classificação pela qual se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do direito mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.

⁵¹ CASSAR, Vólia Bomfim. Op. cit. p. 7.

⁵² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 73.

Este trabalho mental lógico de se classificar uma figura jurídica a partir de institutos ou figuras mais amplas é também chamado de taxonomia ou enciclopédia jurídica. Na moderna linguagem da informática esta natureza jurídica seria como guardar um texto num arquivo e este arquivo numa pasta, onde o primeiro seria o gênero menor e o segundo o gênero maior.

É exatamente por conta desta visão (de arquivo ou pasta) que se encontra na doutrina controvérsias acerca da natureza jurídica de determinado instituto, em que alguns doutrinadores preferem classificar a figura jurídica no instituto mais próximo; outros no mais amplo, na figura base.

Ulpiano (150 a 223 d.C.), jurista romano que influenciou fundamentalmente a evolução dos direitos romano e bizantino, já dividia o Direito em público e privado. Dessa forma, o Direito é um gênero que possui várias espécies.

O ato de identificar em um sistema jurídico se um direito é público ou privado é perquirir a sua natureza jurídica. Deste modo, para se buscar a natureza jurídica de uma figura de direito mister primeiro perquirir o seu conceito, estrutura básica e finalidade e, a partir daí, buscar conexões com as figuras básicas do Direito. Este ato pode ser entendido como classificação.

Vólia Bonfim Cassar⁵³ informa que

nos dias atuais, a divisão entre o direito público e o privado está cada vez mais difícil, pois seus contornos, definições e características não são mais tão transparentes como foram outrora. Por isso, há autores que já abandonaram a idéia de se perseguir a natureza jurídica de uma ciência jurídica. Isto se explica porque o direito privado está cada vez mais público e o público, algumas vezes, aparece com características de privado.

De toda forma, existem cinco correntes quanto à natureza jurídica do Direito do Trabalho que a doutrina brasileira classifica como: direito público, direito privado, direito social, direito misto e direito unitário.

⁵³ CASSAR, Vólia Bomfim. Op. cit. p. 9.

A primeira vertente entende que o Direito do Trabalho faz parte do direito público, tendo em vista a natureza de suas normas, que são imperativas, cogentes e, também, de ordem administrativa. O Estado determina as regras mínimas do contrato, é intervencionista e considera nulo qualquer ato que vise desvirtuar a aplicação da legislação do trabalho.

Para Washington de Barros Monteiro⁵⁴, “a natureza jurídica de direito público advém do fato de um dos sujeitos da relação ser o Estado e o interesse é público, além de haver indisponibilidade deste direito, já que as regras são imperativas”.

Apesar do caráter público de suas normas e da finalidade social, o Estado não é sujeito desta relação de trabalho que, via de regra, é travada entre particulares e só excepcionalmente o empregador poderá ser público.

A segunda corrente, defendida por Sérgio Pinto Martins⁵⁵, Hugo Gueiros⁵⁶, Rodrigues Pinto⁵⁷ e Délio Maranhão⁵⁸, classifica o Direito do Trabalho como de natureza privada, já que decorre de um contrato feito entre particulares, normalmente sujeitos privados.

Apesar de sua natureza privada, este é um direito regulamentado por lei, isto é, com cláusulas legais mínimas, porém isto não o descaracteriza como de natureza privada.

Inclusive, alguns outros ramos do direito também tem cláusulas mínimas estipuladas por lei, demonstrando um dirigismo estatal, uma intervenção do Estado nas relações particulares (como é o caso do direito do consumidor e do direito de família), motivo pelo qual esta corrente tem uma grande preferência pelos juristas.

Alguns autores defendem a existência de uma terceira categoria para fins de classificação, em que o Direito do Trabalho não seria considerado nem público, nem privado, mas um *tertium genus*, um terceiro gênero.

⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p.18.

⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. Op. cit. p. 54.

⁵⁶ BERNARDES, Hugo Gueiros. Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1989, p. 84.

⁵⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 32.

⁵⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Op. cit. p. 76.

Cesarino Júnior⁵⁹ é o defensor da terceira corrente, que classifica o Direito do Trabalho como direito social por amparar os hipossuficientes, em face de seu caráter protetivo e social.

A quarta corrente enquadra o Direito do Trabalho como de natureza mista, isto é, um direito tanto público quanto privado cujas normas coexistem sem divergência. Há um contrato mínimo previsto em lei e grande intervenção estatal na legislação para proteção do mais fraco, com regras indisponíveis e interesse estatal na harmonia na luta de classes.

Neste ponto o caráter público do direito do trabalho. Porém se instrumentaliza por meio de um contrato, em que há autonomia de vontade na admissão, demissão e algumas cláusulas contratuais, desde que não violem a lei.

Arnaldo Süssekind⁶⁰ e Evaristo de Moraes Filho⁶¹, inspirados em correntes alemãs, defendem que o Direito do Trabalho é uma fusão, um amálgama entre normas de direito público e direito privado, constituindo algo de novo, inseparável, uma substância diferente das demais já estudadas, onde não se consegue identificar, de forma isolada, a parte referente ao caráter público ou privado.

A diferença entre esta corrente e a do direito misto é que nesta haveria uma coexistência entre as normas públicas e privadas, enquanto na teoria unitária haveria uma fusão entre essas normas.

2.4. Aspectos comuns do Direito do Trabalho argentino e brasileiro

O direito comparado é, sem dúvida, instrumento de estudo de grande importância aos ordenamentos jurídicos dos países. Tal recurso, hoje, num mundo globalizado, possui uma grande razão de ser: permite o estudo das diferenças e semelhanças entre a lei de diferentes países. Mais especificamente, envolve o estudo dos diferentes sistemas jurídicos existentes no mundo.

⁵⁹ JUNIOR, Cesarino. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980, p. 16.

⁶⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Op. cit. p. 56.

⁶¹ MORAES FILHO, Evaristo de. Op. cit. p. 25.

No estudo acadêmico é muito comum à referência ao direito, doutrina e jurisprudência estrangeiras principalmente para reforçar o entendimento sustentado em uma pesquisa. E é nesse sentido que se procura abordar alguns pontos elementares e características comuns observados como forma de compreender seus ordenamentos jurídico-laboral.

Muito embora a comparação possa ser feita visando os mais diversos objetivos, há que se elencar alguns eixos elementares dos sistemas jurídico-laboral argentino e brasileiro para revelar as suas diferenças e semelhanças no contrato de trabalho, na relação de trabalho e nos sujeitos da relação de trabalho.

2.4.1. Do contrato de trabalho

A doutrina argentina de Grisolia⁶² estabelece que o contrato de trabalho “constitui uma relação jurídica típica que gera obrigações de características predeterminadas pela lei e que se compõe dos seguintes elementos essenciais”: sujeitos (trabalhador e empregador), objeto (a prestação de trabalho em condições de subordinação) e causa final (que para o empregador é a apropriação do resultado do trabalho desempenhado e para o empregado a percepção de uma remuneração).

Remetendo-se à norma do direito comum argentino, o artigo 1.137 do Código Civil reza que “há contrato quando várias pessoas se põem de acordo sobre uma declaração de vontade comum destinada a regular seus direitos”.

Como se pode observar, igualmente a todo contrato o de trabalho requer o acordo de vontades, ainda que o dito acordo só recaia, *ab initio*, no essencial do objeto (a obrigação pessoal e infungível a que se obriga o trabalhador e a contraprestação a cargo do empregador), dentro dos parâmetros da subordinação.

Em específico, o artigo 21 da “Lei de Contrato de Trabalho” argentina (LCT) dispõe que

Haverá contrato de trabalho, qualquer que seja sua forma ou denominação, sempre que uma pessoa física se obrigue a realizar atos, executar obras ou prestar serviços em favor de outra e sob a

⁶² GRISOLIA, Julio Armando. Manual de derecho laboral. – 5a Ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, p. 62.

dependência desta, durante um período determinado ou indeterminado de tempo, mediante o pagamento de uma remuneração. Suas cláusulas, forma e condições de prestação, restam submetidas às disposições de ordem pública, aos estatutos, às convenções coletivas e aos usos e costumes.

Da definição acima transcrita cabe destacar os seguintes elementos que configuram o contrato de trabalho:

- a) Existe um acordo de vontades para que cada parte cumpra suas obrigações: quando se usa a expressão “se obrigue” se refere ao que o contrato se aperfeiçoa quando as partes prestam seu consentimento;
- b) Trata-se de um serviço pessoal, ao qual define o trabalho como um “hacer infungible”: ao fazer referência a pessoa física, a norma descarta a possibilidade de que uma pessoa de existência ideal ou jurídica preste o serviço;
- c) Não tem relevância a denominação atribuída pelas partes nem as formas, o que se evidencia ao consignar “qualquer que seja sua forma ou denominação”: o contrato é o acordo em si mesmo, sem formalidades; adquire transcendência o princípio da primazia da realidade e a presunção estabelecida no artigo 23, LCT.
- d) O prazo não tem importância, pois existe contrato celebrado por prazo certo ou incerto o que resta evidenciado ao consignar “durante um período determinado ou indeterminado de tempo”. Apesar do exposto a LCT promove a indeterminação do prazo ao ponto que contempla, em diversos pressupostos, a conversão das exceções (contratos a prazo) em contratos de tempo indeterminado;
- e) O trabalhador põe à disposição do empregador a sua força de trabalho que se consubstancia em “realizar atos, executar obras, ou prestar serviços”, o que constitui um elemento essencial do contrato em virtude do qual o trabalhador se compromete a realizar sua prestação levando a cabo sua atividade por conta e risco alheio e em benefício do principal.

- f) O empregador assume o compromisso do pagamento de um salário (remuneração) pelo trabalho prestado sendo esta uma de suas principais obrigações a tal ponto que o não cumprimento da direito ao empregado a abster-se de tarefas sem que isso importe em descumprimento do contrato, até que se regularize a situação do pagamento;
- g) O trabalho se põe à disposição da empresa de outro, e o empresário o organiza, o aproveita e assume os riscos do negócio.

Conforme o exposto, o contrato, consequência do acordo de vontade das partes, é o ato a partir do qual nasce a relação jurídica que as vinculará e que gerará de forma recíproca direitos e obrigações.

As principais características do contrato de trabalho são as seguintes:

- a) Consensual: o contrato de trabalho se aperfeiçoa com o mero consentimento das partes sem outro requisito senão a sua validade (artigos 21 e 45, LCT). Se em princípio não se exige a forma escrita, ele obedece tanto a lei, os estatutos especiais e as convenções coletivas regulam os conteúdos que tratam das questões básicas do contrato.
- b) Pessoal: o contrato de trabalho é direito pessoal do trabalhador e se sustenta nas características pessoais do contratado. Constitui para este uma obrigação de fazer infungível, que se baseia nas condições pessoais (especialização, determinado conhecimento, título, etc), que motivaram a sua contratação.
- c) Caráter dependente do trabalho: existe uma subordinação técnica, jurídica e econômica entre o trabalhador e o empregador. Compreende a faculdade de dar ordens com o consequente dever do trabalhador de acatá-las; deste modo está submetido a uma organização de trabalho alheia, renunciando a sua independência.

Essencialmente é uma vinculação hierárquica em relação ao empresário (dono do capital). Ele tem a incumbência de organizar e dirigir o trabalho por conta alheia e o trabalhador recebe de forma direta os benefícios de seu trabalho.

- d) De trato sucessivo: se desenvolve por meio de prestações repetidas no tempo; é um contrato de execução continuada e não instantânea, ainda que as modalidades de prazo determinado (por exemplo, contrato eventual); em sua execução opera uma cooperação entre as partes para alcançar o fim perseguido (artigo 62, LCT).
- e) Não formal: há uma liberdade de formas já que em algumas modalidades não se exigem formas predeterminadas para sua celebração.
- f) Oneroso: possui conteúdo patrimonial; o artigo 115 da LCT estabelece que o contrato não se presume gratuito e o artigo 76, LCT, dispõe que o pagamento da remuneração é uma obrigação essencial do empregador. Num contrato de trabalho típico o esforço realizado pelo trabalhador é reconhecido por meio de uma contraprestação denominada salário cujo pagamento fica a cargo de empregador que, a sua vez, se beneficia com a atividade do subordinado.
- g) Bilateral e sinalagmático: a bilateralidade importa reciprocidade das posições jurídicas das partes intervenientes; os direitos e obrigações do trabalhador se correspondem com os do empregador e vice versa. O sinalagma funcional alude à reciprocidade na medida que o dever de uma das partes se complementa com o direito de outra, e a prestação de uma corresponde à contraprestação da outra parte.
- h) Comutativo: há equivalência nas prestações; as vantagens para ambas as partes não dependem de um acontecimento incerto. A segurança existe com respeito às prestações a cargo de cada uma das partes e delas deriva certo grau de proporcionalidade que justifica o intercâmbio.
- i) Típico: tem uma regulação própria contemplada na LCT que admite modalidades especiais relativas ao tempo ou a forma de prestação dos serviços e que o distinguem claramente de outros contratos. Suas características e disciplina lhe são exclusivas e possui particularidades que o distinguem do resto das figuras contratuais.

No Brasil, o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) diz que o contrato individual do trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à

relação de emprego. Esse conceito é incompleto, o que justifica uma melhor análise pela doutrina brasileira sobre o conceito de contrato de trabalho.

Segundo Orlando Gomes⁶³ o “contrato de trabalho, é a convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não eventual, prestam trabalho pessoal em proveito e sob direção de empregador”.

Para Délio Maranhão⁶⁴ o contrato de trabalho é todo aquele pelo qual uma pessoa se obriga a uma prestação de trabalho em favor de outra. em suas palavras

É o negócio jurídico de direito privado pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga à prestação pessoal, subordinada e não eventual de serviço, colocando sua força-de-trabalho à disposição de outra pessoa, física ou jurídica, que assume os riscos de um empreendimento econômico (empregador) ou de quem é a este, legalmente, equiparado, e que se obriga a uma contraprestação (salário).

Há que se registrar, ainda uma especial forma de contrato de trabalho: o contrato de equipe ou plúrimo. Nas palavras de Délio Maranhão⁶⁵ é aquele firmado com um grupo de empregados, que se reúnem espontaneamente para realização de um serviço comum e afim, sendo que o trabalho só se efetiva mediante os esforços de todos os membros da equipe.

Esse tipo de contrato é formado por contratos individuais de trabalho autônomos e independentes, cada qual anotado na Carteira de Trabalho e Previdência Social⁶⁶ (CTPS) de cada membro, pois o grupo não possui personalidade jurídica.

⁶³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. Curso de Direito do Trabalho. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 118.

⁶⁴ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. Direito do Trabalho. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1993, p. 46.

⁶⁵ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Op. cit. p. 277.

⁶⁶ A Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) é um documento obrigatório para quem venha a prestar algum tipo de serviço profissional no Brasil. Ela é um dos únicos documentos a reproduzir, esclarecer e comprovar dados sobre a vida funcional do trabalhador. Foi instituída pelo decreto nº 21.175, de 21 de março de 1932, e posteriormente regulamentada pelo decreto 22.035, de 29 de outubro de 1932. Em 1934 o governo do presidente Getúlio Vargas a tornou obrigatória para fins de

Alice Monteiro⁶⁷ também emprega a expressão contrato de grupo como sinônimo do contrato de equipe. Todavia, defende que as “individualidades, se não desaparecem, pelo menos aglutinam-se em defesa do espírito de corpo”. Argumenta que o poder diretivo do empregador é atenuado. De fato, quando o grupo se complementa, o empregador pode se sentir limitado, pois a retirada de um membro pode comprometer o resultado final do trabalho.

A denominação utilizada antes da legislação trabalhista se desenvolver no Brasil era *locação de serviços*, pois derivou da *locatio operarum* do Direito romano em torno dos séculos VII e VI a.C., inspirando o Código Civil brasileiro de 1916.

Com o nascimento do Direito do Trabalho, foram usadas algumas expressões, como contrato de indústria e contrato operário. Mais tarde foi chamado de contrato de salário e, também, de contrato corporativo. Depois, com o advento da antiga Lei nº 62, de 5 de junho de 1935, que por sua vez regulava a rescisão do pacto laboral, passou-se a utilizar a denominação contrato de trabalho, que é adotada até os dias atuais.

Para Orlando Gomes⁶⁸, no entanto, tal expressão abrange qualquer tipo de contrato no qual exista trabalho humano. Por isso, sugere o nome de contrato de emprego, pois assim, este tipo está restrito ao ajuste feito entre empregado e empregador.

No que atine às características, Martins Catharino⁶⁹ explica que o contrato de trabalho é bilateral (possui direitos e obrigações recíprocos), consensual (nasce da vontade e da concordância das partes), oneroso (há contraprestação pelo serviço prestado), comutativo (cada parte sabe previamente seu direito em relação à outra, cujas obrigações são recíprocas e equivalentes), *intuitu personae* (pessoal, como consequência do caráter fiduciário da relação de emprego) em relação ao empregado e de trato sucessivo (o contrato não se exaure com a prática de um único ato, pois é de débito permanente).

consolidação dos direitos trabalhistas e os responsáveis pela emissão são o Ministério do Trabalho e as respectivas gerencias, bem como os Pontos de Atendimento ao Trabalhador (PAT), algumas prefeituras do interior e sindicatos. Apenas maiores de 14 anos podem tirar a Carteira de Trabalho.

⁶⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p. 209.

⁶⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. Op. cit. p. 111.

⁶⁹ CATHARINO, José Martins. Compêndio Universitário de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, p. 269.

Convém ressaltar que o caráter bilateral ou sinalagmático do contrato não se confunde com o comutativo. Sinalagmático significa reciprocidade de obrigações, equivalentes ou não, enquanto comutativo vem a ser aquele em que cada contratante recebe do outro prestação equivalente e pode apreciá-la desde o início, porque assim foi ajustado. Contrapõe-se ao contrato aleatório, que é aquele que depende do risco, do acaso, pois as partes não sabem previamente a obrigação da outra.

Nas palavras de Maria Helena Diniz⁷⁰,

será comutativo o contrato a título oneroso e bilateral em que a extensão das prestações de ambas as partes, conhecida desde o momento da formação do vínculo contratual é certa, determinada e definitiva, apresentando uma relativa equivalência de valores (...).

O caráter comutativo do contrato de trabalho é criticado por alguns, já que essa equivalência é meramente jurídica e não real. O trabalho humano não tem preço definido, pois a energia despendida não pode ser medida e valorada com precisão. Logo, não há equivalência real. Por isso, Evaristo Moraes Filho⁷¹ prefere utilizar a nomenclatura equipolência, que corresponde a uma equivalência fictícia.

Orlando Gomes⁷² aponta as mesmas características, acrescentando somente que o contrato de trabalho não depende de formalidade especial (não solene), salvo algumas exceções. Com razão o autor. Salvo raras hipóteses o contrato de trabalho não depende de forma especial para sua validade. Informa, ainda, que o contrato é real, “uma vez que a obrigação de dar do empregador depende da obrigação de fazer do empregado, consistente na execução de um serviço.”⁷³

Délio Maranhão⁷⁴ apresenta as seguintes características para o contrato de trabalho: contrato principal (pode estar acompanhado de contratos acessórios, como, por exemplo, o contrato de depósito), com natureza privada com cláusulas de

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 84.

⁷¹ MORAES FILHO, Evaristo de. Op. cit. p. 251.

⁷² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. Op. cit. p. 111.

⁷³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson, Op. Cit. p. 122.

⁷⁴ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. Op. cit. p. 46.

ordem pública (há um mínimo legal que deve ser respeitado pelas partes), *intuitu personae* ou personalíssimo, sinalagmático (obrigações contrárias e equivalentes), consensual (nasce da vontade das partes), de trato sucessivo (não acaba com a prática de um único ato) e oneroso (há contraprestação pelo serviço executado ou pelo tempo à disposição).

De fato o contrato de trabalho é um contrato principal que gera obrigações e contratos acessórios, tais como: a) obrigações acessórias – previdenciárias, PIS⁷⁵, contribuições sindicais, assistência sindical etc.; b) contratos acessórios que se extinguem automaticamente com o rompimento do vínculo de emprego: seguro de vida, locação de imóvel, fornecimento de utilidade como carro, laptop, celular, plano de saúde, previdência privada, comodato de ferramentas etc.

Evaristo de Moraes⁷⁶ defende, ainda, que o contrato de trabalho seria um contrato de adesão, já que o empregado estaria obrigado a aceitar as condições impostas pelo empregador. Mas, essa posição é criticada pela doutrina majoritária, uma vez que é possível haver livre autonomia de vontade no ajuste de cláusulas que garantam direitos acima da lei. Apesar de rara, a autonomia de fato existe, o que retira a característica de contrato de adesão.

Dessa forma, o contrato de trabalho constitui espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral, pois é acordo de vontades que, na conformidade da ordem jurídica, estabelece uma regulamentação de interesses entre as partes, com o objetivo de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Por isso os contratos contêm duas características: a) estrutural, isto é, a alteridade, que se demonstra através da bilateralidade de atribuições, do caráter sinalagmático do contrato (direitos e obrigações recíprocas); b) funcional, pois compõe interesses contrapostos, harmonizando os conflitos. Daí decorre sua função econômica e social, pois é através do contrato que uma vasta gama de interesses se harmoniza.

⁷⁵ O Programa de Integração Social (PIS) é uma contribuição social de natureza tributária, devida pelas pessoas jurídicas, com objetivo de financiar o pagamento do seguro-desemprego, abono e participação na receita dos órgãos e entidades para os trabalhadores privados. Ele é destinado aos funcionários de empresas privadas regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sendo administrado pela Caixa Econômica Federal.

⁷⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. Op. cit. p. 252.

Há que se reportar que todo contrato pode ter três tipos de elementos: a) essenciais; b) naturais; c) acidentais. Sendo o contrato um negócio jurídico, requer, para a sua validade, a observância de requisitos ou de elementos essenciais.

Estes requisitos ou elementos essenciais para validade do contrato de trabalho dividem-se em extrínsecos e intrínsecos⁷⁷, sendo que aqueles existem independentemente da relação de emprego enquanto estes passam a existir quando da materialização da relação empregatícia.

