

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 835

(Ano X)

(06/01/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

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 Internacional. Professor universitário.

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

COLONISTA DA SEMANA



05/01/2018 Rômulo de Andrade Moreira
» [A tristeza do pensamento](#)

ARTIGOS

- 05/01/2018 Andre Borges Coelho de Miranda Freire
» [A influência da doutrina na decisão do juiz: Uma visão pela Argumentação Jurídica](#)
- 05/01/2018 Beatriz de Andrade Chaves
» [Litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo do CADE que apura a prática de cartel](#)
- 05/01/2018 Maurício Schibuola de Carvalho
» [Crítica ao fim do agravo retido e ao estabelecimento de um rol taxativo das decisões interlocutórias agraváveis no CPC-15](#)
- 05/01/2018 Elaine Cristina da Conceição dos Santos
» [Monitoramento por câmeras no local de trabalho](#)
- 05/01/2018 Maria Pilar Prazeres de Almeida
» [Amianto: a virada jurisprudencial](#)
- 04/01/2018 Thúlio Mesquita Teles de Carvalho
» [Crise na democracia representativa brasileira e o exercício do poder pelo Supremo Tribunal Federal](#)
- 04/01/2018 Maria Pilar Prazeres de Almeida
» [Controle judicial de políticas públicas: salvação ou distorção?](#)
- 04/01/2018 Gabriela Mosciaro Padua
» [Habeas corpus: banalização do seu uso ou democratização do processo penal?](#)
- 04/01/2018 Valeria Aparecida da Silva Pereira

» [Atos atentatórios à dignidade da Justiça e fraudes à execução](#)

03/01/2018 Igor Leite Brasileiro

» [As teorias do crime e a valoração paralela na esfera do profano](#)

03/01/2018 Thúlio Mesquita Teles de Carvalho

» [Constitucionalização do direito privado e a nova perspectiva de contrato](#)

03/01/2018 Maria Pilar Prazeres de Almeida

» [Soluções jurídicas para um problema social: o superendividamento em tempos de crise econômica](#)

03/01/2018 Maurício Schibuola de Carvalho

» [Estudo sobre Incoterms: conceito e classificação](#)

02/01/2018 Igor Leite Brasileiro

» [A função social do trabalho nos cárceres no Brasil e Argentina](#)

02/01/2018 Maria Pilar Prazeres de Almeida

» [As medidas de austeridade no contexto da crise econômica e o princípio da vedação ao retrocesso social](#)

02/01/2018 Beatriz de Andrade Chaves

» [O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil](#)

02/01/2018 Tamara De Santana Teixeira Buriti

» [O direito ao meio ambiente de trabalho hígido e a possibilidade de resistência do empregado diante de condições inseguras de trabalho](#)

02/01/2018 Maurício Schibuola de Carvalho

» [Uma análise teórica da tentativa de recuperação judicial do Grupo Agreco](#)

MONOGRAFIA

05/01/2018 Gessé Bezerra de Brito Júnior

» [A imputação do tipo doloso nos homicídios de trânsito que envolvem embriaguez](#)

A TRISTEZA DO PENSAMENTO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

O Professor Francis George Steiner, nascido em Paris, no dia 23 de abril de 1929, e ainda vivo, é um filho de pais judeus que haviam emigrado de Viena – uma cidade já antissemita. Aos onze anos foi levado para Nova York, escapando da ocupação alemã, graças ao pressentimento do seu pai. Foi, portanto, um sobrevivente do Holocausto, ao contrário dos seus colegas do Lycée Janson-de-Sailly, quase todos assassinados por Hitler.

Estudou em Chicago e Harvard, depois em Oxford. Trabalhou para o “The Economist”, tendo sido, logo depois, o primeiro bolsista na área de humanidades do Institute of Advanced Study, em Princeton.