A ausência de um dos elementos essenciais pode comprometer a existência ou a validade do contrato. Assim preleciona o artigo 166 do Código Civil brasileiro:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV – não revestir a forma prescrita em lei;

V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

E de acordo com o art. 104 do mesmo código, para validade do negócio jurídico mister estejam presentes os requisitos, de forma concomitante: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.

2.4.2. Da relação de trabalho

De acordo com o artigo 22 da Lei de Contrato de Trabalho argentina “haverá relação de trabalho quando uma pessoa realize atos, execute obras ou preste serviço em favor de outra, sob a dependência desta e de forma voluntária e

⁷⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Élson. Curso Op. cit. p. 145-146.

mediante o pagamento de uma remuneração, qualquer que seja o ato que lhe dê origem”.

Explica Grisolia⁷⁸ que esta é uma situação de fato que manifesta uma relação de dependência e pela definição transcrita se pode concluir que, sem prejuízo do contrato de trabalho – acordo de vontades materializado em um ato jurídico -, a relação de trabalho é a prestação efetiva das tarefas, as que podem consistir na execução de obras, atos ou serviços.

A lei considera que quem trabalha em relação de dependência celebrou anteriormente pelo menos um acordo tácito, que resulta válido já que o contrato de trabalho é, por essência, informal.

Conseqüentemente, o fato de se efetivar a prestação da força de trabalho pelo empregado em favor do empregador e mediante o pagamento de uma remuneração, define bem a situação referida no artigo 22, da Lei de Contrato de Trabajo argentina.

A fim de evitar que o empregador utilize os serviços do empregado e posteriormente desconheça o vínculo fundamentando-se na inexistência de contrato, impõe-se que os efeitos da relação sejam similares aos do contrato de trabalho, salvo se um terceiro de boa fé o desconheça e haja se oposto a esta prestação.

O artigo 24 da LCT estabelece que

os efeitos do descumprimento de um contrato de trabalho, antes de se iniciar a efetiva prestação dos serviços, se julgarão pelas disposições do direito comum, salvo o que expressamente se dispuser nesta lei. Este descumprimento dará lugar a uma indenização que não poderá ser inferior ao importe de um mês de remuneração que se houver combinado, ou a que resulte da aplicação da convenção coletiva de trabalho correspondente.

Portanto, é possível que haja contrato de trabalho sem relação de trabalho, circunstância que sucede quando as partes celebram um acordo em virtude do qual se estabelecem obrigações porém se estipula que a efetiva prestação de tarefas por

⁷⁸ GRISOLIA, Julio Armando. op. cit. p. 74.

parte do trabalhador começará em data futura. Se trata de um acordo para trabalhar que ainda não chegou a se executar.

Dessa forma, enquanto não satisfeitos os efeitos do cumprimento do contrato, antes de iniciar-se a efetiva prestação dos serviços, o artigo 24 da LCT remete à ação de danos e prejuízos do direito civil; como mínimo, se deve pagar ao trabalhador uma indenização que não pode ser menor que um mês de remuneração estabelecida.

No Brasil, preocupado com a possibilidade dos abusos do poder econômico do empregador no momento de contratar, o legislador trabalhista foi rigoroso na regulamentação dos direitos dos empregados. Por conta disso, o contrato de trabalho tem suas regras mínimas impostas por lei, uma vez que os contratantes não possuem igualdade econômica como acontece, via de regra, nos contratos de natureza civil, em que qualquer direito pode ser ajustado ante a livre autonomia de vontade (partes patrimonialmente iguais).

Estas regras impostas pela lei são de ordem pública, cogentes e imperativas. Logo, as partes não podem delas dispor. Tal fato limita sobremaneira a autonomia de vontade dos contratantes, reduzindo a capacidade de ajustar. São verdadeiros contratos regulamentados.

Dessa forma, diante de tamanha limitação à liberdade de ajustar cláusulas contratuais do trabalho, alguns estudiosos negaram a existência do contrato em si, pois lhe faltava a vontade e partir daí decorreram diversas correntes: uns defendiam a idéia da relação de trabalho em substituição à nomenclatura “contrato de trabalho” ou “contrato de emprego”, abandonando, assim, a ideia contratualista.

Outros, perfilhando esta corrente anticontratualista ou acontratualista, preferiram justificar a relação de emprego pela simples inserção do empregado no empreendimento do empregador.

Neste diapasão, o empregador não ajusta e não contrata o empregado, apenas o insere na instituição empregadora. Daí exsurge a teoria institucionalista, em que ao empregado são impostas regras, no interesse da empresa.

Todavia, esta não é a realidade, pois quando o empregado aceita trabalhar numa empresa sabendo das condições de trabalho e vantagens propostas emite

uma declaração de vontade, pois não estava obrigado a tanto. Poder-se-ia dizer que este é um ato de adesão.⁷⁹

Mas, como frisa De Page⁸⁰, “nenhum texto ou princípio de direito exige, para a validade de um acordo de vontades, que o conteúdo do contrato seja estabelecido pelas duas partes ou tenha sido objeto de negociações e discussões preliminares (...) todo contrato pode converter-se em um contrato de adesão, sem que, por esse motivo, as condições de sua validade sofram a menor modificação”

Com razão De Page quando diz que a relação de emprego é contratualista e tem fortes características de contrato de adesão, mas não o é, pois é possível o empregado ter autonomia para ajustar benesses acima da lei.

Portanto, há que se defender a teoria contratualista em detrimento da teoria do contrato de adesão. Ademais, a antiga concepção de que somente haveria contrato quando os sujeitos de direito, individualmente considerados, após discussão, debate e análise das propostas, conjugassem suas vontades para determinar o conteúdo do vínculo obrigacional criado por aquele pacto, há muito está superada pela moderna visão de que sempre haverá contrato quando houver a possibilidade de exercício da vontade, mesmo que esta seja limitada.

2.4.3. Dos sujeitos da relação de trabalho

No âmbito do trabalho individual dois são os sujeitos da relação: o trabalhador dependente e empregador. Segundo o artigo 25, da LCT, trabalhador é considerado "a pessoa física que se obrigue ou preste serviços nas condições previstas nos arts. 21 e 22 desta lei, qualquer que sejam as modalidades da prestação".

Trata-se de uma pessoa física com capacidade jurídica, que se obriga a prestar serviços em relação de dependência e de forma pessoal mediante o pagamento de uma remuneração. Portanto, o direito do trabalho argentino não considera trabalhador os incapazes, os autônomos nem as entidades coletivas.

⁷⁹ Neste sentido Cesarino Junior e Alice Monteiro. CESARINO JUNIOR, Direito social. São Paulo: LTr, 1980, p. 187; BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p. 223.

⁸⁰ Apud SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Op. cit. p. 230.

A natureza do serviço é pessoal e, portanto, não pode ser delegado o cumprimento da atividade. Ademais, ao tratar a relação de dependência, é possível chegar ao conceito de trabalhador dependente por exclusão, determinando quem não o poderá ser.

Nesse sentido, cabe afirmar que quem não reúne esta qualidade:

- quem não é pessoa física.
- quem não está obrigado a prestar serviços.
- quem, embora esteja obrigado a prestar serviços, não está obrigado a ser remunerado (artigo 277, Código Civil argentino)
- quem não preste serviços sobre a dependência de outro, em qualidade de subordinado.
- quem, como ocorre na locação da obra (artigos 1629 e 1631) não se comprometem pessoalmente a realização de um serviço, senão que se limitam a entrega de um resultado cujo autor é juridicamente irrelevante.
- quem realiza prestações pessoais obrigatórias configuradas como um dever legal. Este é o caso da carga pública que pesa sobre uma testemunha.
- quando se trate de serviços exigíveis por uma relação de emprego público e que sua regulação legal se funde em normas constitucionais ou bem de direito administrativo.

Conforme o exposto, o trabalhador amparado pela LCT se caracteriza por vincular-se com seu empregador através de uma relação subordinada (que abarca os aspectos: econômico, técnico e hierárquico, ainda que com suas diferentes nuances), o que o distingue do trabalhador autônomo e ademais se insere em uma organização alheia e percebe por seu trabalho uma remuneração cujo montante se encontra determinado por uma norma aplicável (LCT, Convenção Coletiva de Trabalho, Estatuto, etc.), sem assumir riscos.

O artigo 26, da LCT, determina quem pode revestir a qualidade de empregador ao dispor que “se considera empregador a pessoa física ou conjunto delas, ou jurídica, tenha ou não personalidade jurídica própria, que requeira os serviços de um trabalhador”.

Trata-se de uma pessoa física ou jurídica que organiza e dirige o trabalho prestado pelo trabalhador subordinado, contando, ademais, com faculdades de controle e disciplina. O alcance do conceito é amplo: pode ser empregador tanto uma pessoa de existência visível, como uma pessoa jurídica e também as entidades sem fins lucrativos (a exemplo das organizações culturais), uma associação irregular (em formação), uma sociedade de fato ou, inclusive, um conjunto de pessoas físicas.

Podem ser empregadores as pessoas físicas, com exceção dos incapazes de fato e de direito. Também os sujeitos coletivos, entre os que se podem mencionar: as pessoas jurídicas públicas ou privadas (enumeradas no artigo 33 do Código Civil argentino – o Estado Nacional, as Províncias e os Municípios, as entidades autárquicas, a Igreja Católica).

Da mesma forma, são considerados empregadores os sujeitos previstos no artigo 46 do Código Civil, isto é, as associações que embora não tenham existência legal como pessoas jurídicas formais, são reconhecidas como simples associações civis ou religiosas e também as sociedades de fato ou irregulares e o conjunto de pessoas físicas, conforme de extrai do artigo 26, LCT.

O artigo 5º, LCT, define a empresa como “a organização instrumental de meios pessoais, materiais e imateriais, ordenados sob uma direção para o êxito de finalidades econômicas ou beneficentes”. Assim, os meios materiais são os instrumentos de produção e os imateriais são o conhecimento e a tecnologia em geral.

Segundo Grisolia⁸¹

a LCT utiliza um conceito organizativo e finalista para defini-la, isto é, como um instrumento para satisfazer as necessidades humanas. Na realidade, não é um ente jurídico nem um sujeito da relação laboral, já que esta se estabelece entre pessoas físicas ou jurídicas.

A mesma norma faz referência que o empresário é “quem dirige a empresa por si, ou por meio de outras pessoas, com o qual se relacionam hierarquicamente os trabalhadores, qualquer que seja a

⁸¹ GRISOLIA, Júlio Armando. Op. cit. p. 80.

participação que as leis atribuem a estos na gestão e direção da empresa”.

Resulta relevante a ausência de empresa e de empresário para descartar a existência de relação de trabalho. Por exemplo, no caso do encanador que trabalha em uma habitação se pode observar que a casa não é uma organização de meio na qual se prestam serviços nem é dirigida por um empregador.

A norma menciona como empresário a quem dirige a empresa, seja por si ou pelo intermédio de outras pessoas que se acham na mencionada relação hierárquica com os trabalhadores. A situação particular se baseia na relação com os grupos de empresa ou empresas vinculadas.

O artigo 6º, da LCT, define estabelecimento como “a unidade técnica ou de execução destinada ao êxito dos fins da empresa, através de uma ou mais unidades”. Trata-se do lugar onde se produz. A empresa pode explorar diferentes ramos e, inclusive, estar integrada por vários estabelecimentos.

O Estado pode ser tangencialmente sujeito do direito do trabalho como empregador quando assume o caráter em relações regidas pelas normas laborais. Entretanto, sua função essencial é a de autoridade pública, ao intervir como órgão de controle e de aplicação tanto nas relações individuais como coletivas por meio do Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridade Social.

Efrén Córdoba⁸² explica que

deve se efetuar uma necessária distinção entre as figuras do empregado ou trabalhador do Estado, e a do funcionário público, já que os primeiros realizam atos de apoio, como agentes imediatos da autoridade pública, a contrário do funcionário, que é titular da função pública e exerce poder de mando.

Ter um emprego, não só constitui o principal recurso com que conta a maioria das pessoas para suprir as suas necessidades materiais, como também lhes permite

⁸² CORDOBA, Efrén. Relaciones laborales en la función pública en América latina. Revista Internacional del trabajo, vol 99, nro. 3, Julio-septiembre 1980, p. 313,

plena integração social. Por isso, a maior parte dos países reconhece o direito ao trabalho como um dos direitos fundamentais dos cidadãos.

As possibilidades de emprego que os sistemas econômicos podem oferecer em certo período, relacionam-se com a capacidade de produção da economia, com as políticas de utilização dessa capacidade e com a tecnologia empregada na produção. Os economistas clássicos entendiam que o estado de pleno emprego dos fatores de produção (entre eles o trabalho) era normal, quando a economia estivesse em equilíbrio. Assim, há que se refutar distinção entre relação de trabalho e relação de emprego (como ocorre no Brasil).

Mauricio Godinho Delgado⁸³ ensina que:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. Evidentemente que a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo ser humano, objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica). Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É, em síntese, o conjunto de atividades, produtivas ou criativas que o homem exerce para atingir determinado fim. A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas da relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um

⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 285-286.

tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades da relação de trabalho ora vigorantes. ().

Feita esta distinção, o referido autor ainda explica que:

De fato, a relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sóciojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático-jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação.

Logo, para configuração da relação de emprego, ou o vínculo empregatício, espécies estas da relação de trabalho, é necessária a existência dos elementos fático-jurídicos cumulativamente, conforme mencionado pelo doutrinador. O mesmo complementa seu ensinamento dizendo que:

O fenômeno sóciojurídico da relação empregatícia surge desde que reunidos seus cinco elementos fático-jurídicos constitutivos: prestação de serviço por pessoa física a outrem, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação.

Desta forma, existindo os cinco elementos fático-jurídicos na prestação de serviço de determinada pessoa (empregado) a um empregador, ficará materializada a relação de emprego. Estes elementos encontram amparo na Consolidação das Leis do Trabalho e com este cenário, temos que a relação de trabalho é gênero e a relação de empregado é uma espécie de relação de trabalho.

Vê-se que a relação de emprego necessita cumulativamente dos cinco elementos fático-jurídicos para se configurar, de modo que além de configurar a relação empregatícia, conseqüentemente haverá a caracterização dos sujeitos desta relação, o empregado e o empregador.

Empregado é aquele que presta serviços com os mesmos elementos fático-jurídicos e o empregador será aquele que dirigirá a empresa e o empregado. Sobre a figura do empregado, o renomado doutrinador Amauri Mascaro Nascimento⁸⁴ expõe que “no Brasil, os arts. 3º e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho contêm os elementos necessários para a sua definição”.

De acordo com o art. 3º, da CLT, considera-se empregado toda a pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Diante de tal previsão é possível extrair os elementos fático-jurídicos constitutivos da caracterização de emprego. São eles: (I) Ser pessoa física; (II) Ter personalidade; (III) Não ser eventual; (IV) Ter onerosidade, (V) Subordinação e (VI) existir o empregador.

O parágrafo único do artigo 3º, da CLT, estabelece que não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. Note-se que os dispositivos legais mencionados trazem importantes informações para a caracterização de uma relação de emprego, ou seja, para se afirmar que uma pessoa é empregada ou não (por meio da verificação de seus requisitos, pois caso falte um deles não restará configurada a relação de emprego). Assim, relação jurídica é o vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito, levando à criação, à modificação e à extinção de direitos.

Com relação ao empregador o artigo 2º, da CLT conceitua como a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. E o parágrafo primeiro informa que se equiparam ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

E Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiver (em) sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente

⁸⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 24ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 611-612.

responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. (artigo 2º, § 2º, CLT).

Note-se que a CLT admite como empregadores tanto uma pessoa física, como no caso da contratação de um advogado, um médico ou um contador, quanto um grande grupo empresarial, que além de assumirem os riscos de seu empreendimento, assalariam e dirigem a prestação do pessoal de serviços, a qual pode dar-se de forma direta ou por intermédio de prepostos.

Assim, o conteúdo da relação jurídica pode ser simples ou complexo. Simples, quando há um só direito subjetivo, ocupando cada sujeito uma posição. Complexa é a relação jurídica na qual há vários direitos subjetivos, ocupando os sujeitos, concomitantemente, as duas posições: ativa e passiva.

As normas jurídicas disciplinam os comportamentos humanos na sociedade. Há relações sociais em que a conduta humana leva em consideração diversos fins, por exemplo: econômicos, morais, religiosos, artísticos, etc, não gerando na ordem jurídica. A partir do momento em que o social interage com o direito, os vínculos se transformam em jurídicos, permitindo a existência de uma norma a disciplinar os comportamentos humanos. Quando as relações sociais se encaixam nesses modelos, elas passam a ser tidas como uma relação jurídica.

Na relação de emprego, há um contrato, cujo conteúdo mínimo é a lei, possuindo sujeitos, de um lado, o empregado, que presta serviços, e de outro lado, o empregador, em função de quem os serviços são prestados de forma subordinada, habitual e mediante salário. Desta forma, o contrato de trabalho é o acordo tácito ou expresso que corresponde à relação de emprego. O ordenamento jurídico brasileiro adotou uma posição intermediária ao enunciar que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso.

A relação empregatícia surge da vontade das partes. Portanto, a relação de emprego implica a existência do próprio contrato de trabalho, o qual se estabelece entre o empregado e empregador. A relação é pessoal, visto que o empregado não pode se fazer substituir por outra pessoa durante a prestação dos serviços, denotando o caráter de uma obrigação personalíssima.

Segue abaixo quadro-resumo comparado dos dispositivos acerca dos elementos essenciais do direito do trabalho brasileiro e argentino em comento: contrato de trabalho, relação de trabalho e sujeitos da relação de trabalho:

Elementos básicos do Direito do Trabalho	Argentina	Brasil
Contrato de trabalho	<p>Art. 957, Código Civil e Comercial Argentino.</p> <p>Art. 957. Contrato é o ato jurídico mediante o qual duas ou mais partes manifestam seu consentimento para criar, regular, modificar, transferir ou extinguir relações jurídicas patrimoniais.</p> <p>Art. 21, LCT.</p> <p>Haverá contrato de trabalho, qualquer que seja sua forma ou denominação, sempre que uma pessoa física se obrigue a realizar atos, executar obras ou prestar serviços em favor de outra e sob a dependência desta, durante um período determinado ou indeterminado de tempo, mediante o pagamento de uma remuneração. Suas cláusulas, forma e condições de prestação, restam submetidas às disposições de ordem pública, aos estatutos, às convenções coletivas ou os laudos com tais forças e os usos e costumes.</p>	<p>Art 442, CLT: Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.</p> <p>Art. 443, CLT: O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.</p> <p>§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.</p> <p>§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:</p> <ol style="list-style-type: none"> de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a preterminação do prazo; de atividades empresariais de caráter transitório; de contrato de experiência.
Relação de Trabalho	<p>Art 22, LCT.</p> <p>Haverá relação de trabalho quando uma pessoa realize atos, execute obras ou preste serviço em favor de outra, sob a dependência desta de forma voluntária e mediante o pagamento de uma remuneração, qualquer que seja o ato que lhe deu origem.</p> <p>Existência de uma prestação efetiva de Tarefas.</p> <p>Existência do Contrato de Trabalho sem Relação de trabalho</p>	<p>A expressão relação de trabalho representa o gênero, do qual a relação de emprego é uma espécie. Pode-se dizer que o gênero "relação de trabalho" engloba, além da relação de emprego, outras formas de prestação/realização de trabalho como, por exemplo, o trabalho voluntário, o trabalho autônomo, o trabalho portuário avulso, o trabalho eventual, o trabalho institucional e o trabalho realizado pelo estagiário.</p> <p>Assim, toda relação de emprego (espécie) é uma relação de trabalho, mas nem toda a relação de trabalho é uma relação de emprego.⁸⁵</p>

⁸⁵ O que identifica a relação de emprego é o vínculo jurídico estabelecido entre as partes, de um lado empregado, pessoa física, e de outro o empregador, que pode ser pessoa física ou jurídica. Para a existência desse vínculo, que une o empregado ao empregador na execução de uma obra ou prestação de serviços, deve haver a presença de alguns requisitos ou elementos, sem os quais não

Sujeitos do contrato de trabalho	Art. 25, LCT (Trabalhador): Se considera "trabalhador", de acordo com esta lei, a pessoa física que se obrigue ou preste serviços nas condições previstas nos artigos 21 e 22 desta lei, qualquer que sejam as modalidades de prestação. Art. 26, LCT (Empregador): Se considera "empregador" a pessoa física ou conjunto delas, ou jurídica, tenha ou não personalidade jurídica própria, que requeira os serviços de um trabalhador.	Art. 3º, CLT: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Art. 2º, CLT: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Trabalhador independente (autônomo) é aquela pessoa que presta serviços de maneira autônoma, no que respeita às condições e execução do trabalho.
---	---	--

2.5. Relação do Direito do Trabalho com outros ramos

A despeito da incontestável autonomia, o direito do trabalho não pode ser apreciado como uma disciplina jurídica isolada ou absolutamente desvinculada de outras tantas existentes. A interdependência é uma regra no mundo científico. Observem-se, por conta disso, as relações estabelecidas entre o direito do trabalho e outras disciplinas, jurídicas e não jurídicas.⁸⁶

No campo do direito constitucional, De Diego⁸⁷ explica que

Desde a inclusão do art. 14 bis na Constituição Nacional argentina e a corrente que respalda ao denominado 'constitucionalismo social', existem importantes nexos entre o direito do trabalho e a carta magna, todo ele potencializado pela novidade que ingressou na reforma de 1994 ao incorporar com natureza constitucional os tratados internacionais.

A Constituição é o alicerce do ordenamento jurídico, sendo, por isso, evidente a existência de laços entre qualquer ramo do direito e o direito constitucional. No que diz respeito especialmente ao direito laboral, é de registrar que no Brasil a Carta de

se configura o vínculo de emprego: a pessoalidade, a não eventualidade, a dependência e a onerosidade ou contraprestação pelos serviços.

⁸⁶ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

⁸⁷ DE DIEGO, Julián Arturo. Op. cit. p. 42.

1988 reconheceu o valor social do trabalho como fundamento da República (art. 3º, III), oferecendo, por essa razão, uma especial proteção aos direitos sociais (art. 6º).

A Constituição brasileira promoveu um conjunto de direitos mínimos aos trabalhadores urbanos, rurais (art. 7º, inciso I a XXXIV) e domésticos (parágrafo único do art. 7º). Dessa forma, não é possível estudar o direito do trabalho sem previamente conhecer os princípios, as limitações e os pressupostos constantes do mencionado texto estrutural.

No âmbito do direito civil argentino pode estar associado à locação de serviços e a locação de obras como figuras nascidas no seio do direito civil, que para muitos autores, constituem os antecedentes mais próximos do contrato de trabalho e do direito laboral em si mesmo. É muito importante o caráter subsidiário que tem o Código Civil para o direito do trabalho, não somente em relação aos contratos e seu processo de formação, senão em outros temas como é o da capacidade das pessoas.

Sem muita diferença, no Brasil o contrato de trabalho teve origem no Direito Civil e como espécie do gênero contrato. Ele se desenvolveu por meio da locação de serviços, consubstanciada nos artigos 593 e seguintes do Código Civil brasileiro. A partir do conceito de empreitada foi possível notar algumas relações com o contrato de trabalho.

Dessa forma, o Direito do Trabalho se utiliza, subsidiariamente, do Direito Civil, principalmente da parte de obrigações e contratos previstos no Código Civil, pois o parágrafo único do artigo 8º, da CLT, determina que o Direito comum será fonte subsidiária daquele naquilo que não for incompatível com seus princípios fundamentais.

Com relação ao direito comercial argentino, muitas instituições laborais surgiram deste ramo do direito, o que já criou um vínculo de origem. Na atualidade, o trabalho e a empresa são figuras essenciais e centrais do mundo laboral de modo que, em forma permanente, se recorre à legislação comercial para compatibilizá-la com a estritamente laboral.

No Brasil esta relação também é nítida, pois este ramo do direito regula as várias formas de sociedades mercantis, sendo que a empresa é uma das partes do

contrato de trabalho. Registre-se que em eventual falência do empregador o trabalhador terá direito a reivindicar as verbas que lhe são devidas, o que importa a verificação de como isso será feito.

Assegura-se, ainda, que em caso de mudanças na estrutura jurídica e na propriedade da empresa, os direitos dos trabalhadores serão assegurados (artigos 10 e 448, da CLT).

Partindo agora para a seguridade social, existem pontos de contato em institutos que tem um claro conteúdo laboral. O sujeito da seguridade social é mais amplo já que não somente ampara a quem trabalha em relação de dependência, senão que cobre aos autônomos e aos que não trabalham (desempregador). É dizer que se cobre ao homem em geral.

No Brasil existe um capítulo próprio na Constituição (artigos 194 a 204) que trata da previdência social, sobretudo no que se diz respeito à proteção da maternidade, à gestante, além da assistência social (amparo à infância e adolescência), a promoção da integração ao mercado de trabalho, etc.

Por sua vez, o direito do trabalho tende a internacionalizar-se, seja pelos aspectos binacionais que se dão com países limítrofes, seja pelos efeitos supranacionais dos instrumentos da OIT e outros organismos, seja pelo interesse universal de transformar e homogeneizar as instituições laborais dentro do processo de globalização ou de mundialização da política econômica em geral e a macroeconomia em particular. É patente a relação com o direito internacional público.

No âmbito penal as principais relações residem na inclusão entre as infrações de matéria trabalhista e na unidade de figuras e conseqüente problema das relações entre o ilícito trabalhista. Existe no Brasil um capítulo próprio de seu Código Penal destinado aos “Crimes contra a organização do trabalho”; na Argentina se refere aos “Delitos contra a liberdade de trabalho e associação”.

A título de exemplo a lei penal brasileira proíbe o atentado contra a liberdade de trabalho, de contrato de trabalho, a boicotagem violenta, o atentado contra a liberdade de associação, a frustração de direito assegurado por lei trabalhista, a

frustração de lei sobre a nacionalidade do trabalho, o exercício de atividade com infração de decisão administrativa e o aliciamento para o fim da emigração.

Luciano Martinez⁸⁸ assevera que “existem diversas condutas trabalhistas que são tipificadas como crime. É tão extensa a lista de delitos relacionados ao trabalho que alguns doutrinadores mencionam a existência de uma variável entre os ramos penal e trabalhista intitulada ‘direito penal do trabalho.’⁸⁹” e que passamos a dedicar uma especial atenção.

3. Do Direito Penal do Trabalho

3.1. Origem e definição

Originariamente o direito penal do trabalho estava ligado muito mais ao direito penal e ao econômico que ao direito do trabalho em si. Preocupava-se basicamente com os crimes contra a ordem do trabalho onde denunciava a tendência de considerar o conjunto das normas penais relativas à disciplina do trabalho como ramo particular do direito penal geral.

O direito penal do trabalho e da economia diante do complexo de normas de natureza penal regulava o conjunto de fenômenos da economia, tutelando-os como interesse público e como fator e instrumento de produção nacional. Não era considerado ciência autônoma do direito já que lhe faltariam os requisitos verdadeiros e próprios mas bem poderia se considerar como uma parte especial dos ramos mais vastos da ciência (tanto do direito penal, como do direito do trabalho ou do direito corporativo).

Nesse sentido, Vannini⁹⁰ não chegou a nenhum momento a levantar a bandeira da autonomia do direito penal do trabalho e o definia como

⁸⁸ MARTINEZ, Luciano. Op. cit. p. 53-54.

⁸⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho. Síntese Trabalhista n. 159, 2002, p. 23.

⁹⁰ VANNINI, Ottorino. Diritto Penale del Lavoro, in U. Borsi e F. Pergolesi, Trattato di Diritto del Lavoro, vol IV. Padova, 1939, p. 271-273.

um complexo de normas jurídico-penais que regulam a tutela da economia pública através da incriminação das atividades individuais tendentes a alterar arbitrariamente as relações entre capital e trabalho e também a ordem e a disciplina do trabalho, com relativo e conseqüente perigo ou dano para o andamento normal da produção.

Krotoschin⁹¹ entendia que

por direito penal do trabalho entende-se todo conjunto de normas jurídico-penais, de caráter repressivo, destinadas a defender, em primeiro lugar, a ordem jurídico-trabalhista pública contra atividades individuais que alterem arbitrariamente esta ordem.

O que se percebe é que à época da construção desta inteseção laboral-penal não havia um estudo perfeitamente organizado/definido. Algumas vezes eram consideradas normas oriundas do Código Penal, outras vezes normas contidas em leis especiais: e tanto em um caso como em outro é possível admitir que mais fizesse parte do direito penal do que do sistema do direito do trabalho.

Dessa forma o termo “direito penal do trabalho” era considerado por alguns doutrinadores, *ab initio*, uma expressão imprópria já que era mais preferível e mais exato se referir às normas de “tutela penal do trabalho”.

No Brasil, o Código Penal de 1940 vivia o mesmo clima corporativo de organização da economia. Foi inserido, pela primeira vez na história, um título especial (Título IV, artigos 197-207) atinente aos “crimes contra a organização do trabalho” e segundo Nelson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda⁹², a esta denominação incluía em seu âmbito todo o edifício da organização estatal do trabalho, da economia dirigida, de democracia autoritária (como se dizia à época), tendo em vista mais o conjunto de interesse estatal do que propriamente a figura isolada dos indivíduos.

⁹¹ KROTOSCHIM, Ernesto. Instituciones de Derecho del Trabajo, vol. II. Buenos Aires, 1948, p. 305.

⁹² HUNGRIA, Nelson. LACERDA, Romão Côrtes de. Comentários ao Código Penal. Vol, VIII, 2ª Ed. Rio de Janeiro, 1954, p. 19-20.

A exposição de motivos que fundamentou a criação do referido Título é clara no sentido de que a proteção jurídica não é concedida à liberdade do trabalho, propriamente, mas à organização do trabalho, inspirada não somente na defesa e no ajuizamento dos direitos e interesses em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos.

Dessa forma, atentatória ou não da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem jurídica no que concerne ao trabalho era considerada ilícita e assim sujeita às sanções repressivas, seja de direito administrativo, seja de direito penal.

A reviravolta conceitual dos crimes contra a liberdade do trabalho, do século XIX, para os crimes contra a organização do trabalho, do século XX, revela que os destinatários imediatos da norma penal eram os indivíduos, e os mediatos o Estado; e passou-se exatamente ao oposto. O interesse passou a ser do Estado, do Poder Público, do sistema, passando os indivíduos, os grupos, as classes, as pessoas, a um plano secundário.

Ressalte-se que à época dos ideais individualistas e liberais da Revolução Francesa, sobretudo às Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Lei Le Chapelier⁹³ e o Código Penal francês de 1810⁹⁴ (artigo 414/416), punia-se a coalizão e a greve em si mesmas (na França até 1864), como delitos de coação da maioria contra a liberdade de trabalho de alguns.

⁹³ Foi uma lei francesa, aprovada no início da Revolução Francesa, em 14 de junho de 1791, escrita e defendida por Issac René Guy le Chapelier, onde proibia os sindicatos, as greves e as manifestações dos trabalhadores. Sob a alegação da defesa da "livre empresa" e da iniciativa privada, as penas a se aplicar aos sindicalistas podiam ir desde avultadas quantias em dinheiro e privação de direitos de cidadania até a pena de morte (Art 7º e 8º). Temia-se, tanto a ascensão de uma nova classe de pequenos e médios proprietários, como o comportamento dos operários que, impedidos de se organizarem nas suas antigas e livres corporações de ofícios, começaram a fundar sindicatos através dos quais procuravam obter salários que acompanhassem a inflação. Esta lei só veio a ser revogada em 25 de Maio de 1864, quando da admissão do direito à livre associação sindical e do direito à greve.

⁹⁴ O primeiro código penal que coletou os requisitos que foram estabelecendo-se sobre a forma de um corpo legislativo moderno, foi o Código Penal francês, da época napoleônica (por ele também denominado Código penal napoleônico). Foi promulgado em 1810 com a finalidade de dar coerência a um sistema jurídico quase indecifrável pela quantidade de normas dispersas que existiam. Mais adiante a codificação penal foi se estendendo pela Europa (sobretudo pelos países de Direito continental) e por todos los territórios sob os quais estes estados europeus sofriam influência. Esta idéia jurídica da existência de códigos é tipicamente burguesa e liberal, dado que favorece as trocas comerciais e de segurança jurídica. Ademais, no caso do Código penal, era possível permitir aos cidadãos um maior conhecimento dos delitos, como também não ser processado por atos delitivos que poderiam desconhecer.

Se todos tinham o direito de trabalhar como e onde lhes aprouvesse, sem que ninguém lhes pudesse turbar o efetivo exercício desta liberdade, como se permitiria o aliciamento, a pressão e as intimidações a favor da paralisação do trabalho? Apesar de tudo, a inspiração a tal delito era nobre e elevada, já que não havia como negar, em nome da liberdade geral e irrestrita de trabalhar como um direito natural de todos.

Nos primeiros anos do século XX dizia Mario Cevolotto⁹⁵ que qualquer crime cometido com o fim de violar a liberdade de trabalho de outrem deveria incidir nas sanções do direito comum; e as disposições especiais do Código Penal italiano não seriam, por isso, um exame estritamente jurídico aceitável.

Para ele o fato da greve está sempre sujeito a punição própria, ou como violência pública que ocasiona desordens, agitações ou tumultos, ou como ameaça, ou lesão, ou violência privada, quando tais sejam os meios usados para induzir os companheiros à greve. Daí as irretorquíveis observações com as quais se combatia a conveniência deste tipo de delito.

O capítulo “Dos crimes contra a Organização do Trabalho” do Código Penal brasileiro de 1940 abrangia as seguintes espécies de delitos: atentado contra a liberdade de trabalho; atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta; atentado contra a liberdade de associação; paralisação de trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem; paralisação de trabalho de interesse coletivo; invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola; sabotagem; frustração de direito assegurado por lei trabalhista; frustração da lei sobre a nacionalização do trabalho; exercício de atividade com infração de decisão administrativa; aliciamento para o fim de emigração; e aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.

À época da edição deste Código as paralisações pacíficas de trabalho não eram punidas, pois constituíam apenas ilícito administrativo ou civil. A característica do delito de greve constituía-se na fraude ou na violência, como igualmente era esta a principal característica na quase totalidade dos delitos.

⁹⁵ CEVOLOTTO, Mario. I Delitti contro la libertà del lavoro nel Diritto Penale Italiano. Torino, 1911, p. 68.

Dessa forma, é constatável que no Brasil não se chegou ao rigorismo do regime italiano, já que a greve, o lock-out e as demais figuras infratoras contra a organização do trabalho somente atingiam as raias do delito punível criminalmente quando realizadas com violência ou fraude.

E a título de exemplo, na Itália os crimes contra a organização do trabalho eram classificados pela doutrina italiana como crimes de perigo, isto é, caracterizava-se pela ação criminosa independentemente da existência concreta de um dano real. Admitia-se, assim, o fato como crime, sem exigir que um dano *in concreto* se tenha verificado, bastando a possibilidade do dano *in abstracto*.

Foi a partir do Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, o Código Penal brasileiro passou a ter nova denominação no Título IV: Dos crimes contra a liberdade ou organização do trabalho. Deu-se uma concessão ao antigo liberalismo, conciliando-se as duas maneiras de classificar legalmente a matéria, afinal nem todos os delitos são estritamente contra a organização estatal da economia; há também os interesses individuais a se proteger.

Cesar Arese⁹⁶ explica que

as definições do Direito Penal do Trabalho consultam a realidade normativa que lhe toca viver em cada sistema e época. Podem se encontrar nos velhos manuais espanhóis e italianos conceitos de Direito Penal do Trabalho influenciados pela ideologia fascista. Se outorgava nesta época grande importância à penalização de condutas patronais e obreiras contrárias ao ordenamento estatal.

Dessa forma, se considerava este ramo como um complexo de normas jurídico-penais dirigidas a tutelar a economia pública através da incriminação da atividade individual tendente a alterar arbitrariamente a relação entre capital e trabalho, a ordem e a disciplina do trabalho com perigo e dano para a normalidade produtiva⁹⁷. Sendo que a legislação vigente àquela época não admitia o exercício do

⁹⁶ ARESE, Cesar. Derechos Humanos Laborales. Rubinzal Culzoni Editores, 2014, p. 3.

⁹⁷ VANNINI, Ottorino. Op. cit. p. 271.

direito de greve e de *lock-out* por atentar contra a economia pública; o trabalho era considerado um dever social inalterável tal como a continuidade da produção.

No direito argentino e abandonando esta direção, se pode resgatar a definição de Cabanellas que explica que o Direito Penal do Trabalho é “o ordenamento jurídico relativo às ações ou omissões voluntárias sancionadas pela lei penal e que guardam relação com a atividade laboral”⁹⁸. Krotoschin⁹⁹ sintetizava a disciplina dizendo que é “o conjunto de normas jurídico-penais, de caráter repressivo, destinadas a defender, em primeiro momento a ordem jurídico-laboral público contra atividades individuais que alterem arbitrariamente essa ordem”

Mais atualmente, Arroyo Zapatero o define como o conjunto de preceitos penais criados para garantir a efetividade das normas declarativas e ordenadoras destinadas a tutelar os trabalhadores¹⁰⁰. A este conceito, Baylos y Terradillos lhe observam que os preceitos penais funcionam como garantia de normalidade nos lugares de produção por meio de sanção legal e jurisprudencial¹⁰¹. De tal maneira se ressalta uma dicotomia ou contradição que encerraria indefectivamente este objeto de estudo.

Também de forma atual Montemarano entende que o Direito Penal do Trabalho é o conjunto de normas penais geradoras de tutela dos interesses regulados na relação de trabalho e nas normas penais especiais que a legislação em matéria de trabalho institui em resguardo a seus preceitos¹⁰².

De outra forma, Romagnoli y Ghessi observam que é junto com o direito administrativo do trabalho uma mera “convenção lingüística” de utilidade prática para identificar uma temática determinada no estado de nascimento, é dizer um “direito baby”¹⁰³. O que não o impede de deixá-lo dentro de um sarcófago sagrado onde se expia a má consciência social.

⁹⁸ CABANELLAS, Guillermo, *Introducción al Derecho Laboral*, V. II, Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 506.

⁹⁹ KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1948, p. 305.

¹⁰⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de derecho penal del trabajo*. Barcelona, 1988, p. 10.

¹⁰¹ ARROYO ZAPATERO, Op. cit. pag. 31.

¹⁰² MONTEMARANO, Armando, *Diritto penale del lavoro*, Ed. 24 ore. Milano, 2000, p. 1.

¹⁰³ ROMAGNOLI, U.; GHEZZI, G. *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli. Bologna, 1999, p. 397.

Naturalmente, a avaliação, orientação política, objetos jurídicos protegidos e até mesmo o propósito desta disciplina nos leva a se atravessar em areias movediças doutrinárias ou contraditórias.

Não há dúvida de que o mundo do trabalho registra tensões e mutações, promoção de instituições que logo perdem o sentido, dada a evolução do tema como também seu objeto de estudo e as forças que governam a realidade social. O direito penal igualmente se direciona muitas vezes como a idéia de controle social e disciplina do Estado, que se privilegia em cada época.

É por isso que provisoriamente e para não incorrer em valorações que pelo momento não possam ser objetivas, se pode concluir que se está diante de um conjunto de normas incriminadoras cujo conteúdo preceptivo se refere às relações sindicais, à tutela dos direitos dos trabalhadores dependentes e à observância das disposições da seguridade social.

Mais genérica e assepticamente Cesar Arese informa que se pode dizer que “é o conjunto de normas e princípios penais referidos às relações individuais e coletivas de trabalho e ao cumprimento das obrigações e o funcionamento da seguridade social.”

3.2. Sintomas de mudança e a necessidade de proteção constitucional

Estela Milagros Ferreirós¹⁰⁴ admite que por muito tempo “a legislação argentina, não tem tido muito em conta aos trabalhadores, quando os mesmos resultam vítimas de delitos, abarcados em sua tal condição.” E com grande diferença em relação a outros países do mundo, como Espanha, a Argentina, tem uma legislação e um exercício insuficiente do tema.

Cesar Arese relata que o Direito do Trabalho argentino foi devastado durante um longo período pelo ceticismo, contração e até um reducionismo absurdo. Tentaram declinar a sua competência em matéria de acidentes e enfermidades

¹⁰⁴ FERREIRÓS, Estela Milagros, El Derecho Penal del Trabajo, Doctrina Laboral. Buenos Aires: Errepar, agosto 2003, p. 1.

laborais; o direito coletivo sofreu redução frente ao auge da negociação individual ou pluri-individual; os servidores públicos foram demitidos em massa enquanto aparecia uma enorme contratação de locadores de serviços e se verificou que em alguns casos as velhas normas napoleônicas do Código Civil justificavam mais que as do “Novo Direito”.

Relata o jurista que

nos últimos tempos o Direito do Trabalho tem recobrado intensidade e riqueza na negociação coletiva gerando seus próprios sistemas autônomos e permanentes de geração de normas e de resolução de conflitos; se está revisando o mercantilismo, a privação de acesso à justiça competente e a falta de interesse na prevenção em matéria de acidentes trabalhistas; os dependentes públicos se atrevem a desafiar sua inexistência laboral procurando seu reconhecimento como trabalhadores ante ao foro natural do trabalho e se registra o retorno dos trabalhadores afetados pelo concurso; se começa a consolidar a jurisprudência a respeito da discriminação laboral e tem tomado força e nova dimensão interna o Direito Internacional do Trabalho mediante os pronunciamentos da nova integração da Corte Suprema.

Em suma, cresceu a força e confiança no Direito do Trabalho argentino. Em paralelo a isto é possível relatar vários temas que marcham em um determinado sentido. De certo modo aumentou consideravelmente a perseguição da irregularidade no labor¹⁰⁵ e se deu a luz a numerosas figuras penais específicas ligadas à evasão de contribuição às receitas da seguridade social ou ao funcionamento do sistema de previdência.

A título de exemplo há que se citar a Lei 24.241 do “Sistema Integrado de Aposentadorias e Pensões” e a Lei 24.769, sobre o “Regime Penal Tributario”. E à punição de condutas evasivas da lei 23.660 de Seguro Nacional de Saúde se

¹⁰⁵ Este processo se iniciou com a “Ley Nacional de Empleo Nro. 24.013” que criou um capítulo especial a respeito; continuou com as leis 25.323 e a lei 25.345 que modificou a “Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20.744” ao incluir a persecução especial da irregularidade nos arts. 80 y 132 bis.

agregaram também a persecução penal pelo descumprimento dos deveres de assistência médica e farmacêutica e à omissão de declaração e pagamento de contribuições no marco da Lei sobre Riscos de Trabalho Nro. 24.557.

No campo das contravenções penais, avançou-se para o aprofundamento e unificação de figuras, critérios e procedimentos de repressão de infrações laborais e à seguridade social por meio das Leis 25.212 e 27.877.

Em outra ordem, tem-se percebido a flexibilidade dos campos doutrinários. É comum falar-se de espaços inter e multidisciplinares como o Direito da Empresa, o Direito dos Negócios, o Direito Penal Econômico, o Direito das Organizações, o Direito da Negociação, o Direito Ambiental, o Direito da Informação, etc.

Estes estudos operam transversalmente, aprofundando e tratando de promover uma diversidade de visões e respostas do direito a um mesmo objeto de estudo, como fenômeno ou instituição. Em outras palavras, o estudo avança além dos limites disciplinares tendo em vista a força dos fatos que causam impacto sobre o mundo do direito.

Nos últimos anos tem-se debatido o modelo penal imposto na Argentina¹⁰⁶ e se projeta uma reforma integral e atualizada do Código Penal através da Res. do Ministério da Justiça Nro. 303 de 14/12/04.