Em 1961, com a fundação do Churchill College, mudou-se para Cambridge – onde vive atualmente. Em 1974 foi contratado pela Universidade de Genebra, onde lecionou literatura comparada perante alunos de todo o mundo, passando a viver entre o Reino Unido e a Suíça. Neste período passou a escrever para a “New Yorker” - por mais de trinta anos.^[1]

George Steiner é um fenômeno, nas palavras de Peter Burke, historiador inglês. Fala três idiomas como um nativo - inglês, francês e alemão -, além de ler pelo menos sete idiomas com facilidade. Escreveu sobre filosofia, linguística e história intelectual, sendo também um conhecedor das ciências naturais. É um fascinado por filologia e apaixonado por poesia, música e filosofia. Imodestamente, apresenta-se como o último dos polímatas. Os seus mais diversos trabalhos incluem crítica literária, ficção, traduções e estudos sobre idioma, religião e até mesmo um relatório sobre um torneio de xadrez, “Cavalos de Reykjavík” (1973), quase sempre fazendo alusão às ciências naturais, da astrofísica à etologia.^[2]

O seu livro mais recente, escrito em 2005 e publicado em Portugal em novembro de 2015, pela Editora Relógio D’Água Editores, chama-se “Dez Razões (Possíveis) para a Tristeza do Pensamento”.^[3]

Nesta sua obra, Steiner usa como mote – digamos assim – a afirmação de Schelling - filósofo alemão – contida no “Investigações Filosóficas sobre a Essência da Liberdade Humana”, de 1809[4], de que “o pensamento é rigorosamente inseparável de uma *melancolia profunda e indestrutível*”, atribuindo à *existência humana uma tristeza fundamental, inescapável.*”

A partir desta constatação, Steiner indaga-nos se temos nós “o direito de perguntar por que não deverá o pensamento humano ser alegre” e se poderemos “*tentar esclarecer algumas razões para tal.*”

Para estas perguntas ele aponta, em dez capítulos – não de forma categórica, eu diria –, os dez motivos para a tristeza do pensamento. Daí o título.

Vejamos, sucintamente, o pensamento de Steiner sobre a tristeza do pensamento.

Partindo das premissas (?) de que “o pensamento é ilimitado”, que “podemos pensar sobre tudo e qualquer coisa” e de que “aquilo que fica fora ou para além do pensamento é rigorosamente impensável” – “esta possibilidade situa-se fora da existência humana” -, afirma Steiner que “a infinitude do pensamento é um marcador crucial da eminência humana”, pois “possibilita o domínio do homem sobre a natureza e, dentro de certas limitações, tais como a enfermidade e o sofrimento mental, sobre o seu próprio ser. Ele apoia a liberdade radical do suicídio, de interromper voluntariamente, e no momento escolhido, o pensamento.” Logo, “a infinitude do pensamento é também uma *‘infinitude incompleta’.*”

Daí uma contradição insuperável:

“Nunca saberemos até onde o pensamento pode ir no que diz respeito à soma da realidade. Não sabemos se aquilo que nos parece sem limite não é, na realidade, absurdamente estreito e irrelevante. Quem nos poderá dizer se a grande parte da nossa racionalidade, análise e percepção organizada não é constituída por ficções pueris?”

Portanto, eis o primeiro motivo para o “pesar”: “Esta contradição interna (aporía), esta inevitável ambiguidade, é inerente em todos os atos do pensamento, em todas as conceptualizações e intuições. Experimentem

escutar atentamente a torrente do pensamento e, no seu centro inviolável, irão ouvir dúvida e frustração.”

Já para estabelecer o segundo motivo, o autor começa o capítulo seguinte afirmando que *“o pensamento é incontrolável”,* pois *“mesmo quando estamos a dormir e, presumivelmente, quando estamos inconscientes, a corrente segue o seu curso. Apenas muito raramente estamos nós a controlar.”*

Respirar – salvo por períodos curtos - e pensar são *“dois processos que os seres humanos não conseguem fazer parar enquanto viverem”* e essa *“incapacidade de fazer parar o pensamento é um constrangimento aterrorizador. Ele impõe uma servidão de um despotismo e peso singulares. A cada instante das nossas vidas, quer acordados quer dormindo, habitamos o mundo pela via do pensamento.”*