Finalmente e sem esgotar o tema, tem-se percebido a insuficiência ou falta de respostas normativas no âmbito laboral a assuntos como a mão de obra estrangeira que se admite em certos setores industriais, a reincidência de acidentes de trabalho inexplicáveis, a exploração sexual de menores, a violência no trabalho; o assédio sexual no trabalho, o trabalho infantil, a invasão à intimidade do trabalhador, as

¹⁰⁶ A incorporação de Eugenio Zafaroni à CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina) veio a dar força à corrente garantista do direito penal. Ele foi ministro da Suprema Corte Argentina de 2003 a 2014, e desde 2015 é juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Suas teorias são amplamente difundidas no Brasil. Ele é considerado por muitos juristas o defensor do garantismo, sendo que até meados da década de oitenta Zaffaroni ainda pensava o Direito Penal como legítimo instrumento de controle social em vista da eficiência das penas criminais para ressocializar o punido. O garantismo é um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos fundamentais e conseqüente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobretudo, com interesses do Estado. O Garantismo se vincula ao conceito de Estado Democrático de Direito, modelo político-jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder punitivo estatal. Entretanto, possui matriz positivista e, embora carregue em si o minimalismo penal como um de seus postulados, pensa o poder punitivo como um instrumento legítimo e em alguns casos eficiente.

perturbações à liberdade pessoal ou a necessidade de uma crescente perseguição do trabalho irregular.

A título de exemplo, veja-se jurisprudência a respeito do acidente na hogartaller de Buenos Aires abril de 2006 em que uma família de trabalhadores bolivianos morreu carbonizada e provocou uma onda de controles na indústria de vestuário. Tomou-se conhecimento da grande exploração de mão de obra estrangeira que ingressou ilegalmente no país:

Em “Salazar Nina, Juan Carlos e outro s/falta de mérito e incompetência”, a CNCrim. e Correicional Federal, Sala I, 08/05/2006 resolveu aprofundar a investigação das explorações laborais clandestinas e a comissão dos delitos de redução à servidão e tráfico ilegal de mão de obra (art. 116 Lei de Migrações Nro. 25.871). Inf. Eldial.com, 12/5/06.

Patente é a importância de se estudar o tema denominado Direito Penal do Trabalho e da Seguridade Social que, de antemão, não é uma criação recente senão que teve reconhecimento no passado do direito nacional argentino e é especulado no direito comparado.

Com diferentes denominações o Direito Penal Laboral, Direito Penal do Trabalho, o mais comprido Direito Penal do Trabalho e da Seguridade Social ou o mais específico Direito Social Penal, vem hoje conotar em sua mutante existência como ramo autônomo do direito.

Muito embora no início do Direito Penal do Trabalho não se cogitasse sua autonomia, houve momentos em que alguns doutrinadores se ocuparam de lançar a autonomia de seu estudo. No México, Trueba Urbina¹⁰⁷ afirmava que

o direito Penal e o Direito do Trabalho são disciplinas jurídicas autônomas, com princípios, doutrinas, conteúdo, instituições próprias, porém enlaçadas em sua ação conjunta pela biologia, a sociologia, a economia e a filosofia. Quando o direito é ineficaz para

¹⁰⁷ BOTAS, Ec. Derecho Penal del Trabajo. México, 1948.

conservar inalterável a ordem jurídica das relações do trabalho, vem em seu auxílio o Direito Penal com sua sistemática dominadora, rígida e inalterável. E neste momento as correntes científicas das duas disciplinas se fundem, seus elementos atuam conjuntamente a fim de realizar a segurança da tutela jurídica; de tal modo que reafirma a força do Direito e a efetividade prática da norma. Sucede o mesmo quando dois rios se confundem em um só: se forma uma corrente mais caudalosa e potente.

Conclui este autor que “em consequência ao desembocar o Direito Penal e o Direito Laboral no vértice das relações de trabalho, surge uma nova concepção jurídica, o Direito Penal Laboral”. Dessa forma, é seguro afirmar que os conceitos clássicos do Direito Penal como responsabilidade, tipicidade, periculosidade, etc. devem ser incluídos pela doutrina laboralista.

Na Argentina, Mariano Tissebaum, adverte sobre uma vinculação cada vez mais estreita entre ambos os ramos ao incluir no direito do trabalho normas criminais destinadas a assegurar sua tutela. Era comum mencionar sua existência por volta dos anos 50 muito embora as fontes utilizadas fossem fundamentalmente italianas e espanholas. De fato Cabanellas incluiu um extenso capítulo em seu tratado no começo dos anos 60¹⁰⁸.

É importante informar que este estudo pareceu ter sido abandonado por um período de tempo na Argentina até que foi retomado pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Córdoba em 2003 em reuniões acadêmicas interdisciplinares das cátedras de “Direito do Trabalho e Direito Penal”, a dita matéria opcional denominada “Direito Penal do Trabalho e a Seguridad Social” no ano de 2004 e a edição de um disco compacto por parte desta casa de altos estudos.

Por estas experiências se resalta a inexistência de um corpo normativo, um sistema de normas ou um nível de codificação aceitável já que para construir este estudo se devem reunir fontes positivas de diversas ordens. Registre-se também que a impossibilidade de enunciar princípios, procedimentos ou foros próprios, porque

¹⁰⁸ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. p. 520.

se deverá passar necessariamente entre duas ordens que, inclusive, podem chegar a se apresentar como contraditórias.

Cesar Arese¹⁰⁹ informa que

Se aceitou um estudo sistemático das normas penais que giram ao redor do fenômeno do trabalho, o que lhe outorga certa autonomia acadêmica ou de estudo para acompanhar a tarefa de desenvolvimento do foro especializado no penal econômico e a atividade legislativa destinada a uma adequada proteção penal dos direitos constitucionais ligados ao trabalho e a seguridade social.

O Código Penal Argentino contempla a diversidade de formas de punição como se pode verificar nos crimes que atente contra a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, etc. (dos trabajadores). Porém sem adotar em nenhum caso tipos ou figuras especiais. No geral eles estão subsumidos na condição de cidadão.

Com efeito, o estudo transversal desse direito ainda se encontra em plena construção já que está submetido a uma evolução ou desenvolvimento próprio certamente sobre bases sólidas como o são a do Direito do Trabalho e o Direito Penal. O desenvolvimento normativo de cunho processual autônomo somado a este estudo diferenciado poderão insinuar uma ruptura de amarras para gerar um espaço disciplinar distinto e com autonomia didática e acadêmica.

No entender da doutrina brasileira de Guilherme Guimarães Feliciano¹¹⁰

admitir a existência de um “Direito Penal do Trabalho” é admitir a possibilidade constitucional de criminalização em sede de ilícitos laborais e afins. Em tempos de Direito Penal mínimo, de abolicionismo penal e de recorrentes processos legislativos de descriminalização (como recentemente se viu, no Brasil, em sede de delitos contra os costumes), isso não é pouca coisa.

¹⁰⁹ ARESE, Cesar. Op. cit. p. 7.

¹¹⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Refundando o Direito Penal do Trabalho. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1987, 9 dez.2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12054>>. Acessado em: 31 maio 2016.

Afinal, o valor social do trabalho, pensado *in abstracto*, engendraria importância bastante para desafiar a tutela penal estrita? Aliás, seria o legislador ordinário — entre nós, por força do artigo 22, I, da CRFB — um agente criador plenamente *livre* para estabelecer sanções penais às condutas que bem lhe aproovessem, sem qualquer parâmetro superior?

Claus Roxin¹¹¹ respondeu a tais indagações. No entender do catedrático alemão, os processos legislativos de criminalização não se guiam ao inteiro talante do legislador ordinário. Há, nos Estados Democráticos de Direito, um programa penal constitucional, do qual o legislador não pode se desviar sensivelmente. É dizer: “nem tudo pode ser criminalizado”.

Essa tese — que é considerada adquirida em boa parte das doutrinas estrangeiras (inclusive no Brasil) — atende bem aos propósitos do garantismo penal e promove, ao mesmo tempo, uma superfetação da chamada “teoria constitucional do direito penal”.

Dessa forma, previnem-se por essa via intromissões indevidas do Estado na esfera individual (como ocorrem, p.ex., nos países que criminalizam atos homossexuais entre maiores e capazes, ou naqueles sistemas que outrora abomina a miscigenação racial, conquanto as respectivas Constituições fossem silentes a respeito).

Nesse diapasão, Roxin vale-se de exemplos históricos e lições análogas para identificar quatro grupos principais de “objetos” que não devem se servir do Direito Penal. Na perspectiva constitucional-garantista, o Direito Penal não pode se prestar a (a) cominações penais arbitrárias; (b) finalidades puramente ideológicas; (c) repressão a meras imoralidades; (d) guarida de preceitos penais que criem ou assegurem desigualdade entre seres humanos.

É fácil perceber, todavia, que o trabalho humano — e a sua organização público-coletiva — não pode ser reduzido a nenhuma dessas categorias. Afinal o trabalho é uma projeção da personalidade humana do trabalhador, confundindo-se

¹¹¹ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 51-58.

com a sua própria vida em sentido dinâmico, isto é, se com ela não se confunde, é um atributo seu indissociável. Trabalha-se para viver; e, não raro, vive-se para trabalhar.

O trabalho não deve ser constitucionalizado apenas em seu valor humano, mas também — e sobretudo — em seu valor social (conforme o artigo 1º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil). É indiscutível que um bem jurídico-constitucional inerente à gama de Constituições democráticas contemporâneas, em todo o seu espectro ideológico.

Aliás, vem sendo assim desde pelo menos a Constituição mexicana de 1917, pois, o trabalho é um item inexorável dos panteões constitucionais contemporâneos, ao menos nos países de tradição democrática. Nesses, se constitui, sempre, objeto útil do programa penal constitucional.

É dessa forma que no Brasil busca-se o fundamento constitucional da tutela penal do trabalho ou, em dicção mais consentânea com a moderna teoria alemã, a jusfundamentalidade do valor-trabalho e de suas emanações em diversos preceitos da Carta de 1988, dentre os quais se destacam os seguintes:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV – os **valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

(...)

Artigo 5º. (...) XIII – **é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão**, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

(...)

Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, **o trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - **busca do pleno emprego**;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

(...)

Artigo 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - **observância das disposições que regulam as relações de trabalho**;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

(...)

Artigo 193. A ordem social tem como base o **primado do trabalho**, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Da mesma forma, é possível identificar fundamentos em praticamente todas as Constituições em vigor nos Estados ocidentais sob regime democrático. No vizinho Uruguai, *verbi gratia*, lê-se nos artigos 7º e 53 da Constituição da República Oriental do Uruguai (1967):

Artigo 7º. Os habitantes da República têm direito a ser protegidos em face de sua vida, honra, liberdade, segurança, trabalho e propriedade. Ninguém pode ser privado desses direitos senão conforme as leis que se estabelecem por razões de interesse geral.

(...)

Artigo 53.- O trabalho está sob a proteção especial da lei. Todo habitante da República, sem prejuízo de sua liberdade, tem o dever de aplicar suas forças intelectuais ou corporais de forma que seja em benefício da coletividade, a que procurará oferecer, com preferência aos cidadãos, a possibilidade de ganhar seu próprio sustento mediante o desenvolvimento de uma atividade econômica.

Já na perspectiva do direito espanhol BAYLOS e TERRADILLOS¹¹² explicam que ao ponderarem a opção por uma tutela penal efetiva seja mandatária, corre-se em paralelo à própria tendência flexibilizadora do direito laboral, notadamente nos campos da proteção da liberdade sindical e da garantia das condições pessoais de trabalho (i.e., tutela penal labor-ambiental), quiçá como um contrapeso institucional àquela mesma tendência. Veja-se que dicção dos autores

é uma opção legiferante obrigada pelo próprio desenvolvimento histórico e funcional desta ordem sancionatória, que tem tomado corpo em vez da flexibilização legislativa laboral. A “autonomização” progressiva do sistema de tutelas do Direito do trabalho, o peso maior da negociação coletiva como instrumento regulador das relações laborais [...], não tem funcionado como elemento impeditivo

¹¹² BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Derecho penal del trabajo. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 33-34.

de um sistema de tutelas de origem estatal nem muito menos da tutela penal.

Ora, se o “garantismo coletivo” não serve como sucedâneo para os mecanismos de tutela penal remanesce em aberto o espaço de estrita tutela estatal (preventivo-repressiva) que a constitucionalização do valor-trabalho franqueou ao legislador infraconstitucional. E noutras paragens, mesmo onde a Ciência do Direito Penal conhece estágio evolutivo superior àquele encontrado no Brasil, o legislador penal não tem se furtado à missão de legislar.

Demonstra-se, com isso, que há uma via político-criminal mais compatível com o fenômeno da constitucionalização do trabalho; e essa via não passa pela desregulamentação penal (= descriminalização), a não ser pontualmente, no que houver de obsoleto. Mas tampouco é uma via paleorrepressiva¹¹³. Cuida-se de promover, nos planos legislativo e judiciário, um Direito Penal do Trabalho de feito *democrático*, ancorado no Estado de Direito e nos desideratos jurídicos e socioeconômicos da República. Em outras palavras, um Direito Penal do Trabalho com papel eminentemente social, vocacionado à prevenção geral positiva.

A essa idéia, opõem-se naturalmente as representações políticas do empresariado capitalista dir-se-ia, em expressão mais contundente, os lobbies empresariais. E, na gênese de tal reação, identificam-se ao menos três classes de temores.

Teme-se que a redescoberta do Direito Penal do Trabalho, o seu ressignificado importe em revalorização do trabalho humano, com conseqüente superávit de efetividade das normas jurídico-laborais. Esse temor é fundado. E aqui justamente reside o papel social de um Direito Penal do Trabalho de feito democrático, como já se referiu acima.

Nesse ponto, é importante refletir detidamente sobre o perfil de magistrado mais apropriado para a interpretação e a aplicação do Direito Penal do Trabalho (como subsistema objetivo) e, independentemente dos rumos deste debate, a

¹¹³ Expressão empregada pelo jurista brasileiro LUIZ FLÁVIO GOMES para dar significado ao modelo de política criminal que historicamente sempre depositou toda confiança na força intimidativa da lei em abstrato.

formação democrática dos corpos judicantes após a Constituição de 1988 inspira a antevisão de que, em qualquer ramo do Judiciário brasileiro, eventuais rompantes paleorrepressivos na realização das normas penais laborais perfarão, sempre, casos de viés, estatisticamente isolados.

Teme-se, ainda, que a redescoberta do Direito Penal do Trabalho importe em perda de produtividade e queda das margens de lucros. E aqui reside um grande equívoco conforme encarecem BAYLOS e TERRADILLOS¹¹⁴,

o direito laboral – e com o Direito penal do trabalho — não pode se entender somente como fruto da luta obreira frente aos proprietários dos meios de produção; deve ser também contemplado como um espaço jurídico que circunscreve o âmbito do conflito laboral e que permite dirimir, recorrendo a regras previsíveis, as controvérsias surgidas neste âmbito.

Deste modo, resta definir, no marco da refundação, o que poderia ser objeto da tutela penal-laboral. Convém se fiar, para tanto, no padrão médio cognoscível das Constituições democráticas contemporâneas, que albergam basicamente as seguintes possibilidades, no entender de Feliciano¹¹⁵:

- (a) tutela penal dos direitos e faculdades que integram a autonomia privada coletiva;
- (b) tutela penal dos direitos e liberdades individuais fundamentais da pessoa trabalhadora (que converge para a tutela geral da pessoa humana, mas com ela não se confunde, por configurar tutela penal específica, realizando o propósito bobbio de “especialidade na universalidade”);
- (c) tutela penal das garantias institucionais do trabalho e/ou do trabalhador (organização geral do trabalho e Justiça do Trabalho).

¹¹⁴ BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Op. cit. p. 30.

¹¹⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Refundando o Direito Penal do Trabalho. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1987, 9 dez.2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12054>>. Acessado em: 31 maio 2016.

É o que assertam também em outros termos, Baylos E Terradillos¹¹⁶:

a segurança, a liberdade, a dignidade e a igualdade, como valores de relevância constitucional afetáveis de modo negativo no âmbito do trabalho, seguem mantendo assim a natureza de bens jurídicos penalmente protegidos, e seguem considerando delitivas as condutas que mais gravemente afetam a segurança do trabalhador, às condições de contratação, à igualdade no trabalho, ao exercício das liberdades sindicais ou a certos direitos em matéria de previsão.

3.3. O problema da operação e o conteúdo do direito penal do trabalho

Uma conjunção de fatores age contra a operação da persecução penal ligadas às relações de trabalho. Estamos diante de uma forma de criminalidade ligada geralmente a sociedades comerciais, mediante condutas aceitas ou não condenadas socialmente e com infratores de “colarinho branco”.

Isto porque conspira contra sua eficácia ao menos no que se refere com matérias de entrada, a falta de manutenção de foros com funcionários especializados; a inadequação de figuras penais ligadas a fatos do mundo do trabalho; a subestimação do rigor legal como forma de pauta de conduta social e finalmente a ineficácia do sistema penal.

Nesse sentido, Giuseppe Pera¹¹⁷ propôs a divisão do Direito Penal do Trabalho em três sub-ramos: a) direito penal sindical (questões ligadas a liberdade sindical e de greve); b) direito penal do trabalho em sentido estrito (sanções de descumprimento às regras de higiene e segurança e acidentes e enfermidades do trabalho; discriminação laboral, etc.) e c) direito penal da seguridade social.

Nessa ordem de idéias, García Abellán¹¹⁸ informa que é possível organizar as normas laborais sem alterar a divisão tradicional do Direito do Trabalho, falando-se

¹¹⁶ BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Op. cit. p. 37

¹¹⁷ PERA, Giuseppe, Diritto del Lavoro. Cedam, Padova, 1996, p. 607.

¹¹⁸ GARCÍA ABELLÁN, Juan, Derecho Penal del Trabajo. EISA, Madrid, 1955, p. 28.

então de um direito penal laboral no plano individual, um direito penal laboral nas relações coletivas de trabalho e o direito penal da seguridade social, o que coincide com a tradicional divisão do Direito do Trabalho e da Seguridade Social (direito individual, coletivo y seguridade social) e a sistemática dos bens jurídicos protegidos do direito penal.

Com o propósito de mesclar ou trasvasar as órdenes laboral e penal, é possível abordar os delitos contra as pessoas por motivo de contrato individual de trabalho, a integridade sexual, a liberdade de pessoa e a propriedade do trabalhador e as responsabilidades profissionais. Segue logo a dedicação aos crimes contra a liberdade de trabalho e associação, vale dizer, o que for relativo à atuação coletiva dos trabalhadores.

O direito penal da seguridade social compreende a análise da conformação deste sistema como bem jurídico protegido e as normas penais dos regimes sobre riscos de trabajo e os subsistemas de saúde e bem-estar.

Certamente que um aprofundamento do tema não deixaria de lado outros variadíssimos aspectos criminais. Entretanto, é de se ter em conta que um estudo aprofundado dessas instituições já tem atraído material suficiente como para justificar uma diferenciação que aqui se propõe.

3.4. Do direito penal do trabalho Argentino

3.4.1 Sugestão para um Capítulo de “Delitos contra os direitos laborais” no CP Argentino

O jurista Cesar Arese esclarece por meio de seu artigo “Propostas conceituais e positivas para um Direito Penal do Trabalho argentino” que a resolução Nro. 736/06 (09/05/06) do “Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação” (MJDHN) se dispôs que a “Comissão para a elaboração do projeto de lei de reforma e atualização integral do Código Penal” submeta a consulta projetos e documentos, cuja atividade inclui a consulta a entidades envolvidas no tema para que se possa inovar seu diploma penal no que atine aos crimes relacionados do trabalho humano.

Frente a essa iniciativa, se propõe analisar a unificação de regras penais especiais ligadas aos direitos laborais em um capítulo denominado “Delitos contra os direitos laborais”. Certamente que essa tarefa deve envolver não somente os especialistas em matéria penal, mas, sobretudo, os especialistas no direito do trabalho.

Como se pode verificar essa modalidade normativa no direito comparado¹¹⁹, não se pensa em uma extrapolação rústica de normas senão a sua gestão sistemática e diferenciada de tal maneira que se facilite a aplicação prática, no contexto cultural e jurídico argentino.

Trata-se de outorgar proteção penal aos bens jurídicos que se consagram como princípios e direitos fundamentais que a OIT tem destacado desde 1998 e configuram o conceito de trabalho decente: a) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçoso ou obrigatório; c) a efetiva abolição do trabalho infantil; d) a eliminação da discriminação no emprego¹²⁰.

Da mesma forma, busca-se garantir um bloco de direitos supranacionais constituído pela Declaração sócio-laboral do Mercosul (1998) e os pactos e declarações incorporados ao direito argentino no artigo 75, inciso 22, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o Pacto Internacional dos direitos econômicos sociais e culturais. Igualmente e sem esgotar o tema, os direitos e garantias do art. 14 bis, da Constituição Nacional Argentina.

¹¹⁹ Um dado importante é que um dos códigos mais atualizado, o da Espanha de 1995, consolidou um microsistema normativo coerente com dois títulos do Código Penal: “De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social” e “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”. Se frequentemente o direito espanhol inspira e até serve de letra para as reformas laborais argentinas, não viria ma uma leve leitura atenta a essas disposições.

¹²⁰ A “Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho” adotada na 86ª reunião de Genebra, em junho de 1998, estabeleceu o conceito de “trabalho decente” com base na conformidade dos instrumentos essenciais do organismo: Convenção sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, 1948 (núm. 87); a Convenção sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, 1949 (núm. 98); a Convenção sobre o trabajo forçado, 1930 (núm. 29); a Convenção sobre a abolição do trabalho forçado, 1957 (núm. 105); a Convenção sobre a idade mínima, 1973 (núm. 138); a Convenção sobre as piores formas de trabalho infantil, 1999 (núm. 182); a Convenção sobre igualdade de remuneração, 1951 (núm. 100); a Convenção sobre a discriminação (emprego e ocupação), 1958 (núm. 111).

É claro que no projeto de redação do Código Penal publicado pelo MTDH se reiterou a inclusão do Capítulo “Delitos contra a liberdade de trabalho e associação” embora ampliado em duas figuras, que se considerará mais adiante¹²¹.

Por outro lado, é de se considerar que seu conteúdo deveria ampliar-se consideravelmente com a sistemática que se propõe reunindo em um mesmo capítulo as figuras que anunciamos a seguir.

3.4.1.1 Tráfico ilegal de trabalhadores

De forma complementar e maneira coerente com os arts. 116 a 121 da Lei de Migrações Nro. 25.871 se propõe estabelecer figuras ligadas ao negócio da mobilidade de trabalhadores subordinados, em seus aspectos de imigração clandestina e tráfico ilegal:

o que promove e favorece por qualquer meio a imigração clandestina de trabalhadores simulando contrato ou colocação de trabalho, ou usando de outro engano semelhante, determinar ou favorecer a imigração de alguma pessoa a outro país será reprimido com pena de prisão de um a seis anos.¹²²

Como figura agravada é possível figurar a conduta que ponha a vítima em perigo de vida, à saúde, a privação de direitos laborais, que se trate de menores de idade ou que o objeto seja submetê-la à prostituição.

3.4.1.2 Recrutamento ilegal de trabalhadores

Propõe-se perseguir a quem trafica com os trabalhadores passando por cima de seus direitos trabalhistas. A figura deve penalizar a seguinte conduta:

¹²¹ São três: imposição de condições ilegais de trabalho; se mantém o anterior 158 e a captação fraudulenta de clientela.

¹²² CP Espanhol, art. 312, 1.

quem recrutar pessoas ou as determinem a abandonar seu posto de trabalho oferecendo emprego ou condições de trabalho enganosas ou falsas e quem empreguem estrangeiros sem autorização de trabalho de uma forma prejudicial, suprimir ou restringir os direitos que tinham reconhecido pelas leis, acordos coletivos ou contratos individuais¹²³.

3.4.1.3 Trabalho infantil

O Sistema de “Proteção Integral dos Direitos das Crianças e Adolescentes”, Lei 26.061 (2005), estabeleceu em seu art. 9º o direito das crianças a não serem submetidas à exploração econômica e o direito à integridade física, sexual, psíquica e moral. Ao mesmo tempo revogou a Lei 10.903 que considerava como abandono material ou moral “incitação dos pais, tutores ou responsáveis no âmbito da execução por atos infracionais cometidos pelo menor de ato prejudicial à saúde física ou moral, a mendicidade”, ocupá-los em tarefas nos espaços públicos ou “em ofício ou empregos prejudiciais à moral ou à saúde”.

Este ponto aparece mais precisamente no art. 25 da nova lei quando consagra o “Direito ao trabalho dos adolescentes”. Indica a norma que:

os Órgãos do Estado devem garantir o direito dos adolescentes à educação e reconhecem seu direito a trabalhar com as restrições que impõem a legislação vigente e as convenções internacionais sobre erradicação do trabalho infantil, devem exercer a inspeção do trabalho contra a exploração laboral das crianças e adolescentes. Este direito poderá se limitar somente quando a atividade laboral importar risco, perigo para o desenvolvimento, a saúde física, mental ou emocional dos adolescentes. Os Órgãos do Estado, a sociedade e em particular as organizações sindicais coordenarão seus esforços para erradicar o trabalho infantil e limitar toda forma de trabalho

¹²³ CP Espanhol, art. 312, 2.

legalmente autorizada quando impeçam ou afetem seu processo evolutivo.

Não obstante estas prescrições e ao fato de haver regulamentado positivamente uma grande quantidade de institutos ligados aos menores, a lei se absteve de incluir algumas figuras penais específicas no que se refere ao trabalho infantil.

É do conhecimento de muitos que o regime contravencional administrativo em matéria de trabalho prevê por meio da Lei 25.212, em seu anexo II, que ela estabeleceu o plano de ação em matéria de trabalho infantil. No entanto, parece senso comum que devemos discutir a criminalização de condutas no que se refere ao trabalho infantil pela irreversibilidade dos prejuízos que pode produzir na formação da criança.

Uma criança que trabalha não estuda e uma criança que não estuda não tem futuro na sociedade da informação e da formação contínua que passa por este século. O “trabalho” de uma criança é estudar e não pode desempenhar outra tarefa sem sobrar tempo à formação. É por isso que se impulsiona o estudo de uma figura específica de repressão do trabalho infantil também denominado “trata de niños”¹²⁴ ou ao menos a utilização de menores para a mendicidade¹²⁵. É claro que isso é parte do reconhecimento da extrema complexidade desta questão.

3.1.1.4 Omissão e descumprimento das normas de saúde e segurança

Tal como ocorre nas legislações espanhola e italiana, se busca promover na Argentina a criação de figuras de perigo e de sanção frente ao descumprimento das normas de higiene e segurança conforme se denota da Lei de Riscos de Trabalho Nro. 24.557.

Eis a redação:

¹²⁴ O art. 236 CP Alemão e o art. 231 CP Espanol penalizam o trabalho infantil com o propósito de autoenriquecer-se ou a um terceiro.

¹²⁵ CP Espanhol, Art. 232 CP.

a omissão ou aplicação insuficiente e grave das regras de higiene e segurança previstas na legislação, regulamentos ou convenções coletivas de trabalho por parte dos empregadores ou seguradoras de riscos de trabalho será reprimida com pena de prisão de seis meses a três anos, sem prejuízo das sanções administrativas. A mesma pena é aplicável se a Seguradora de Riscos de Trabalho não verificar o cumprimento das regras de higiene e segurança indicadas ou não comunicar à Superintendência de Riscos Laborais o seu descumprimento ou má aplicação por parte dos empregadores.

Se o descumprimento ou cumprimento insuficiente por aqueles que são legalmente obrigados a pôr em perigo a vida, a saúde ou a integridade física ou mental do trabalhador será punido com pena de prisão de seis meses a quatro anos, sem prejuízo de multas administrativas. Em caso de lesão ou morte do trabalhador, pela mesma razão a pena mínima da infração aumentará em um terço.

3.4.1.5 Assédio sexual no trabalho

O abuso sexual se encontra contemplado no art. 119 do Código Penal Argentino e como figura básica o título dispõe:

Será reprimido com reclusão ou prisão de seis meses a quatro anos o que abusar sexualmente de pessoa de um ou outro sexo quando esta for menor de treze anos ou quando mediante violência, ameaça, abuso coativo ou intimidatório de uma relação de dependência, de autoridade, ou de poder, ou se aproveitando de que a vítima por qualquer causa não tenha podido consentir livremente a ação.

Observe-se que o dispositivo não contempla a figura delitiva do abuso sexual. Sua possível inclusão qualificaria a conduta consistente em “a aplicação de favores sexuais para si ou para terceiros no âmbito laboral sempre que se provoque na vítima uma situação objetiva e gravemente intimidatória, hostil ou humilhante”. A

figura se agrava no caso de que o assédio sexual ocorra prevalecendo-se de uma situação de superioridade na hierarquia laboral ou com o anúncio de causar à vítima um mal relacionado com as legítimas expectativas de que aquela possa ter no âmbito da relação eventual ascensão, estabilidade ou remuneração.¹²⁶

3.4.1.6 Discriminação laboral.

Trata-se de garantir mediante recursos repressivos a Convenção da OIT sobre a discriminação Nro. 111, de 1958. A lei argentina de Antidiscriminação Nro. 23.592 consagra duas figuras específicas e um agravamento geral de penas (arts. 2 e 3). Propõe-se estudar uma figura que opere frente ao descumprimento e com a cessação da conduta discriminatória, sem prejuízo da sanção civil.

Eis aqui uma possível base no CP Espanhol¹²⁷:

os que produzam uma grave discriminação no emprego, público ou privado, contra alguma pessoa por razão de ideologia, religião ou crença, sua etnia, raça ou nação, seu sexo, orientação sexual, situação familiar, enfermidade ou desvantagem, por ostentar a representação legal ou sindical dos trabalhadores, pelo parentesco com outros trabalhadores da empresa e não restabeleçam a situação de igualdade ante a lei incorrerá em sanção administrativa ou judicial, reparando os danos econômicos que se tenha derivado, serão punidos com a pena de prisão de seis meses a dois anos

3.1.4.7 Imposição de condições ilegais no trabalho

O tema da persecução das irregularidades laborais graves não é novo no direito do trabalho. O Estatuto de Trabalho em Domicílio Argentino (Lei 12.713) possui vigente duas figuras repressivas, o pagamento insuficiente e a falta de pagamento dos salários. Para o primeiro caso o art. 35 indica:

¹²⁶ Verificar o art. 174 CP alemão e o art. 184 CP espanhol.

¹²⁷ Artigo 314 CP Espanhol.

O empresário, intermediário ou explorador que por violência, intimidação, dádiva ou promessa realize atos que importem abonar salários menores que os que se estabeleçam de acordo com os procedimentos que estatui a presente lei, terão prisão de seis meses a dois anos.

A segunda hipótese é o que prevê o art. 36:

Art. 36 - o empresário, intermediário ou explorador que com o fim de evitar o pagamento dos salários ou abonar menor retribuição do que a estabelecida, destrua em todo ou em parte ou adultere qualquer registro ou documento estabelecido nesta lei, como integrante do sistema de controle do trabalho em domicílio, será apenado com prisão de seis meses a dois anos.

No quadro de um plano de regularização laboral nos vários diversos aspectos e prévia moratória deveria impor-se uma norma repressiva da irregularidade de registro e a interrupção de direitos do trabalho. Ele inclui obviamente o trabalho “en negro”. A conduta punível consagraria respeito daqueles que

mediante engano ou abuso de situação de necessidade imponha aos trabalhadores a seu serviço condições laborais ou de Seguridade Social que prejudiquem, suprimam ou restrinjam os direitos que tenham reconhecidos por disposições legais, convenções coletivas ou contrato individual.¹²⁸

Assim, o projeto de Código Penal publicado pelo MJDH contém o artigo 148, onde:

Será reprimido com prisão de seis (6) meses a três (3) anos e multa de dez (10) a quatrocentos (400) dias-multa, sempre que não se

¹²⁸ Artigo 311 CP espanhol.

tratar de um delito mais severamente apenado, o que mediante engano, abuso da situação de necessidade ou atos simulados contrate trabalhadores em forma clandestina ou em condições que prejudiquem, suprimam ou restrinjam seus direitos laborais.

A persecução deverá estender-se a quem são cedente e cesionários de estabelecimentos ou que geram condutas fraudulentas destinadas a ocultar a infração. No caso de sociedades ou pessoas jurídicas serão responsáveis penalmente os seus administradores societários. E no caso de existir violência ou intimidação não será necessária a prévia constatação administrativa.

3.4.1.8 Retenção e apropriação indébita de remunerações

O Código Penal Alemão inclui sob este título (art. 266) três figuras delitivas com pena privativa de liberdade de um a cinco anos no caso de o empregador que desvie os fundos retidos em benefício do trabalhador. No Código Penal argentino, os tipos delitivos que se aproximam dessa conduta são os esquemas de administração fraudulenta e a retenção indevida (artigos 173, incisos 2 e 7).

Em razão da extensão do fenômeno, a Lei 25345 incorporou na argentina o art. 132 bis da Lei de Contrato de Trabalho (LCT). Esta regra indica na sua parte final que a retenção de contribuições pelo empregador leva à imposição da sanção cominatória da remuneração mensal e “não enerva a aplicação das penas que procederem na hipótese de que houver configurado um delito do direito penal”.

Propõe-se estudar uma figura específica destinada a perseguir esta conducta uma vez que se tenha verificado a localização e a constatação judicial da conduta prevista nessa norma. O projeto de conduta tipificada penalmente é o seguinte:

A retenção indevida de contribuições do trabalhador com destino aos órgãos da seguridade social e aportes periódicos ou contribuições a que estivessem obrigados os trabalhadores em virtude de normas legais ou provenientes das convenções coletivas de trabalho, ou que resultem de seu caráter de afiliados a associações profissionais de

trabalhadores com personalidade gremial, ou de membros de sociedades mutuais ou cooperativas, ou por serviços e demais prestações que outorguem ditas entidades, e no momento da extinção do contrato de trabalho por qualquer causa não houver ingressado total ou parcialmente essas contribuições a favor destes órgãos, entidades ou instituições aos que estiverem destinados pelo prazo de trinta dias.

3.4.1.9 Violação da intimidade do trabalhador.

A esfera de intimidade do trabalhador deve ser preservada dos procedimentos de controle e vigilância do empregador tanto no âmbito do trabalho como em sua vida privada. O sigilo das informações deve ser protegido penalizando-se a gravação de som da palavra não expressada publicamente como ocorre no Código Penal alemão (art. 201).

Igualmente devem-se punir as escutas, rastreamento e inquéritos na vida privada dos trabalhadores subordinados assim como a difusão de antecedentes de dados pessoais (confecção de “listas negras”) como norma complementar do art. 157 bis do Código Penal incorporado pela Lei 25.326 de Proteção dos Dados Pessoais.

3.4.1.10 Crimes contra a liberdade sindical.

Sob o conceito dos delitos contra a liberdade de trabalho e associação o art. 158 é a única norma específica referida aos trabalhadores no atual CP argentino:

Será reprimido com pena de um mês a um ano, o obreiro que exercer violência sobre outro para compeli-lo a tomar parte em um boicote. A mesma pena sofrerá o empregador, empresário ou empregado que, por sí ou por conta de alguém, exercer coação para obrigar a outro a tomar parte em um lockout e a abandonar ou ingressar a uma sociedade obreira ou patronal determinada.

No projeto de modificação do CP se mantém a redação atual. Naturalmente que ao mudar os paradigmas de proteção inseridos nos pactos internacionais, a própria Constituição Nacional argentina deveria se modificar, pois à época acabava-se de incorporar o Pacto de Versalles e apenas se computavam as leis de descanso dominical e de acidentes de trabalho. Logo é esperável que haja uma construção progressiva da proteção do exercício de direitos coletivos laborais, inclusive com persecução penal.¹²⁹

O art. 158 evita penalizar os atentados aos direitos coletivos que a realidade marca cotidianamente como as formas de exercício de violência física ou moral ou a exploração da necessidade destinadas a obter a abstenção dos trabalhadores em participar do exercício de greve ou em outras medidas legítimas de ação direta ou incidir na liberdade gremial positiva ou negativa.

3.4.1.11 Descriminalização da greve de empregados públicos.

A questão das limitações ao exercício do direito de greve dos funcionários públicos vem de longe e ainda não foi perfeitamente resolvida haja vista a evolução do sistema de garantias coletivas deste setor.¹³⁰

Conforme o estabelecido no art. 14 bis da CN argentina os funcionarios públicos possuem direito de greve de mesma maneira que trabalhar e associar-se, pois não pode sustentar que a constituição somente haja instituído estes direitos para os trabalhadores privados e não para os públicos.

Durante décadas vigorou sem oposição para o setor a Lei 17.183 de 1967, norma superveniente a numerosas reformas laborais argentinas e que limitava o exercício da greve em empresas ou órgãos do estado que prestam serviços públicos

¹²⁹ Na França se instituiu o crime de obstrução à liberdade sindical; na Espanha se rechaça o impedimento ou a limitação da liberdade sindical e na Italia se sancionam penalmente os atos discriminatórios entre os que figura subordinar a ocupação a uma condição de que adere a uma associação sindical ou rescisão, discriminá-lo durante o desenvolvimento da relação de trabalho por sua afiliação, atividade sindical ou participação em uma greve.

¹³⁰ Na Espanha sobreviveu à reforma do ano de 1995 a figura do art. 409 CP dentro dos crimes contra a administração pública destinada a perseguir as “autoridades ou funcionários que promoverem, dirigirem e organizarem o abandono coletivo e manifestamente ilegal de um serviço público”.

ou serviços de interesse público. A lei 25.877 de 2004 a revogou igualando neste aspecto os trabalhadores subordinados públicos e privados.

Contudo, a pergunta é se os funcionários públicos podem ser imputados com base no art. 252 CP enquanto estabelece:

Será reprimido com multa de setecentos e cinquenta a doze mil e quinhentos pesos e inabilitação especial de um mês a um ano, o funcionário público que, sem que haja renunciado de seu posto, ou abandonado com dano ao serviço público.

O abandono do serviço público não aparece no caso do exercício do direito de greve como uma conduta individual senão coletiva cujo elemento objetivo é pressionar o estado, neste caso como empregador, no marco de um conflito coletivo. No plano subjetivo, a conduta do agente que acata ou se adere a uma medida de força com abandono de trabalho, não está motivado pela desídia ou o propósito de desligar-se de suas funções nem prejudicar o serviço público. Pelo contrario, se excedem as motivações individuais e se ingressa no campo dos direitos coletivos de fundamento constitucional sem vinculação alguma com descumprimentos culposos ou dolosos da relação de emprego público.

De fato o contexto do exercício de direitos gremiais aparta a conduta de abandono gremial do serviço público da figura do art. 252 CP. É mais que isso, o exercício do direito de greve não é uma conduta ilegal senão o exercício de um direito que não pode atrair consequência penal alguma se não se excedem os parâmetros razoáveis daquela instituição. Portanto, se propugna a revogação lisa e suave dessa norma ou que se acrescente que o abandono punível não inclui “el ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente”.

3.5 Do direito penal do trabalho no Brasil

O Código Penal brasileiro (Dec.-lei n. 2.848, de 07.12.1940) dedica um título especial aos “crimes contra a organização do trabalho”, prevendo 11 hipóteses de ilícitos fundamentais (arts. 197 a 207). Estão aí descritas as modalidades de

atentado contra a liberdade de trabalho; contra a liberdade de contrato trabalhista; contra a liberdade de associação; a paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem; a paralisação de trabalho de interesse coletivo; a invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola; a sabotagem; a frustração do direito assegurado por lei trabalhista; a frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho; o exercício de atividade infringindo decisão administrativa; o aliciamento para fim de imigração e o aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.

A Exposição de Motivos (bases para a criminalização) ao projeto de que resultou este diploma legal justifica a criminalização desses tipos de ofensa com a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento e o interesse da Nação.

Se for certa que essa orientação – fundada na filosofia política da Carta Constitucional de 1937 – privilegiava o Estado Novo¹³¹ como a sua beneficiária, e também certa de que a atual Carta Política adota igualmente o princípio de intervenção, porém o faz em nome de outros interesses comuns aos Estados Democráticos de Direito, como: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o valor social do trabalho (art. 1º, IV); e a garantia de acesso à jurisdição e o consequente direito de ação (art. 5º, XXXV e art. 7º, XXIX)¹³².

Segundo o principal redator do diploma penal vigente, Ministro Nelson Hungria¹³³, o Código,

ao cuidar dos fatos lesivos da organização do trabalho, não atendeu a radicalismos doutrinários ou políticos. Não se afeiçoou incondicionalmente ao *laissez faire, laissez passer* da economia liberal, nem ao intervencionismo irrestrito da economia dirigida ou

¹³¹ Designação dada ao regime político autoritário instituído pela Constituição Federal de 1937 sob o governo ditatorial de Getúlio Vargas (1882-1954) e inspiração da doutrina fascista italiana e que perdurou até 1945.

¹³² Dispositivos da Constituição Federal de 1988.

¹³³ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 26-27.

planificada. Ficou em ponto de equidistância. De acordo, aliás, com preceito constitucional, preferiu o que *Ansiaux* denomina 'intervencionismo conservador', não excluindo a iniciativa individual e assegurando o quadro sindical livre. Aceitou a intervenção do Estado na vida econômica, mas tão somente para impedir o êxito da *vis* ou da *fraus* ou como medida indeclinável de defesa do interesse coletivo ou da ordem jurídica. O legislador de 40 entendeu que não há incompatibilidade entre liberdade política e intervencionismo temperado, ou que é possível a coexistência, no campo econômico, de setores livres e setores controlados; note-se que não dizemos dirigidos, a exemplo, aliás, do que ocorre na França e nos Estados Unidos, países de clima democrático por excelência. O controle impõe-se, no próprio seio do regime demoliberal, para evitar o despejado sacrifício do bem geral em holocausto a interesses individuais hipertrofiados, inteiramente desprovidos de sentimento de solidariedade, de espírito público ou de compreensão da liberdade jurídica do trabalho.

Também discorrendo a respeito do objetivo jurídico de proteção penal, Heleno Fragoso¹³⁴ sustenta que o princípio da autonomia da vontade – defendido na elaboração do Código Penal de 1890:

é puramente ilusório se o contrato se celebra entre o forte e o fraco. O contrato se transforma virtualmente num sistema de poder tornando-se a expressão da lei do mais forte. Por isso mesmo, como mostra Josserand, a evolução dos contratos degenerou em revolução notadamente em matéria trabalhista, com a intervenção da lei para proteger o economicamente mais fraco.

Nas últimas décadas, o sistema positivo brasileiro foi alcançado pelo florescimento dos microssistemas oriundos da expansão extraordinária das leis especiais que passaram a circular em torno dos códigos Civil, Penal, Comercial, etc.

¹³⁴ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal – Parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 551-552.

A propósito de crimes contra as relações de trabalho, a Constituição Federal em mais de uma oportunidade contém normas caracterizadoras de mandados de criminalização¹³⁵.

Um dos exemplos se contém no inciso X do art. 7º, que regula direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, ao estabelecer que o salário seja protegido na forma da lei, “constituindo crime a sua retenção dolosa”. Também outros mandatos repercutem no campo das atividades laborais para a proteção do empregado, como o previsto no art. 5º, XLI, nos seguintes termos: “– a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais”.

Anteriormente, a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor constituía simples contravenção penal, definida pela Lei n. 1.390, de 3 de julho de 1951 e consistente na recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno por preconceito de raça ou de cor, sancionada com penas irrisórias.

A imensa difusão de uma nova cultura social nas relações humanas a partir do marco declaratório do Estado Democrático de Direito ampliou a proteção de bens morais e espirituais que se condensam na pessoa humana.

Pode-se falar que na atualidade há um desprestígio da codificação como instrumento de segurança. Não se poderá mais afirmar, como seria possível no começo do século, que os códigos (civil, penal, comercial, etc.) caracterizam meios jurídicos de segurança dos cidadãos. Para Lorenzetti¹³⁶

a explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol,

¹³⁵ A expressão “mandados constitucionais de criminalização” é utilizada para indicar disposições do art. 5º, incisos, XLI, XLII, XLIII, XLIV; do art. 7º, inciso X; do art. 225, § 3 e do art. 227, § 4º, da Constituição Federal brasileira. Vide MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2008, p. 582 .