Como percebemos em nosso viver, *“a cada instante, atos do pensamento estão sujeitos a intrusões”* e um *“amontoado ilimitado de elementos externos e internos irão interromper, desviar, alterar, baralhar qualquer desenvolvimento linear do pensamento”,* de uma tal maneira que *“uma visão ou um som, não importa quão marginais, qualquer experiência tátil, qualquer ponta de cansaço ou aborrecimento, a irrupção do desejo repentino, irão apropriar-se do pensamento.”*

Assim, essa *“monotonia”* do pensamento só seria possível *“unicamente por meio de uma concentração treinada e disciplinada e de abstenção de toda a diversão”,* tal como ocorre, talvez, com *“certos místicos, certos adeptos da meditação, que procuraram atingir o vazio, um estado de consciência inteiramente receptivo porque vazio. Aspiraram a habitar o nada.”*

Porém, *“tais purezas, tais raios de pensamento inquebrantável”,* para Steiner, *“são acessíveis apenas a uns poucos, e por norma a sua duração é breve.”* Atenta o autor haver *“indícios, embora intermitentes, de que os poderes implícitos da meditação extrema podem esgotar-se numa idade bastante precoce.”*^[5] *A matemática pura de primeira ordem e a física teórica são prerrogativa dos jovens”,* razão pela qual *“prodígios na mnemónica raramente chegam a amadurecer.”*

Conclui, então, que com *“as explosões de concentração do pensamento dirigido”* corre-se *“o risco de exaustão ou danos mentais subsequentes.”* Por outro lado, *“é uma monomania”*^[6] *sem a qual diversos*

*picos de compreensão humana e de conquistas não seriam exequíveis.” Neste ponto, para sustentar a sua segunda tese, ele lembra de Arquimedes - matemático, físico, engenheiro, inventor e astrônomogrego, considerado um dos principais cientistas da Antiguidade Clássica – que “*não desistiu da sua análise de secções cónicas, embora esta concentração significasse a morte.*”*

E assim, chega-se à segunda causa da “*melancolia indestrutível*”: “*O pensamento vulgar é muito mais frequentemente um empreendimento confuso e amadorístico.*”

A terceira razão para a “*tristeza inseparável*” do pensamento reside na constatação inexorável de que “*pensar é uma coisa supremamente nossa; encontra-se enraizada na mais profunda privacidade do nosso ser. É também um dos atos mais comuns, mais gastos e repetitivos. Esta contradição não pode ser resolvida.*”

Neste terceiro capítulo, Steiner afirma que “*ninguém, nada, pode penetrar comprovadamente nos meus pensamentos. Dizer que outro ser humano ‘leu’ os nossos pensamentos não é mais do que uma figura de retórica.*”

Diz ele que nem mesmo “*a tortura pode, sem margem de dúvida, arrancar os meus pensamentos mais íntimos*”^[7], pois “*os pensamentos são o nosso único bem assegurado*”, constituindo-se “*a nossa essência, a nossa familiaridade ou alienação do eu.*” Eis porque, muitas vezes, somos compelidos a ocultar determinados pensamentos “*da nossa consciência, para os silenciar internamente por meios que a psicologia qualifica de amnésia ou regressão.*”

Logo, nem razões biológicas^[8], emocionais, sexuais ou ideológicas, nem mesmo “*uma vida de coexistência doméstica ou profissional, nos irá permitir decifrar, sem deixar margem para qualquer incerteza, os pensamentos de outra pessoa.*”

Nada obstante, e eis o paradoxo, “*este centro inacessível da nossa singularidade, o mais íntimo, privado e impenetrável dos nossos bens é, simultaneamente, uma banalidade sem fim*”, já que os nossos pensamentos já “*foram pensados, eles estão a ser pensados milhões e milhões de vezes por outros. São infinitamente banais e desgastados. Produtos usados. Mesmo nos atos e momentos mais privados da nossa*

existência – no sexo, por exemplo – os componentes do pensamento são clichês, repetidos até à exaustão.”