¹³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado, tradução de Vera Maria Jacob de Fradera da edição em espanhol Las normas fundamentales de derecho privado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 45.

ilumina-os, colabora com suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.

Essas certas observações e comparações decorrem do surgimento dos microsistemas em todos os ramos jurídicos. Relativamente ao sistema penal, a diversificação dos interesses populares e as franquias constitucionais e legais de um regime autenticamente democrático, assim como ocorre no Brasil, criaram núcleos com identidades e características próprias.

Antunes Varella explica que o Código “deixou de constituir o centro geométrico de toda a ordem jurídica constituída. O primado da legislação passou para a Constituição, ao lançar as bases de uma nova sociedade, ideologicamente comprometida”. E acentua que a nova legislação especial se caracteriza por uma significativa alteração no quadro de seus destinatários. Vale invocar suas próprias palavras:

A lei deixou de constituir em numerosos casos o comando coercitivo emanado da vontade soberana do Estado e dirigido ao cidadão indeferenciado que integra a comunidade nacional ou habita o seu território. Muitas das leis de maior expressão social nascem da luta entre o poder público e os grupos de pressão de certos extratos sociais dirigindo-se apenas aos membros destes núcleos mais ou menos poderosos de pessoas.

Ele reconhece, com grande precisão, o fenômeno ocorrente não apenas no Brasil, como também entre os brasileiros: “As leis deixaram em grande parte de constituir verdadeiras normas gerais para constituírem estatutos privilegiados de certas classes profissionais ou de determinados grupos políticos.”

Assim, o reconhecimento de uma nova disciplina. O sistema positivo penal brasileiro é fundado na Constituição e desmembrado pelos códigos Penal e de Processo Penal, da Lei de Execução Penal e das leis extravagantes e integrado pelas disciplinas correspondentes aos modelos de diplomas. Fala-se, então, de um Direito Penal especial com múltiplas subdivisões: Direito Penal ambiental (ou

ecológico), Direito Penal comercial, Direito Penal do consumidor, Direito Penal econômico, tributário e financeiro, etc., tantos sejam os bens jurídicos especialmente tutelados.

É exatamente dentro dessa perspectiva que se pode falar da intervenção penal também no Direito do Trabalho que, na lição de Carrion, “é o conjunto de princípios e normas que regulam as relações entre empregados e empregadores e de ambos com o Estado, para efeitos de proteção e tutela do trabalho.”¹³⁷

Assim sendo, o direito penal do trabalho brasileiro tende traduzir uma necessidade de adequação entre os seus operadores (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Advocacia) para as peculiaridades das relações jurídicas que se estabelecerem sob o universo do contrato de trabalho e dos demais negócios submetidos a essa jurisdição especializada.

É imperioso esclarecer que essas mudanças e/ou transformações jurídicas não ocorrem de forma rápida. A evolução vem percorrendo ao longo da história e, no caso brasileiro para uma melhor visualização basta percorrer pela evolução histórica da estrutura constitucional da Justiça do Trabalho, que mesmo tardando a aparecer, refletiu a própria demora no reconhecimento da autonomia científica do Direito Laboral.¹³⁸

O ilustre jurista Nivaldo Doro Júnior¹³⁹ em seu trabalho acadêmico sobre o tema informa que a criação da Justiça do Trabalho remonta à Constituição de 1934, quando então nasceu como organização subordinada ao Poder Executivo, sem que lhe fossem estendidas as garantias da magistratura nacional.¹⁴⁰ A Carta Política de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, alterou sensivelmente a estrutura do Poder

¹³⁷ CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 38ª ed., atual. Por Eduardo Carrion, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 27.

¹³⁸ MALLETT, Estevão. Competência Legislativa em Matéria Trabalhista na Constituição. São Paulo: Revista Trabalho e Doutrina, n. 15, 1997, p. 3-4.

¹³⁹ JUNIOR, Nivaldo Doro; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; BELTRAN, Ari Possidonio; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. A Competência Penal Da Justiça Do Trabalho. Universidade de São Paulo, 2009.

¹⁴⁰ Art 122, CF34 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I. [Do Poder Judiciário] Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

Judiciário brasileiro ao extinguir as Justiças Federal e Eleitoral. Já a Justiça do Trabalho foi, à época, mantida como órgão paralelo à Justiça, segundo o regramento anteriormente em vigor.¹⁴¹

Sob a égide da Constituição de 1937, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que estruturava a Justiça Laboral em Juntas de Conciliação e Julgamento, em Conselhos Regionais do Trabalho e em Conselho Nacional do Trabalho (órgão superior da Justiça do Trabalho e consultivo do Governo em matéria de previdência social).

Somente com a Constituição de 1946 foram restabelecidas as Justiças Federal e Eleitoral, passando a Justiça do Trabalho a integrar, a partir de então, a estrutura do Poder Judiciário nacional¹⁴², transformando seus Conselhos em Tribunais. O art. 123 daquele Diploma estabelecia a competência da Justiça Especializada para “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais controvérsias oriundas de relações, do trabalho regidas por legislação especial.” Ressalvava-se, no seu parágrafo primeiro, a competência da Justiça ordinária quanto aos “dissídios relativos a acidentes do trabalho” ao passo que seu parágrafo segundo diferia à lei a tarefa de especificar os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderiam estabelecer normas e condições de labor.

A Carta Ditatorial de 1967, bem assim sua Emenda Constitucional nº 1 de 1969, mantiveram, em essência, a estrutura do Poder Judiciário tal qual anteriormente estabelecida. No pertinente à Justiça do Trabalho, também mantiveram, em essência, a competência anteriormente fixada pelo texto de 1946.

Com o advento da Constituição Democrática de 1988, a Justiça do Trabalho ampliou substancialmente sua estrutura, em face da regra do art. 112 da Carta

¹⁴¹ Art 139, CF37 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

¹⁴² Art 94, CF46 - O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Tribunal Federal de Recursos; III - Juízes e Tribunais militares; IV - Juízes e Tribunais eleitorais.
V - Juízes e Tribunais do trabalho.

Política que fixou a existência mínima de um Tribunal Regional por estado federado, além do Distrito Federal.

O art. 114, por sua vez, atribuiu à Justiça Laboral a competência para:

(...) conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

O parágrafo segundo do referido dispositivo, ao tratar dos conflitos coletivos de trabalho, prescrevia que:

(...) recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Em 15 de dezembro de 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 20, foi acrescentado ao art. 114 da Constituição o seu parágrafo terceiro, que ampliou a competência da Justiça Laboral para “executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”

Com a edição da Emenda Constitucional nº 24, de 09 de dezembro de 1999, foram extintas as representações classistas no âmbito da Justiça do Trabalho; as Juntas de Conciliação e Julgamento – órgãos até então de primeira instância – passaram a funcionar, monocraticamente, como Varas do Trabalho, sujeitas à jurisdição de juiz singular, aproximando a Justiça Especializada da estrutura tradicional já vivenciada pela Justiça Comum.

A Emenda nº 45/2004, além de tratar de novas estruturas administrativas assegurou a instalação, pelos Tribunais Regionais, da justiça itinerante (art. 115, § 1º), facultando-lhes, ainda, o funcionamento descentralizado, constituindo Câmaras regionais, “a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo” (art. 115, § 2º, CF).

Entretanto, o maior impacto da derradeira reforma constitucional foi, sem dúvida, a sensível ampliação do rol de competências do art. 114, agora escalonado em nove incisos, assim redigidos, in verbis:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Essas alterações, ainda são objeto de profundos debates e estudos, representam significativa transformação na realidade da Justiça do Trabalho, insculpida nos arts. 111 a 116 da Carta Política de 1988, sobretudo em face do

longo trajeto legislativo transcorrido até sua derradeira confirmação, como será visto em sequência.

Embora já existissem debates antecedentes, verificados desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tema da pesquisa ora desenvolvida ganhou, seguramente, maior expressividade com a promulgação da Emenda nº 45, que, dentre outros aspectos constitucionais de relevo, trouxe à Justiça do Trabalho uma sensível ampliação da sua original competência.

3.5.1 A Emenda Constitucional 45 e a competência penal da Justiça do Trabalho

O estudo dos antecedentes históricos e legislativos que precederam a edição da Reforma do Judiciário¹⁴³ constitui importante referência hermenêutica, sobretudo na identificação dos valores fundamentais que inspiraram a sociedade política daquele momento – e que, em essência, é o mesmo em que nos encontramos atualmente, dada nossa inclusividade no recorte cultural e histórico em apreço.

A relevância desse desfazimento de fronteiras entre os campos jurídico, social e político, a fim de se alcançar uma qualificação valorativa idônea à instauração de uma interpretação mais fiel do texto constitucional, é bem ressaltada por Miguel Reale Júnior¹⁴⁴, ao discorrer sobre os valores fundamentais que inspiraram o ato reformador de 2004, asseverando que, in verbis:

No plano do direito constitucional cabe ao intérprete examinar quais os valores ético-políticos e convicções construídas na sociedade no envolver do processo histórico, as diretrizes decorrentes de valorações sociais elaboradas ao longo do tempo, para indagar que

¹⁴³ Trata das mudanças na estrutura do Poder Judiciário, promovidas pela promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004. Aborda, essencialmente, as modificações estruturais, que afetaram a composição dos tribunais judiciais, as regras direcionadas aos membros da magistratura, a criação de um novo órgão dentro do Poder Judiciário, entre outras.

¹⁴⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma do Judiciário. Revista do Advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 75, 2004, p. 78.

sentimentos e idéias presidem determinada elaboração constitucional e que refletem a própria sociedade e suas posturas éticas.

Deve-se considerar a pré-compreensão no instante da elaboração das normas, o contexto social e a memória presentes como integrantes do 'horizonte hermenêutico' (Gadamer), como parte do círculo dentro do qual se elabora a norma para a obtenção de determinado fim. Como bem assegura Zaccaria, tanto o jurista intérprete ao aplicar o direito como o político ao formular a norma não podem "não se inspirar nos quadros de referência pré-dogmáticos e em infra-estruturas valorativas presentes na sociedade" compreendendo-se que ao elaborar e também ao interpretar a norma se está inserido em uma tradição, em um círculo formado pela memória e pela experiência social do agente legislador ou intérprete.

Nesse sentido, a investigação histórica dos precedentes legislativos, sociais e políticos, que precipitaram a modificação do texto constitucional, constitui etapa indispensável à conformação dos parâmetros interpretativos da nova competência da Justiça Federal Especializada, mormente no que concerne à sua atribuição para julgar as ações oriundas das relações de trabalho.

Os registros e levantamentos historiográficos contidos na literatura brasileira indicam como a Emenda Constitucional nº 45, promulgada no dia 08 de dezembro de 2004, se originou da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 96, que tramitou durante treze anos no Congresso Nacional, em longo caminho de debates e tratativas políticas, com resultados e alterações significativas à organização e à estrutura do Judiciário brasileiro.

Dentre as obras de referência, Sérgio Rabello Tamm Renault, à época Secretário de Reforma do Judiciário, e Pierpaolo Bottini, então Diretor de Modernização da Administração da Justiça, registraram, em importante bibliografia, o contexto sócio-político em que se concretizou o avanço constitucional, relembrando como desde a redemocratização do país alcançada na década de 80 – e, de forma mais intensa, durante a própria Assembléia Constituinte de 1988 –

inúmeras tentativas de evolução do sistema judiciário fracassaram, especialmente diante de resistências corporativistas e de entraves políticos.

Segundo a perspectiva histórica desses autores, a PEC nº 96, apresentada em importante momento de reavaliação da ordem constitucional de 1988, mais especificamente durante o processo de revisão da Carta Magna, engrossou na ocasião os profundos debates sobre o papel das instituições públicas nacionais.

Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini, analisando esse históriograma legislativo, relembram, com muita propriedade, que:

Ao final de 2002, o panorama político do Brasil é alterado com a realização das eleições para a Presidência da República, Senado Federal e para a Câmara dos Deputados. O novo quadro político trouxe implicações importantes para o seguimento das discussões em torno da proposta de Reforma do Judiciário.

O governo do recém-empossado presidente Lula definiu a Reforma do Judiciário como prioridade política, e a incluiu no rol de reformas institucionais para cuja aprovação iria se empenhar. (...)

No Congresso Nacional, o senador Bernardo Cabral, relator da Proposta de Emenda Constitucional n. 29¹⁴⁵, não foi eleito. Diante da nova composição do Senado Federal, seu presidente José Sarney, decidiu enviar a proposta de Reforma do Judiciário mais uma vez para a Comissão de Constituição e Justiça e iniciar novamente a discussão.

Assim, em 18 de fevereiro de 2003 a Proposta retornou à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (...). Em junho do mesmo ano foi nomeado como relator da matéria o senador José Jorge (PFL/PE), engenheiro, que se propôs a ouvir todas as entidades e personalidades com ponderações sobre o tema para elaborar seu relatório e submetê-lo à discussão na Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

(...)

¹⁴⁵ Nome dado à proposta de emenda constitucional quando passou a ter curso no Senado Federal.

Ao mesmo tempo, a Secretaria de Reforma do Judiciário, na esfera do Poder Executivo, criou uma comissão, composta por quatro juristas especializados na análise estrutural do sistema judicial, para avaliar o texto da Proposta de Emenda Constitucional n. 29, e expressar suas opiniões e pareceres (...) e definiu os pontos mais importantes da Proposta em discussão no Senado (...): a) a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público; b) o estabelecimento de tempo de atividade jurídica mínimo para o ingresso na carreira da magistratura e do Ministério Público; c) a instituição de período de quarenta para juízes e promotores; d) a federalização dos crimes contra os direitos humanos; e e) a autonomia das defensorias públicas. (...)

Esses cinco pontos foram incluídos pelo senador José Jorge (PFL/PE) em seu relatório final, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e pelo plenário do Senado Federal, sendo promulgada no dia 8 de dezembro de 2004, como Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

Saliente-se, ainda, nessa longa trajetória, o recebimento, em 11 de janeiro de 2005, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, do Ofício nº 01/2005, oriundo do Senado Federal, anunciando a aprovação da proposta, com substitutivo, que, retornando à Casa Baixa, passou a tramitar como PEC nº 358/2005. Tal fato tem relevância, pois o texto promulgado pelo Congresso somente foi possível porque o Senado não alterou nenhum dos originais dispositivos enviados pela Câmara – e a parcela da redação original modificada foi, então, devolvida para nova apreciação por aquele colegiado legislativo.

Especificamente no que concerne à competência da Justiça do Trabalho, o substitutivo encaminhado à Câmara dos Deputados prevê a seguinte modificação do texto constitucional, *in verbis*:

Art. 114 (...)

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, exceto os

servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da Federação;

(...)

X – os litígios que tenham origem no cumprimento de seus próprios atos e sentenças, inclusive coletivas;

XI – a execução, de ofício, das multas por infração à legislação trabalhista, reconhecida em sentença que proferir;

XII – a execução, de ofício, dos tributos federais incidentes sobre os créditos decorrentes das sentenças que proferir.

Observa-se, assim, que mesmo a PEC nº 358, aprovada no Senado Federal, não fazer menção expressa à competência criminal-trabalhista, embora consagre nova atribuição para executar, inclusive de ofício, as multas por infração à legislação laboral reconhecidas em suas sentenças, formalizando, desse modo, a sua competência sancionatória, embora de caráter apenas administrativo.

Márcio Thomaz Bastos, quando então Ministro de Estado da Justiça, prefaciou a destacada obra de Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini, salientando como os grandes avanços obtidos com a reforma constitucional disseminaram a “sensação de estar concluído o processo de democratização do Judiciário iniciado na Constituinte”; todavia, ressaltou que, *in verbis*:

(...) se cumprimos a etapa constitucional deste longo processo de Reforma, há muito ainda a ser feito. Não se trata somente das dezenas de projetos de lei que foram enviados ao Congresso, mas, sobretudo da luta para solidificar aquilo que foi garantido pelo novo texto constitucional. A distância entre o texto agora em vigor e uma alteração de fato na estrutura do Judiciário deve ser superada por um esforço conjunto dos poderes. Afinal, nós sabemos – e a Constituição de 1988 deixou isso ainda mais claro – que a alteração legislativa é passo necessário, mas absolutamente insuficiente para a realização de transformações profundas.

Assim, para que possamos caminhar com as transformações iniciadas, é fundamental que chamemos a comunidade jurídica e acadêmica para se debruçarem sobre o alcance e as possibilidades das medidas aprovadas.

Fixada a trajetória que culminou com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, na demonstração de que a questão da competência penal-trabalhista não foi objeto de embate central – a fim de, com isso, afastar-se inclusive qualquer argumento sob essa perspectiva – cumpre observar que, em consulta à página da Câmara dos Deputados na rede mundial de computadores, verifica-se que foram apresentados dois Projetos de Lei, autuados sob nº 2636, de 13 de dezembro de 2007 (Dep. Eduardo Valverde – PT/RO) e nº 2684, de 19 de dezembro de 2007 (Dep. Valtenir Pereira – PSB/MT), o segundo apensado ao primeiro, dispendo sobre a competência penal da Justiça do Trabalho.¹⁴⁶

A originária relatora da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público – CTASP daquela Casa Legislativa, Dep. Maria Helena (PSB/RR), apresentou, em 04 de novembro de 2008, bem elaborado parecer no sentido da aprovação dos textos propositivos, consignando, na oportunidade, que a sistemática atual de conferir tratamento comum a todos os tipos de crime tem esvaído os esforços para se coibir a impunidade nas relações de trabalho e que, diante desse quadro, nada mais salutar do que incorporar ao âmbito da Justiça Especializada o dever de, também, pacificar as relações de trabalho que, circunstancialmente, transbordaram para a esfera penal.¹⁴⁷

Entretanto, aquela Comissão, em 05 de novembro, entendeu por bem acompanhar voto divergente do Dep. Nelson Marquezelli (PTB/SP) para ofertar parecer de rejeição aos projetos avalizados, sob o fundamento de que, *in verbis*:

(...) Houve um equívoco na interpretação da nobre relatora, Deputada Maria Helena.

¹⁴⁶ Reproduzido em anexo e disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acessado em: 24 jul. 2016.

¹⁴⁷ Reproduzido em anexo e disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/610106.pdf>>. Acessado em: 24 jul. 2016.

Atribuir competência penal à já sobrecarregada Justiça do Trabalho não protege o trabalhador, pelo contrário, ele se veria com dificuldades ainda maiores para fazer tramitar ações de seu interesse, já que inequívoco seria o aumento de processos perante essa Justiça Especializada.

Ademais, certamente a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania observará, com todo o rigor, que a via eleita pelos autores dos projetos é inadequada para sugerir tal competência, o caminho correto seria a apresentação de emenda à Constituição.¹⁴⁸

É certo que, em 18 de novembro de 2008, os projetos foram encaminhados à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC da Câmara dos Deputados, tendo sido designado para relator o Deputado Regis de Oliveira (PSC/SP), onde aguardam, até o momento, sem novas deliberações. Não há, por outro lado, notícia de Proposta de Emenda à Constituição tratando, de forma expressa, desse assunto, seja na Câmara, seja no Senado Federal.

À margem, portanto, de tomada de posição resolutiva pelo Congresso Nacional sobre o tema (inércia que, em nenhum momento, obsta o debate, porquanto a competência penal-trabalhista já se encontraria inserta no atual art. 114, inciso I, da Lei Maior), é chegada a hora de se confrontar algumas teses de interpretação do texto reformador aos olhos da doutrina mais atualizada acerca do assunto.

Essa questão enseja reflexões entre pensadores, estudiosos e operadores do Direito. Antes mesmo da promulgação da Emenda nº 45, com a reforma do texto do art. 114 da Lei Maior, defensores e opositores já compartilhavam dos instigantes debates, alguns se manifestando diante da lei vigente; outros, de *lege ferenda*.

De todo modo, a idéia da competência penal da Justiça Especializada encontrava melhor abrigo em meio, especialmente, do Ministério Público do

Trabalho, como se observa do ilustrativo pensamento de Marcelo José Fernandes da Silva¹⁴⁹, ao defender, antes da reforma, que, *in verbis*:

(...) desde há muito, pelo menos desde a CR/88 e da Lei Complementar n. 75/93, a Justiça do Trabalho é competente e o *Parquet* Trabalhista tem atribuição para as ações penais públicas, no que concerne ao trabalho escravo e outros crimes ocorridos no curso da relação de emprego e a ela relacionados, que desafiam essa modalidade de demanda.

Entretanto, essa tese, não raras vezes, cedia lugar a um majoritário antagonismo que, apoiando-se na antiga (e restrita) redação do art. 114 da Carta Magna, não se intimidava ao propugnar a negação doutrinária dessa competência. Assim era, por exemplo, o pensamento de José Wilson Ferreira Sobrinho¹⁵⁰, ao tratar do assunto, asseverando que, *in verbis*:

I – O tema envolvendo a competência penal e o Juiz do Trabalho ainda consegue despertar interesse, principalmente em razão de certos dados factuais. Com efeito, circula na comunidade Jurídica, com laivos de veracidade, a seguinte história: determinado Juiz do Trabalho expediu mandado de prisão onde fez constar a pena aplicada e o regime inicial de seu cumprimento. Se isto for realmente verdade, não há dúvida de que constitui, embora com atropelo do princípio do devido processo legal, um excelente exemplo de celeridade processual.

Em outro caso, este efetivamente ocorrido, o Juiz do Trabalho expediu mandado de prisão que foi cumprido por oficial de justiça da Justiça do Trabalho. Entretanto, quando a polícia compareceu ao local ele se negou a depor como condutor, alegando que o Juiz do Trabalho havia dito que não era necessária tal providência.

¹⁴⁹ SILVA, Marcelo José Fernandes da. Competência Criminal da Justiça do Trabalho – Ação Penal Privada e Ação Penal Pública – Redução à Condição Análoga à de Escravo. Revista do Ministério Público do Trabalho. Brasília: LTr, ano XIII, n. 26, 2003, p. 73.