Assim, *“pensar um pensamento pela primeira vez (e como o poderíamos saber?) é extraordinariamente raro.”* E, lembrando Pope^[9], *“é a forma verbal, não o conteúdo, que dá uma impressão de novidade.”*

Também faz referência a Einstein – *“com o seu gênio para o temor”* – que afirmava não ter tido, durante toda a sua vida, mais do que duas ideias originais – e a Heidegger – cuja máxima era a de que *“todos os pensadores maiores têm somente um único pensamento que expõem e reiteram ao longo das suas obras.”* Steiner chama tais afirmações, em ambos, de *“hipérboles de modéstia.”*

O que entendemos por originalidade, para Steiner, na verdade, *“é quase sempre uma variante ou inovação na forma, nos modos de execução, nos meios disponíveis (bronze, pintura a óleo, guitarras elétricas)”*, nenhuma sendo original *“num sentido rigoroso da palavra”*, seja na *“filosofia, nas artes, na literatura, na teoria política e social.”*

Algo como um pensamento absolutamente original, algo sem qualquer precedente *“discernível, é a ambição dos escritores, pintores, compositores e pensadores.”*

Qualquer pensamento pode já ter sido anteriormente pensado, até por um analfabeto, pelo enfermo, *“até mesmo pelos deficientes mentais. Estes pensamentos ficaram perdidos porque até mesmo aquele que os teve não lhes prestou atenção nem lhes deu forma articulada”*, pois *“cada ser vivo – homem, mulher e criança – é um pensador.”*

O quarto motivo para a *“melancolia indestrutível”* do pensamento consiste em uma *“antinomia fundamental entre as aspirações da linguagem em ser autônoma, em se libertar do despotismo da referência e da razão e a busca desinteressada da verdade.”*

Nesta parte do livro o escritor enfrenta a questão da verdade, tema profundamente discutido em todos os tempos do pensamento humano, inclusive no Direito. Para ele, mesmo as verdades *“experimentalmente demonstráveis e empiricamente aplicáveis das ciências estão apoiadas em pressuposições teóricas, filosóficas, em ‘paradigmas’ flutuantes, sempre suscetíveis de serem revistos ou descartados”*, razão pela qual só se pode dizer que se atingiu a verdade tautologicamente, como acontece na matemática ou na lógica simbólica.

Portanto, quando o processo para se atingir a verdade não é tautológico – no sentido utilizado em lógica -, *“todas as demais afirmações de verdade, sejam doutrinárias, filosóficas, históricas ou científicas, não estão imunes ao erro, à falsificabilidade, revisão e extinção.”* É verdade que alguns filósofos tentaram, mas, pergunta Steiner, *“quantos Espinosas, quantos Freges ou Wittgensteins existem, e até que medida estes ascetas da verdade prevaleceram?”*

“No crepúsculo, Sócrates cantava”, finaliza ele assim o capítulo.

O quinto inicia com uma afirmação: *“Pensar é de tal modo perdulário que chega a ser difícil acreditar.”* Pensar cansa. Intuitivamente, *“experimentamos alguma coisa análoga à fadiga muscular após períodos prolongados de pensamento sequencial, de reflexão sob pressão.”*

Isso, segundo o autor, dá-se, por exemplo, com os matemáticos, os especialistas de lógica formal, os programadores informáticos, os jogadores de xadrez, criptologistas, os tradutores simultâneos e outros que *“resolvem problemas nas ciências exatas e aplicadas”* - todos *“atestam fenômenos de exaustão, de ‘colapso’.*”

Citando como exemplo Darwin, afirma que *“o pensador importante seria aquele que se apercebe e explora uma intuição ou um conceito decisivo, aquele que estabelece uma descoberta ou conexão crucial. É aquele ou aquela que investe, quase de uma forma avara, num ato-pensamento ou numa observação, explorando todo o seu potencial.”*

Ocorre que a maioria das pessoas, ainda que tenham pensamentos *“de primeira ordem”*, *“não lhes prestam atenção particular, não os ‘agarram’, nem abrem caminho com decisão a fim de os realizar num plano concreto”*, perdendo-se *“na avalanche indiferente do pensamento negligenciado.”*

Indaga, então: por que somos *“incapazes de condensar, armazenar ordenadamente – tal como o faz uma bateria elétrica – a voltagem possivelmente frutífera gerada pelos arcos e pelas sinapses insones do nosso ser mental?”* Esta vem a ser a quinta razão para esse *“fundamento sombrio”* do pensamento.

Na sexta parte do livro, Steiner fala da esperança – não somente, por certo. Especialmente sim. Diz ele que *“a totalidade das nossas futuridades, das nossas projeções, antecipações e planos – sejam rotineiros ou utópicos – acarreta um potencial de desilusão, de autoilusão*

profilática. Há na esperança um vírus de frustração”, pois “esperar, aguardar, almejar não deixa de ser um jogo, cuja única certeza é a morte.”

Por outro lado, há “um vazio revelador, uma tristeza da saciedade que se seguem à realização dos nossos desejos. A famosa lassidão do pós-coito, o cigarro tão aguardado a seguir ao orgasmo são precisamente aquelas coisas que servem de medida para o vazio entre antecipação e substância, entre a imagem confabulada e o acontecimento empírico.”

Cita, então, o [poeta](#), [crítico](#) e [ensaísta inglês](#), S. T. Coleridge: “Trabalhar sem esperança é como acumular néctar numa peneira, / E a esperança, sem um propósito, rapidamente fenecerá.”

Então, chega-se à sexta fonte de **tristitia** do pensamento: “*Esperar contra toda a esperança.*”

A sétima razão para aquele “*véu de pesar*” do pensamento, seria a constatação de que “*o pensamento encobre tanto, ou provavelmente mais ainda, do que revela*” - por exemplo: “*o pensamento mais inspirado é impotente face à morte.*”

E esta opacidade do pensamento, segue o autor já no oitavo capítulo, “*impossibilita que conheçamos sem sombra de dúvida aquilo que qualquer outro ser humano está a pensar*”, como ele já o notara em capítulo anterior.

Aqui, ele repete que “*não podemos ter nenhuma percepção indubitável sobre os pensamentos alheios*” e, “*mesmo nos momentos e nos atos de extrema intimidade, o amante não consegue abraçar os pensamentos do seu amado.*”

Assim, “*nenhuma luz final, nenhuma empatia de amor, revela o labirinto da interioridade de outro ser humano. O amor mais intenso, possivelmente mais fraco do que o ódio, é uma negociação, jamais conclusiva, entre solidões.*”^[10] Então, temos a oitava razão para a dor do pensamento.

No penúltimo capítulo, atesta-se que “*todos nós vivemos as nossas vidas numa maré e num magma incessantes de atos-pensamentos, mas apenas uma parcela muito restrita da espécie dá provas de saber pensar. (...) A capacidade de pensar pensamentos que valem a pena ser pensados, quanto mais serem expressos e preservados, é comparativamente rara. Não são muitos os que entre nós sabem pensar com uma finalidade exigente, quanto mais original.*”

Então, chega-se à nona fonte da melancolia do pensamento: “a inaptidão do pensamento grandioso e da criatividade aos ideais de justiça social”, pois “para o génio não há democracia, apenas uma terrível injustiça e um fardo mortal. Existem uns poucos, como Hölderlin^[11] disse, que se veem impelidos a agarrar o relâmpago com as próprias mãos.

O último dos motivos da tristeza do pensamento é a constatação final de que o “domínio do pensamento, da inquietante velocidade do pensamento exalta o homem acima de todos os seres vivos. No entanto, ele torna-o um estranho em relação a si mesmo e à enormidade do mundo”, pois “o pensamento humano parece ter horror ao vazio.”

No derradeiro capítulo do seu livro, Steiner faz reflexões sobre Deus, afirmando que o “homo tornou-se sapiens e os processos cerebrais evoluíram quando se colocou a questão de Deus” que parece “ser própria e exclusiva da espécie humana”, já que é “concebível que formas mais elevadas de vida animal contornem a consciência, o mistério das suas próprias mortes.”

Apenas o ser humano é capaz “para afirmar ou negar a existência de Deus”, razão pela qual “a existência e a morte, na medida em que pertencem a Deus, são os objetos perenes do pensamento humano.”

Questões como a existência, a mortalidade e o divino jamais poderão ser subtraídas de “nossa humanidade”, pois, finaliza Steiner, “é a vertigem da interrogação que ativa uma vida examinada.”