¹⁵⁰ SOBRINHO, José Wilson Ferreira. Competência Penal e Juiz do Trabalho. São Paulo: Revista LTr, vol. 64, n. 01, 2000, p. 36.

Os exemplos listados demonstram que realmente existe espaço teórico para discutir a atuação do Juiz do Trabalho na jurisdição criminal.

II - (...) De fato, o Juiz que só tem competência cível não pode, em termos jurídicos, expedir mandado de prisão envolvendo matéria penal. Ele é incompetente para tanto. Somente o Juiz com competência criminal poderá praticar validamente tal ato judicial.

III – O Juiz do Trabalho é um magistrado com exclusiva competência cível. E uma competência cível bem específica. Falta-lhe competência criminal.

Portanto, sua atuação processual ficará circunscrita à matéria trabalhista, sendo-lhe vedado fazer incursões criminais. Esta tarefa é entregue a outros juízes.

Essa tormentosa incursão em direção a uma resposta estável ao problema proposto ganhou novo tônus a partir do elástico da competência constitucional atribuída pelo constituinte reformador à Justiça Especializada, sobretudo com a acolhida, no seu seio nuclear, do processamento e julgamento de todas as ações oriundas da relação de trabalho (inciso I, art. 114, CF), cuja amplitude linguística – associada à expressa inclusão, ao sistema de competências trabalhistas, do julgamento da ação de “habeas corpus (...) quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição” (inciso IV, art. 114, CF) – abasteceu de novos argumentos aqueles que já proclamavam, até então, a vigente competência dos órgãos jurisdicionais do trabalho para apreciarem e deliberarem, também, em matéria penal.

Antônio Álvares da Silva¹⁵¹ defende, de forma ampla, a imediata atribuição constitucional à Justiça Especializada para julgar crimes e infrações oriundos da relação laborativa, declarando, desde o prefácio de sua obra “Competência Penal Trabalhista”, as linhas mestras de seu pensamento vanguardista, assim edificado, *in verbis*:

¹⁵¹ SILVA, Antônio Álvares da. Questões Polêmicas de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993, p. 14-15.

Ao redigir de forma ampla o novo art. 114, a EC n. 45/04 centrou o novo fundamento da competência trabalhista na relação de trabalho, dando-lhe poderes para julgar todos os conflitos daí derivados.

Este livro pretende demonstrar que, entre estes conflitos, está a competência para julgar os crimes e infrações que nasçam da relação de trabalho em todos os seus aspectos, inclusive a aplicação de multas administrativas, para tornar a Justiça do Trabalho uma justiça plena, independente, com capacidade para decidir de fato todas as questões deste imenso e variado mundo que é o trabalho humano.

As elevadas razões pelas quais o jurista defende a competência especializada são a conveniência do julgamento dos respectivos crimes por juiz trabalhista, dada sua maior familiaridade com o tema e sua melhor formação sociológica; a revitalização da Justiça do Trabalho com o seu municiamento penal sancionatório; o incremento da eficácia das normas juslaborais pela intimidação preventiva de empregadores desonestos; a unidade de convicção jurisdicional, unificando o julgamento do mesmo fato, seja sob a ótica patrimonial, seja sob o prisma delituoso.

Para Guilherme Guimarães Feliciano após a Emenda nº 45, o Brasil deixa de ter a Justiça do trabalhador para ganhar uma genuína Justiça do trabalho, decorrente da mudança do paradigma subjetivo para uma perspectiva essencialmente objetiva da competência constitucional outorgada no art. 114, inciso I, da CF.

Ele sustenta que a regra do inciso IV desse dispositivo, correspondente ao processamento e julgamento de ações de habeas corpus, confirmaria a delegação de competência penal à seara trabalhista, pois, como entende, a natureza do *writ* é de ação penal popular e sua matriz ontológica não se desfaz em função da qualidade do constrangimento à liberdade de locomoção subjacente (v.g. prisão-pena, prisão processual penal cautelar ou prisão civil – por inadimplemento de deveres familiares ou por infidelidade do depósito).

Por essa razão, pondera que, caso seja declarada a incompetência penal ampla da Justiça do Trabalho, haverá, em face do art. 114, IV, CF, inegável declaração de inconstitucionalidade, pela Suprema Corte, com redução de texto, suprimindo-se obliquamente a validade e a eficácia jurídica da nova redação constitucional quanto ao julgamento de *habeas corpus*, o que sequer haveria sido objeto de postulação na ADI nº 3.684/2006.

Ademais, argumenta que todos os crimes (arts. 197 a 207, CP) e as contravenções (arts. 47 a 49, LCP) relativas à organização do trabalho já se submeteriam, ex legis, à jurisdição penal-trabalhista por força do redirecionamento do critério subjetivo ao objetivo, promovido pelo legislador constituinte no inciso I da norma de regência – ressalvados os delitos que atinjam interesses coletivos ou difusos e/ou atentem contra a organização geral do trabalho como sistema institucionalizado, pois, nessa hipótese, preservar-se-ia a competência da Justiça Federal Comum (art. 109, inciso I, CF).

E, após alongadas considerações teóricas sobre o tema, finaliza seu parecer¹⁵², concluindo que, *in verbis*:

(a) Sim, a Justiça do Trabalho detém competência penal estrita sob a égide da Emenda Constitucional n. 45/2004. Detém-na, por expressa letra constitucional, para uma típica ação penal liberatória (o ‘*habeas corpus*’, do inciso IV do artigo 114, que é ação penal popular constitucional); e, por interpretação construtiva de fundo históricossistemático, para as ações penais condenatórias diretamente “oriundas da relação de trabalho” (artigo 114, I).

(b) Não. A Constituição não veda expressamente o exercício da competência penal-trabalhista pelos órgãos da Justiça do Trabalho (o que significa que, pela aplicação ‘a contrario’ do princípio da conformidade funcional, não se exige do Tribunal constitucional uma interpretação manietadora). Também não a atribui expressamente – mas tampouco a atribui aos órgãos das Justiças estaduais, que, todavia, exercem-na desde a aurora do Estado brasileiro

¹⁵² FELICIANO, Guilherme Guimarães. Da Competência Penal na Justiça do Trabalho. Parecer. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, vol. 32, n. 122, 2006, p. 243-265.

independente. Por outro lado, as garantias do devido processo, do juiz natural e do promotor natural têm caráter principiológico, tal como os outros direitos fundamentais expressos ou adscritos à Carta de 1988. Tais garantias devem ser concretizadas segundo os princípios de interpretação constitucional, entre os quais o da unidade da Constituição, o da máxima efetividade, o da 'justeza' ou conformidade funcional e o da força normativa da Constituição; devem, ainda, convergir para outros princípios materiais da Constituição, como o princípio da eficiência administrativa (artigo 37, caput, in fine) e o princípio da valorização do trabalho humano (artigos 1º, IV, 1ª parte, e 170, caput). Reconhecer a competência penal estrita da Justiça do Trabalho atende melhor àqueles princípios hermenêuticos e, a médio e longo prazos, otimiza a realização desses últimos.

A postura adotada pelo parecerista, também reproduzida em outros ensaios sobre o tema, concentra, em linhas gerais, o pensamento mais sólido acerca do assunto, em argumentação forte a favor da competência penal-trabalhista.

Entretanto, o advogado e constitucionalista Pedro Lenza¹⁵³, analisando, em sua obra, a estrutura e os órgãos que compõem a Justiça Comum e a Justiça Especial no Brasil, faz registrar que, mesmo após a Emenda nº 45/2004, "somente a Justiça do Trabalho não tem qualquer competência penal (julga e concilia apenas dissídios individuais e coletivos oriundos das relações trabalhistas)."

Repara-se, que seu entendimento é contrário à competência penal-trabalhista. Em amparo a este posicionamento, sobretudo em face da competência trazida pelo art. 114, IV, da Carta Republicana, o estudioso assevera que:

(...) mesmo que se fixe a competência para o julgamento de habeas corpus, cabe lembrar que é possível a fixação de prisão civil do

¹⁵³ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 11ª ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p. 518.

depositário infiel por determinação do juiz trabalhista, motivo pelo qual se prescreveu o remédio para tutelar a liberdade de ir e vir.¹⁵⁴

3.5.2 Do Incidente de Inconstitucionalidade nº 3.684/2006 e a Defesa da Competência Penal Trabalhista

A promulgação da “Reforma do Judiciário”, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, representou no Brasil inegável avanço em direção a um aprimoramento democrático das instituições republicanas nacionais. Entretanto, em efeito colateral e como já visto, trouxe ao debate jurídico uma seleção variada de dúvidas, controvérsias e polêmicas, como, aliás, não poderia deixar de ser diante da magnitude do tema e da relevância institucional da medida.

As Academias, os Tribunais e dos demais profissionais do Direito, revelam esforço exegético maior, bem ressaltado por Mônica Herman Caggiano¹⁵⁵, ao asseverar que:

Para os operadores do Direito, o advento das novas regras implicará, certamente, num atento debruçar sobre novas competências, rearranjos estruturais e de organização do Poder Judiciário, revisitação do quadro normativo recursal, enfim temas que integram o cotidiano do advogado, do procurador e do promotor público. Para o Judiciário, no entanto, a inovação introduz uma monumental incumbência – a de extrair da aplicação e das fórmulas adotadas na implementação dos preceitos reformulatórios a reconquista de sua credibilidade. E esta nos parece uma ingrata atribuição, porquanto tímidos e frágeis são os instrumentos para tanto concebidos pelo constituinte.

Sob esse questionamento, no dia 08 de março de 2006, o Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, mediante provocação da

¹⁵⁴ LENZA, Pedro. Op. cit. p. 536-537.

¹⁵⁵ CAGGIANO, Mônica Herman. Emenda Constitucional n. 45/2004. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 5, 2005, p. 186.

Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de concessão de medida cautelar, perante o Supremo Tribunal Federal, registrada sob nº ADI 3.684, requerendo, em sede de resolução definitiva: (a) a declaração da inconstitucionalidade formal do art. 114, I, da CF, com redação dada pela EC nº 45/2004; ou, alternativamente, (b) a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, conferindo interpretação conforme à Constituição que afaste a competência criminal da Justiça do Trabalho e (c) a mesma interpretação conforme aos incisos IV e IX do art. 114 da CF, com eficácia erga omnes, ex tunc e efeito vinculante.

Constata-se que o Procurador-Geral da República, em sua petição inicial, fundamentou seus pedidos no fato de a redação do art. 114, inciso I, da Carta Magna, ter sido aprovada, em primeiro turno no Senado, com o acréscimo ao texto da ressalva “(...) exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação”, mas que haveria sido excluída em segundo turno de votação, retornando-se à proposta original aprovada na Câmara dos Deputados (PEC nº 96/1992), o que implicaria, a seu ver, vício formal de procedimento, por violação ao art. 60, § 2º, da Constituição Federal.

No entendimento do *Parquet*, a alteração aprovada no Senado em primeiro turno de votação (embora suprimida em segundo turno) revela ao intérprete que o art. 114, I, não possui a elasticidade que ora se defende para, por exemplo, atribuir-se à Justiça do Trabalho competência para julgar lides de natureza penal. Em suas palavras:

(...) 9. A modificação introduzida e aprovada em primeiro turno no Senado, mas posteriormente alterada por ocasião da votação em segundo turno, atribuía um sentido muito nítido à extensão do questionado inciso I. Certamente, a expressão acrescida pelo Senado – ‘exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação` – possibilitava a exata compreensão do alcance do dispositivo, no sentido de que as

ações oriundas da relação de trabalho seriam aquelas que tinham por objetivo `superar` uma pretensão resistida do trabalhador quanto à observância de direitos trabalhistas descumpridos pelo empregador, salvo quando esse trabalhador fosse um servidor público estatutário ou comissionado. Noutras palavras, ações trabalhistas!

10. Daí a necessidade de retorno desse dispositivo à Casa iniciadora, o que não ocorreu, todavia, dando-se a promulgação do texto aprovado em segundo turno, de forma diversa daquele aprovado em primeiro turno.

(...)

18. A presente ação não deixa de apontar a inconstitucionalidade formal. Sem embargo, a causa petendi está voltada para extrair do enunciado da norma, constante do art. 114, I, bem como por sua pertinência de sentido normativo dos incisos IV e IX do mesmo artigo, a interpretação que afaste qualquer sentido conducente ao exercício de competência criminal pela Justiça do Trabalho. O objeto de controle, se aparentemente é o mesmo, a considerarmos a enunciação linguística ou o dispositivo de norma, versa sobre norma diferente, é dizer, sobre o texto interpretado que reduz do âmbito objetivo da norma *prima facie* a regra organizatória da competência criminal da Justiça do Trabalho.

(...)

30. Não se afigura possível tentar captar nas entrelinhas do preceito normativo um significado que se distancia totalmente do sentido possível do texto. A essa conclusão facilmente se chega mediante o exame do art. 109, incisos IV e VI, CF, que atribui à Justiça Federal competência para processar e julgar crimes em detrimento de bens, serviços e interesses da União, suas empresas públicas e autarquias, bem como crimes contra a organização do trabalho. Noutras palavras, não é razoável depreender-se uma competência de forma implícita, quando a própria Constituição, de forma explícita, já estabelece qual é o órgão do Judiciário que detém jurisdição em matéria penal.

Dessa forma, a Ação de Inconstitucionalidade foi distribuída ao Ministro Cezar Peluso, tendo integrado o feito, na condição de *amicus curiae*, a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA.

Em 01 de fevereiro de 2007, o Supremo Tribunal deferiu cautelar, com eficácia *ex tunc*, e em 03 de agosto do mesmo ano, foi publicado no Diário da Justiça o acórdão sob a seguinte ementa, *in verbis*:

Competência criminal. Justiça do Trabalho. Ações penais. Processo e julgamento. Jurisdição penal genérica. Inexistência. Interpretação conforme dada ao art. 114, incs. I, IV e IX, da CF, acrescidos pela EC nº 45/2004. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida com efeito *ex tunc*. O disposto no art. 114, incs. I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais.¹⁵⁶

A decisão da Suprema Corte, contra a qual não houve interposição de quaisquer recursos, delineia importante tomada de posição contrariamente à competência penal-trabalhista, mesmo após a reforma promovida pela Emenda nº 45/2004, em impactante esvaziamento da plenitude normativa do art. 114, incisos I, IV e IX, da Carta da República.

A despeito do posicionamento adotado pela Suprema Corte Brasileira diante do tema, como anteriormente visto, não se pode dizer que já haja razão definitiva para se abandonar a idéia da jurisdição penal-trabalhista.

De fato, a decisão exarada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, conferindo interpretação conforme à Constituição, sobrecarrega de entusiasmo a corrente mais conservadora. Entretanto, não se pode olvidar que a reformulação dos preceitos de competência constitucional ainda reclamam tempo de maturação, seja na jurisprudência e na doutrina, seja no próprio Pretório Excelso.

¹⁵⁶ Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/processo>. Acessado em: 25 jul. 2016.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal já chegou a revisar, anteriormente, seu posicionamento sobre tema de igual envergadura, qual seja, a competência para julgar ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidentes do trabalho: mesmo após a promulgação da Emenda nº 45/2004, a Alta Corte recusou tal atribuição jurisdicional, confirmando e ratificando sua exegese ao anterior texto da Carta Magna.

Entretanto, ao se confrontar novamente com a matéria por ocasião do julgamento do Conflito de Competência nº 7.204-MG, a controvérsia acerca da competência jurisdicional para julgar ações indenizatórias por acidente do trabalho encontrou nova vereda na Suprema Corte, que assim entendeu por bem decidir, *in verbis*:

Constitucional. Competência judicante em razão da matéria. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, proposta pelo empregado em face de seu (ex-) empregador. Competência da justiça do trabalho. Art. 114 da magna carta. Redação anterior e posterior à emenda constitucional nº 45/04. Evolução da jurisprudência do supremo tribunal federal. Processos em curso na justiça comum dos estados. Imperativo de política judiciária. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária -- haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias,

bem como o relevante interesse social em causa --, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do *Magno Texto*. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.¹⁵⁷

De outro lado, a confirmação por aquele Colegiado da vigência, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio da unidade de convicção jurisdicional – em razão do qual quando um mesmo fato houver de ser apreciado sob duas perspectivas jurídicas diferentes, deverá ser feito sempre pela mesma Justiça –

¹⁵⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

consolidam a necessidade de se retomar as discussões da competência penal-trabalhista na Corte Suprema a fim de se alcançar uma interpretação mais consentânea ao espírito da própria reforma, segundo os anseios históricos de Justiça.

Se a inconstitucionalidade formal do art. 114, inciso I, da CF não foi acolhida, ao menos até o momento, também não há que se falar em interpretação conforme, tal qual postulada pelo Procurador-Geral da República, pois, como bem salientam, sobre a questão, João Humberto Cesário, José Eduardo Resende Chaves Júnior, Marcelo José Ferlin D'Ambroso e Vivianne Rodríguez Mattos, em ensaio intitulado “Comentários à ADI nº 3684: Em Defesa da Competência Criminal da Justiça do Trabalho”, no âmbito de procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, não está o Poder Judiciário autorizado a fixar juízo normativo (negativo ou excludente) que venha a alterar o conteúdo, a natureza ou a finalidade de normas que regulamentem, de forma expressa, a ampla atribuição da competência justralhista em vigor.¹⁵⁸

Assim sendo, é preciso que o Supremo Tribunal Federal retome, após maior maturação, o tema em destaque, acolhendo-se a jurisdição penal-trabalhista, à semelhança da evolução de sua jurisprudência em matéria de ações indenizatórias acidentárias.

3.5.3 Adequação e efetividade da Justiça do Trabalho

É de se notar que a competência da Justiça do Trabalho foi sensivelmente ampliada com a reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional 45/2004, o que pode ser constatado por um simples cotejo entre a norma anterior e a vigente. Todavia, *de lege lata*, não houve qualquer menção à competência criminal da Justiça do Trabalho, motivo pelo qual qualquer decisão, neste momento

¹⁵⁸ CESÁRIO, João Humberto et al. Comentários à ADI nº 3684: Em Defesa da Competência Criminal da Justiça do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8238&p=1>>. Acessado em 26 jul. 2016.

legislativo, que reconhecesse tal extensão competencial, estaria fadada à declaração de inconstitucionalidade.

Isso, porém, não nos impede de continuar refletindo sobre esta ampliação, como uma política legislativa a ser implementada. Assim, até mesmo pela busca de uma compreensão sistematizada da matéria, é preciso raciocinar *de lege ferenda*, para obtenção de uma prestação jurisdicional mais adequada e efetiva.

Quando se reivindica competência penal para a Justiça Especializada Trabalhista, parece-nos óbvio que tal competência deve estar restrita àqueles crimes que tutelam bens jurídicos relacionados ao mundo do trabalho humano, além daqueles que dizem respeito à própria administração da Justiça do Trabalho.

Em relação aos primeiros, compreendidos como delitos penal-trabalhistas, é tratar-se daquele cuja elementar do tipo penal seja composta pela relação de trabalho (a exemplo dos crimes contra a organização do trabalho, redução a condição análoga à de escravo e assédio sexual).

Com efeito, observa-se nestes tipos a presença de elementos normativos denunciadores do bem jurídico que tutelam. Em todos eles, é o valor trabalho que se encontra de alguma forma atacado, ofendido ou violado.

Não se poderia cogitar, portanto, de que um crime qualquer, apenas por envolver as partes em um contrato de trabalho ou ser praticado no ambiente laboral, pudesse ser considerado um delito penal-trabalhista. Antes, se faz necessário que o tipo encerre elementos específicos relacionados ao trabalho.

Dessa forma, é possível se vislumbrar as bases para a construção metódica e científica de um Direito Penal do Trabalho, originado entre as fronteiras do Direito Penal e do Direito do Trabalho, o Direito Penal do Trabalho. Eis o ramo do Direito Público que tem por objeto um conjunto de normas, princípios e regras de convivência entre os sujeitos da relação de emprego, definindo os delitos, as penas, as conseqüências e repercussões vinculares decorrentes do contrato de trabalho subordinado.

Dessa forma, pretende-se, com o levantamento destas questões, argumentar acerca da adequação de se alocar na Justiça do Trabalho a competência para

processar e julgar ilícitos penal-trabalhistas já existentes (portanto, já ilícitos penais na ordem jurídica vigente).

Uma vez que a conduta já está tipificada e contém elementos que a definem como delito penal-trabalhista, não se entende porque o seu processamento não é da competência da Justiça do Trabalho.

E por que a Justiça do trabalho pretende ter a competência para a matéria penal? É de sua competência cominar a sanção trabalhista e, decorrente da relação de emprego, a indenização por dano moral, que também é um crime contra a humanidade das pessoas mas o ideal seria concentrar todas essas demandas na Justiça do Trabalho.

Por isso mesmo, se propugna pela competência criminal da Justiça do Trabalho quanto ao julgamento de questões correlatas e imediatamente resultantes do ilícito civil-trabalhista, sobretudo quanto aos crimes contra a organização do trabalho e a prática do trabalho escravo, a fim de preservar a unidade da jurisprudência sobre todos os aspectos jurídicos da questão.

Estas razões de ordem técnica visam a sanear distorções na distribuição de competências entre as Justiças, racionalizando o sistema. Entretanto, razões de natureza sociológica também impulsionam a necessidade de ampliação da competência da Justiça do Trabalho para fazer frente aos novos paradigmas das relações laborais ultramodernas.

As várias transformações nas relações contratuais da era globalizada produziram um campo fértil à prática de crimes contra a organização do trabalho, que podem passar despercebidos diante de uma Justiça não especializada nestas questões sociais.

A Justiça do Trabalho também se sobrepõe à Justiça Comum dos Estados quanto ao aparelhamento logístico e técnico especializado, além do que, esta última encontra-se sufocada por um número absurdo de processos das mais variadas espécies.

Neste contexto, a Justiça do Trabalho substituiria com vantagem a atuação da Justiça Comum, Federal ou Estadual, no processamento da ação penal contra os

crimes relacionados ao trabalho, trazendo maior efetividade à jurisdição penal-trabalhista.