NOTAS:

[1] <http://expresso.sapo.pt/sociedade/2017-06-10-George-Steiner-O-verdadeiro-crime-e-viver-demasiado-1>, acessado em 15 de dezembro de 2017.

[2] <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0709200306.htm>, acessado em 15 de dezembro de 2017.

[3] Título original: “Dix raisons (possibles) à la tristesse de pensée”.

[4] Publicada em Portugal na Coleções Edições 70, Editora Almedina, 1993.

[5] Certamente não concordam com Steiner os zen-budistas, visto que o elemento central do zen-budismo (levado à China em 520 d.C. pelo monge indiano Bodhidharma) é a “busca da iluminação espontânea, como resultado do esvaziamento da mente, sem a necessidade de argumentos racionais, textos ou rituais. Em outras palavras, o zen cria as condições

ideais para que a confusão mental, que impede a clareza da mente, seja substituída pelo insight direto. (...) Na meditação zen, o que vemos não pode ser descrito”, pois o seu objetivo “é esvaziar o conteúdo da mente, que não faz parte dela.” (O Livro das Religiões, São Paulo: Globo Livros, 1ª. edição, 2014, páginas, 160/163).

[6] Para a psiquiatria, uma *“forma de insanidade mental em que o indivíduo dirige a atenção para um só assunto ou tipo de assunto.”*. Por extensão, refere-se a uma *“atividade dirigida para uma ideia fixa.”* (Aurélio).

[7] Hélio Pellegrino - [psicanalista](#), [escritor](#) e [poeta brasileiro](#) - afirmou que quando o torturado se cala e não morre, o torturador fica *“reduzido a uma sombra achatada, na poeira e na lama. O torturador, se não destrói a sua vítima, está destruído. O silêncio dela o condena à morte. Ao mesmo tempo, não pode eliminá-la fisicamente. A morte corporal do torturado levanta frente ao torturador um infinito muro de silêncio. A não fala do torturador, com sua morte, ganha valor absoluto, e implica a absoluta negação do torturador.”* (“O tesouro encontrado”, prólogo do livro “Em busca do tesouro”, de Alex Polari, Rio de Janeiro: Editora Codecri, 1982, p. 15).

[8] Talvez, segundo o autor, a exceção estaria no caso de gêmeos verdadeiros ou siameses, que poderiam *“representar um caso-limite.”*

[9] Alexander Pope (1688-1744), poeta, tradutor e escritor, nascido em Londres no dia 21 de maio de 1688. Faleceu em Twickenham, Inglaterra, no dia 30 de maio de 1744.

[10] Segundo Steiner, possivelmente, *“o ódio seja um dos nossos gestos mentais mais vitais e vibrantes de energia. Ele é mais intenso, mais coeso do que o amor (tal como Blake o intuiu). Está muitas vezes mais próximo da verdade do que qualquer outra revelação do ser.”*

[11] Johann Christian Friedrich Hölderlin, poeta lírico alemão (1770/1843).

A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA NA DECISÃO DO JUIZ: UMA VISÃO PELA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ANDRE BORGES COELHO DE MIRANDA FREIRE:
Advogado. Graduado do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB.

Resumo: Trata-se da influência da doutrina na decisão judicial, sob o prisma da teoria da argumentação jurídica. Passa-se pelas diversas fases da hermenêutica jurídica, até chegar à retórica. Conclui-se que a influência da doutrina é marcada na decisão dos juízes, pois ela forma parte do que se entende em sentido lato por dogmática jurídica, que tem função de simplificar e automatizar a aplicação do direito.

Palavras-chave: doutrina; argumentação jurídica; decisão judicial.

Sumário: 1. Introdução: no caminho para compreender a decisão do juiz; 2. Breve Histórico da Posição da Doutrina no Direito; 3. Crítica à concepção tradicional da teoria das fontes; 4. Evolução kelseniana; 5. Mudança de paradigma sobre as decisões jurídicas: desconstrução sem reconstrução; 6. Explicação retórica da decisão; 7. Discurso jurídico como discurso dialógico; 8. A doutrina na decisão; 9. A construção doutrinária da exceção pré – executividade; 9. Visão da teoria da argumentação de Robert Alexy sobre a Doutrina; 10. Sentido da influência da doutrina nas decisões judiciais: o valor justiça; 11. Conclusão: limites e cautela no uso da doutrina no discurso prático jurídico; 12. Referências.