3.5.4 O Juiz do Trabalho e a Ação Penal

Há quem considere como entrave à alocação de competência penal na Justiça do Trabalho o fato de os magistrados trabalhistas serem especialistas nas questões laborais e, conforme argumentam, não terem intimidade com o Direito e o Processo Penal.

Com a devida vênia aos que assim entendem, o juiz do trabalho é, antes de tudo, um magistrado como outro qualquer, sendo regra assente no ordenamento jurídico brasileiro a concepção de que a jurisdição é una. Assim, sua distribuição em competências é apenas facilitadora na divisão dos trabalhos de que se incumbem o Poder Judiciário.

Para ser juiz, o juiz do trabalho, como todos os outros, forma-se em Direito e presta concurso público no qual é avaliado também sobre a matéria penal. Claro e lógico que, conforme se ocupa de um ramo especializado do Direito, torna-se um especialista e, como se sabe, a especialização limita e aprofunda.

O juiz do trabalho é especialista em sua matéria, não resta dúvida. Mas isso não impede que possa aumentar os limites de sua competência, nem de que lhe sejam exigidos, em concursos vindouros, novos e aprofundados conhecimentos.

Ora, se o que se propõe é a competência penal-trabalhista, o juiz que dela se ocupar, especializado se tornará também nesta seara. Mais ainda que o juiz penal que julga todo tipo de crime. Se não for esse o entendimento, o que se dirá do juiz de direito de uma cidade do interior do Brasil ainda não abrangida pela jurisdição trabalhista? Não será ele o juiz de todas as causas?

Se for considerado incompetente para as matérias nas quais não é especialista, não será competente para nada, posto que é um generalista. Justamente por isso, consideram alguns, aí residem maiores probabilidades de erros.

É de se observar que os crimes contra a organização do trabalho exigem dose de sociologia do ambiente de trabalho para a aplicação das penas próprias, campo mais adequado à atuação do juiz do trabalho, já cotidianamente afeto às discussões entre o capital-trabalho.

E em sendo assim, ninguém melhor que o juiz do trabalho para apreciar o caso concreto envolto num desses tipos penais, dada à sua especialização, sua formação voltada ao conhecimento mais íntimo das questões principiológicas e sociológicas afetas ao labor, sua atuação diária no espaço do ambiente obreiro.

Outro não é o posicionamento da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do trabalho – ANAMATRA¹⁵⁹:

A ANAMATRA entende, como deliberado em seu Congresso Nacional, na forma da proposta do juiz Guilherme Guimarães Feliciano, da 15ª Região, “que o juiz do trabalho está mais afeito aos problemas usuais do obreiro em seu ambiente de trabalho, detém, pois, maior especialização em tal seara se comparado ao juiz estadual ou ao juiz federal comum. Dessume, pois, que sua formação jurídica e sociológica o habilita julgar com maior conhecimento de causa as lides penais relativas à organização do trabalho. O juiz do trabalho, conhecedor dos institutos de Direito do Trabalho e de seus desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais, poderá aferir se, no caso concreto, o nomen juris dado a um certo documento consubstancia fraude tendente a frustrar direito trabalhista (art. 203 do Código Penal).” É interessante notar que nos tipos penais no título dos crimes contra a organização do trabalho há, quase sempre, transgressão de norma contratual trabalhista, matéria do contato diário do juiz do trabalho.

Há, ainda, os que argumentam que alguns juízes do trabalho oferecem tratamento paternalista em relação ao empregado, movidos por convicções ideológicas. Sobre esta suposta parcialidade dos juízes, pode-se contra-argumentar

¹⁵⁹ COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) Nova competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 122-147.

que são peculiares ao Direito do Trabalho princípios protetores ao hipossuficiente, os quais não poderão ser levados em conta quando a matéria julgada for diversa da trabalhista. Assim, no julgamento de um crime serão observados os princípios aplicáveis ao Direito Penal.

Nesta esteira:

(...) está na origem da Justiça do Trabalho ser ela integrada por magistrados naturalmente mais sensíveis às questões sociais, que não raro requerem soluções fundadas no juízo de equidade, característica que importa na interpretação criativa da realidade social, e não a mera aplicação automática e fria das normas jurídicas. Isso não significa, entretanto, que os Juízes do Trabalho seriam levados a proferir decisões fundadas no seu sentimento pessoal, emotivo e irresponsável.¹⁶⁰

Diante do acima exposto, não resta argumentação que pretenda desqualificar a atuação do juiz do trabalho na esfera penal-trabalhista.

3.5.5 Operacionalização da nova competência

A mudança do modelo básico da Justiça Laboral para uma configuração mais abrangente, onde a tônica seja a proteção do valor trabalho humano em qualquer perspectiva que se apresente, inclusive na seara criminal, infalivelmente motivará alterações diversas, seja na parte do ordenamento jurídico relacionada ao direito material e processual em tela, seja nas estruturas das instituições envolvidas.

Dilatar-se a competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento de delitos penal-trabalhistas exigiria algumas modificações legislativas. Relacionam-se, em seguida, aquelas que despontam logo à primeira vista, sabendo-se que o cotidiano da prática penal na esfera trabalhista, poderá suscitar outras inovações.

¹⁶⁰ COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.). Op. cit. p. 378.

No âmbito infraconstitucional, entende-se que os diplomas legais a serem aplicados diretamente na condução de uma ação penal, quais sejam o Código Penal e o Código de Processo Penal, não careceriam de modificações, uma vez que os delitos em questão e o seu processamento em nada seriam alterados.

Os críticos à proposta aqui apresentada, qual seja a de tornar competente a Justiça Obreira para apreciar os crimes relacionados ao trabalho, levantam questões aparentemente difíceis de apaziguamento. Dizem, por exemplo, que não há como processar na Justiça do Trabalho uma ação penal porque haveria incompatibilidade de ritos, de prazos, de representação e de princípios. Com efeito, só aparentemente é que tais problemas se revelam de difícil solução.

Afastando-se as brumas do preconceito, consegue-se ver com clareza que a Justiça do Trabalho, aliás, qualquer Justiça, não tem ritos, prazos ou princípios próprios. Estes pertencem ao processo, e divergem conforme ele seja trabalhista, civil ou penal.

Quando a Justiça do Trabalho processa uma ação tradicionalmente compreendida como “civil” (v. g. procedimentos especiais previstos no CPC), aplica as regras do processo civil. Veja-se:

Esse já é o mecanismo utilizado pelos juízes do Estado quando no exercício da jurisdição trabalhista. (...) Ora, é plenamente lógico e racional que eles exerçam a jurisdição trabalhista aplicando a CLT e exerçam a jurisdição civil aplicando o CPC. Qual a dificuldade? Qual o mistério? Mutatis mutandis o raciocínio é o mesmo. Haveremos de continuar utilizando a CLT, para os casos regulados por ela e o CPC, para as ações cíveis.¹⁶¹

Em suma, são os valores inerentes à relação de emprego que justificam o rito da ação trabalhista. Incorreto pensar, portanto, que o rito se justifica em face do órgão julgador (porque na Justiça do Trabalho deve ser o rito da CLT). Não à toa que perante o juiz de direito, no exercício a jurisdição trabalhista, é adotado o rito da CLT nas reclamações trabalhistas.

¹⁶¹ COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.). Op. cit. p. 42.

Permitindo-nos um trocadilho, é preciso lembrar que a justiça é do Trabalho e não da CLT! Se não for superada a mentalidade retrógrada que pretende ser do Poder Judiciário laboral somente dissídios previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, dever-se-ia negar, logo, o cabimento de ações de procedimentos especiais na Justiça do Trabalho, como, por exemplo, a consignação em pagamento, eis que está prevista somente nos arts. 972/984 do Código Civil e 890/900 do Código de Processo Civil, sem qualquer norma específica no texto consolidado.¹⁶²

Logo, se a Justiça do Trabalho, como se espera, vier a ter competência para processar a ação penal, esta obedecerá, como é lógico, aos ritos, prazos e princípios do processo penal, bastando apenas que isto seja explicitado na norma correspondente.

Não se pode ignorar que, naturalmente, problemas de ordem operacional surgirão. Seria imaturo querer sublimá-los na ânsia de fazer-se impor a tese almejada. Também é verdade que não se tem resposta para tudo e que as soluções sobrevirão aos problemas, porque sempre foi assim.

O que não se deve é deixar de propor o novo por apego ao velho, notadamente quando o novo acena com melhores possibilidades. Pensar o contrário seria repetir a postura criticada poeticamente por Caetano Veloso¹⁶³, de “que Narciso acha feio o que não é espelho; e a mente apavora o que ainda não é mesmo velho; nada do que não era antes quando não somos mutantes”.

O reconhecimento de que a Justiça do Trabalho, como todos os outros ramos do Judiciário brasileiro, deve ter competência para a matéria penal relacionada ao campo de sua atuação, além de corrigir uma distorção técnica e proporcionar aos jurisdicionados uma melhor assistência nestas questões, também promoverá um desafogamento das outras Justizas, recalibrando o sistema com mais eficiência e produtividade. Confira-se:

¹⁶² PAMPLONA FILHO, R. Interpretando o art. 114 da Constituição Federal de 1988. In: Revista Ciência Jurídica do Trabalho. ano I, n. 04, abril/1998, Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições Ltda/Edições Ciência Jurídica, 1998, p. 05.

¹⁶³ Músico, produtor, arranjador e escritor brasileiro com uma carreira que já ultrapassa cinco décadas. Construiu uma obra musical marcada pela releitura e renovação e considerada amplamente como possuidora de grande valor intelectual e poético.

(...) a redistribuição de competência, a par da racionalidade sociológicopolítica, também confere racionalidade técnico-econômica ao sistema judiciário nacional, confluindo, assim, no sentido dos anseios nacionais de modernização do Poder Judiciário, na medida em que será determinante de maior celeridade, eficiência e efetividade da prestação jurisdicional.¹⁶⁴

Entretanto, esta reorganização judiciária implicará, por certo, num aumento de demanda para a Justiça Obreira, o que, aliás, já vem ocorrendo a partir da EC 45/2004. Daí decorre a necessidade de se promoverem os meios adequados para a absorção das novas ações doravante endereçadas ao juízo trabalhista.

É evidente que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho implicará em aumento de processos, por conseguinte em necessidade de expansão de seus órgãos, inclusive com a instituição de câmaras ou turmas ou varas especializadas para o julgamento de questões diversificadas, em todos os graus de jurisdição. O alcance de qualquer finalidade exige os meios capazes de implementar a medida.¹⁶⁵

Especificamente em relação às ações penal-trabalhistas, entende-se que devam ser processadas em varas especializadas para este fim, criadas por lei de organização judiciária federal ou provimentos dos próprios Tribunais Regionais do Trabalho. Para elas, “se habilitarão os juízes – titulares e substitutos – interessados em desempenhar efetivamente a nova competência.”¹⁶⁶

De toda sorte, não se entenderá qualquer aumento de demanda sem o devido acompanhamento da necessária estrutura material e funcional. Tudo deverá ser devidamente adaptado e preparado, inclusive os próprios magistrados. Tudo faz

¹⁶⁴ COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.). Op. cit. p. 147.

¹⁶⁵ COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.). Op. cit. p.390.

¹⁶⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal. Disponível em: < <http://www.beofito.com.br/artigos/art01/trab37.htm> >. Acessado em: 14 out. 2016.

parte da nova Justiça do Trabalho. São os novos tempos. Não há como fugir da realidade. Somente recepcioná-la.

4. Considerações finais

A vida em sociedade sempre foi um desafio. Entender as conformações políticas do jogo de interesses sem, todavia, abandonar o ideário de Justiça da coletividade é tarefa árdua ao estudioso do Direito – de quem se espera respostas que não estão prontas, mas que devem ser construídas (e reconstruídas) diariamente na complexa turbulência da espiral da História.

A sociedade caminha sob a escolta das instituições que não são estáticas, mas dinâmicas e mutáveis, adaptando-se às necessidades do homem cultural em seu projeto de mundo e de realidade. A certeza do hoje é a negação e a dúvida do amanhã, resultado da interação dialética entre “ser” e “dever ser” na composição de um futuro ético-operativo (e, por isso, normativo) da comunidade histórica.

É preciso, então, evoluir; alcançar novos modelos; modernizar as instituições; encontrar novos paradigmas que possam oferecer respostas aos questionamentos da sociedade em progresso. Mas também é preciso ter coragem para avançar ao futuro e receber o novo, acolhendo-o como esperança e certeza, como projeto e obra.

O apego ao passado e o comodismo do presente não podem impedir que o clamor por Justiça ecoe em toda sociedade global, exigindo a reconfiguração dos atuais modelos políticos e econômicos na reconstrução do sentido de pessoa humana, bem como da sua constitutiva dignidade.

Nesse passo, é chegada a hora de nos desgarrarmos de velhas fórmulas e tradições estéreas para, enfim, proclamarmos os novos tempos, na tentativa de correção dos erros do passado.

Esse é o espírito que exala no Brasil pela reforma constitucional operada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. O reconhecimento da outorga da competência penal à Justiça do Trabalho é o que melhor se amolda a essa importante experiência histórico-normativa.

E para que se possa garantir os princípios da economia processual, equidade e à unidade de cognição, bem como a adequação entre a realidade social e a realidade processual vê-se a necessidade de avocação da competência criminal por parte da Justiça do Trabalho para apreciar os crimes que envolvem a relação de trabalho.

A tesis ora realizada, embora se concentre em campo teórico, está longe de esgotar-se no discurso meramente formal. A rejuvenescida discussão acerca da competência penal-trabalhista comprova a necessidade, por imperiosa exigência do bem-comum, de se buscar uma nova resposta ao antigo problema de estabilização das relações sociais mediante a intervenção punitiva (penal) do Estado.

É importante esclarecer que este desiderato da coletividade moderna, que reclama por Justiça mediante repressão (e prevenção) aos ataques a bens relevantes, dentre os quais sobressalta, com maior relevo, o trabalho e as relações interpessoais estão constituídas a seu entorno.

As transformações rápidas e profundas testemunhadas nas últimas décadas a partir do corrosivo processo de globalização que, ignorando fronteiras geopolíticas, liquefaz instituições, valores e princípios em benefício de um capital internacional especulativo e apátrida, levaram a sociedade de consumo a um estado de máxima reificação do homem, espoliado do seu conceito de pessoa para tornar-se mero elemento da engrenagem do sistema mercantil.

Esse cenário já consolidado confirma a inadequação das antigas fórmulas político-jurídicas para fornecer, com eficácia (e eficiência), mecanismos de correção e recomposição da dignidade humana, especialmente sob o aspecto da relação de trabalho/emprego como (única) fonte legítima da produção de bens e riqueza.

A sensação de impunidade decorrente da relegação dos crimes laborais a segundo plano pela Justiça Comum tem contribuído de forma deletéria para a manutenção da iniquidade social – e é preciso reverter esse quadro!

A ampliação da competência da Justiça Especializada municiando-a com mecanismos (penais) mais eficientes de prevenção e resolução dos conflitos trabalhistas, vai ao encontro desse desejo, justificado, também, pela melhor

formação sociológica de juízes e tribunais do trabalho para julgarem os delitos oriundos da relação de emprego.

Ademais, esta alteração da sistemática constitucional de atribuição de competências à Justiça Especializada, passando de uma perspectiva subjetiva (antes, dissídios entre os trabalhadores e empregados) para outra objetiva (agora, ações oriundas da relação de trabalho), permite concluir, sob o prisma da dogmática, pela desnecessidade de nova reforma (ou da edição de diplomas legislativos regulamentares) que nos impeça de proclamar, desde logo, a jurisdição penal-trabalhista.

Esse anseio social pode se concretizar se, em nome de um legítimo Estado Democrático de Direito, forem observadas, cientificamente, as cláusulas-garantia de delimitação do poder estatal punitivo, fixando-se, em doutrina e jurisprudência, as hipóteses de persecução criminal cabíveis na Justiça do Trabalho a partir de uma (re)leitura dos princípios penais e processuais penais vigentes.

Nesse sentido, é preciso encontrar espaço na literatura para um novo horizonte classificatório dos delitos, mas que não atentam diretamente contra sua existência jurídico-normativa e crimes comuns.

Por todas as razões de ordem técnica discutidas nos capítulos anteriores, é possível comprovar que a atribuir à Justiça do Trabalho de competência para julgar crimes relacionados ao trabalho é assegurar às partes a promoção de direitos fundamentais como um julgamento mais justo (pautado na equidade), célere e técnico.

Estando a Justiça do Trabalho mais capilarizada e mais aparelhada e bem servida de juízes e serventuários que a Justiça Comum, certamente o grau de satisfação com a sua prestação jurisdicional no julgamento dos crimes a ela relacionados fomentaria o acesso à justiça e em muito contribuiria para a paz social.

Bibliografia

ANTUNES, José Pinto. A produção sob regime da empresa. São Paulo: Saraiva, 1964.

ARESE, Cesar. Derechos Humanos Laborales. Rubinzal Culzoni Editores, 2014.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Manual de derecho penal del trabajo. Barcelona, 1988.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2005.

BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Derecho penal del trabajo. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

BERNARDES, Hugo Gueiros. Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1989.

BOTAS, Ec. Derecho Penal del Trabajo. México, 1948.

CABANELLAS, Guillermo, Introducción al Derecho Laboral, V. II, Omeba, Buenos Aires, 1960.

CAGGIANO, Mônica Herman. Emenda Constitucional n. 45/2004. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 5, 2005.

CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 38ª ed., atual. Por Eduardo Carrion, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2009.

CATHARINO, José Martins. Compêndio Universitário de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

- CEVOLOTTO, Mario. I Delitti contro la libertà del lavoro nel Diritto Penale Italiano. Torino, 1911.
- COMADRÁN RUIZ, Jorge. Evolución demográfica argentina durante el período hispano (1535-1810). Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- CÓRDOBA, Efrén. Relaciones laborales en la función pública en América latina. Revista Internacional del trabajo, vol 99, nro. 3, Julio-septiembre 1980.
- COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) Nova competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.
- DE DIEGO, Julián Arturo. Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. Introdução ao Direito do Trabalho. 3ª ed. Atual. São Paulo: LTR, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DROMI, María Laura San Martino De. Documentos constitucionales argentinos, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho. Síntese Trabalhista n. 159, 2002.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Da Competência Penal na Justiça do Trabalho. Parecer. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, vol. 32, n. 122, 2006.
- FERREIRA, Marcela Aspell De Yanzi. La formación del Derecho del Trabajo en la primera mitad del siglo XIX. 1810-1853. Buenos Aires: Clío, 1994.
- FERREIRÓS, Estela Milagros, El Derecho Penal del Trabajo, Doctrina Laboral. Buenos Aires: Errepar, agosto 2003.
- FILHO, José Candido. O movimento operário: o sindicato, o partido. Petrópolis: Vozes, 1982.
- FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal – Parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GARCÍA ABELLÁN, Juan, Derecho Penal del Trabajo. EISA, Madrid, 1955.

- GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. Curso de Direito do Trabalho. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRISOLIA, Júlio Armando. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. 14ª Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.
- GRISOLIA, Julio Armando. Manual de derecho laboral. – 5a Ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.
- HUNGRIA, Nelson. LACERDA, Romão Côrtes de. Comentários ao Código Penal. Vol, VIII, 2ª Ed. Rio de Janeiro, 1954.
- JUNIOR, Cesarino. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980.
- JUNIOR, Nivaldo Dóro; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; BELTRAN, Ari Possidonio; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. A Competência Penal Da Justiça Do Trabalho. Universidade de São Paulo, 2009.
- KRAWULSKI, Edite. A orientação profissional e o significado do trabalho. Revista da Associação Brasileira de Orientadores Profissionais, Florianópolis, 1998.
- KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1948.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 11ª ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.
- LEVAGGI, Abelardo. Historia del derecho argentino del trabajo (1800-2000). Em: Iushistoria Nº 3, ISSN 1851-3522, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado, tradução de Vera Maria Jacob de Fradera da edição em espanhol Las normas fundamentales de derecho privado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MALLET, Estevão. Competência Legislativa em Matéria Trabalhista na Constituição. São Paulo: Revista Trabalho e Doutrina, n. 15, 1997.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. Direito do Trabalho. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1993.
- MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Ana Luiza. Império do café: a grande lavoura no Brasil, 1850 à 1890. São Paulo: Atual, 1990.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 9ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEMARANO, Armando, Diritto penale del lavoro, Ed. 24 ore. Milano, 2000.

MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução ao direito do trabalho. 1º vol. Revista Forense, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 24ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FERRARI, Irazy. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTR, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

PAMPLONA FILHO, R. Interpretando o art. 114 da Constituição Federal de 1988. In: Revista Ciência Jurídica do Trabalho. ano I, n. 04, abril/1998, Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições Ltda/Edições Ciência Jurídica, 1998.

PERA, Giuseppe, Diritto del Lavoro. Cedam, Padova, 1996.

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

REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma do Judiciário. Revista do Advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 75, 2004.

ROMAGNOLI, U.; GHEZZI, G. Il rapporto di lavoro, Zanichelli. Bologna, 1999.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, Antônio Álvares da. Questões Polêmicas de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, Benedicto. Dicionário de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: FGV, 1986.

SILVA, Marcelo José Fernandes da. Competência Criminal da Justiça do Trabalho – Ação Penal Privada e Ação Penal Pública – Redução à Condição Análoga à de Escravo. Revista do Ministério Público do Trabalho. Brasília: LTr, ano XIII, n. 26, 2003.

SOBRINHO, José Wilson Ferreira. Competência Penal e Juiz do Trabalho. São Paulo: Revista LTr, vol. 64, n. 01, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho, 9ª Ed. Ampliada e Atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

VANNINI, Ottorino. Diritto Penale del Lavoro, in U. Borsi e F. Pergolesi, Trattato di Diritto del Lavoro, vol IV. Padova, 1939.

VIALARD, Antonio Luis Roberto Vázquez. El trabajo humano. Universitaria de Buenos Aires, 1970.