“- Estamos no cerebrarium?

– Que é isso?

– É nosso laboratório da mente.

Aqui se fabrica a substância cerebral para os teóricos.

– É que os teóricos necessitam de um cérebro especial? ”[1]

1. Introdução: no caminho para compreender a decisão do juiz

Nas próximas linhas, tratar –se – á de um dos temas mais controversos e menos estudados do direito, a relação entre doutrina e decisão. Escrever –se – á

no campo da Teoria Geral do Direito. Cuida –se de tema de grande utilidade prática, ligado a diversos campos do direito, dos estudantes de direito – que lidam quase que exclusivamente com a doutrina – até os mais diversos profissionais da seara jurídica.

O foco é certamente a decisão do juiz, não olvidando o fato de que um dia foi o magistrado acadêmico de direito. A experiência mostra que ele nunca se desliga de seus livros, acabando que a doutrina tem uma influência preponderante na decisão. Pode –se arriscar dizer que a lei é vista pelas lentes dos doutrinadores.

Após história da doutrina, passar –se – á pelas teorias tradicionais acerca do tema, para chegar –se às mais recentes ideias sobre a influência da doutrina no direito, pois foi só a partir de certo nível de desenvolvimento do pensamento jurídico que se pôde perceber e, posteriormente, aceitar a função da doutrina no direito. Com isso, tentar –se –á entender o modo de entrada dela na decisão jurídica, assim como o seu sentido e função.

O objetivo maior deste trabalho é contribuir para entender a decisão jurídica e o modo como se chega à decisão. Está –se, portanto, no campo, por excelência, da argumentação jurídica. Daí a escolha do enfoque retórico para o presente trabalho e o uso dos mais novos conhecimentos do campo, rompendo –se diversos mitos sobre a decisão no direito, a exemplo do da vinculação total da decisão à lei, o que, se não é mais defendido por parte majoritária da doutrina, nunca deixou o direito.

2. Breve Histórico da Posição da Doutrina no Direito

A doutrina jurídica, variou em importância ao longo da história. Em Roma, a chamada Jursiprudência era considerada, como se verá, autêntica fonte do direito. Tem, posteriormente forte expressividade com a Escola de Bolonha. Na Modernidade, com o monopólio do direito pelo Estado, a doutrina é relegada, quando muito, a fonte secundária no direito, como se verá abaixo. O escopo desse trabalho é mostrar, no entanto, que, mesmo com essa visão da doutrina, ela continua a ser parte de extrema importância na decisão jurídica, em especial sob uma visão retórica da decisão jurídica.

Em Roma, inicialmente, a ciência do direito era inexpressiva, pois o colégio dos pontífices, reunião dos chefes religiosos máximos, tinha a prerrogativa de

influenciar na jurisdição ao dizer que dias eram ou não apropriados para determinadas atividades – eram os chamados dias fastos ou nefastos. Essa situação perdurou até o fim da República. Com a divulgação dos calendários dos pontífices por *Cnaeus Flavius* e a influência da dialética estoica sobre os romanos, abriu – se espaço para o pleno desenvolvimento da doutrina em Roma. [2]

Ademais, o jurisconsulto romano tinha três funções: *cavere*; *agere* e *respondere*. A primeira consistia em aconselhar os cidadãos, no que diz respeito à celebração e redação dos negócios jurídicos; a segunda incluía a direção técnica do pleito, funcionando o jurisconsulto como espécie de conselheiro que atuava em juízo e a terceira era a resposta a consultas feitas em abstrato acerca das questões de Direito.[3]

Depois de Cneu Flávio, o direito é sistematizado e surgem os grandes escritores de obras jurídicas, como Quinto Múcio Cévola, Cícero e outros, na República Romana. No Principado, a ciência jurídica continua a se desenvolver, havendo a famosa disputa entre as duas escolas de jurisconsultos, os proculeanos e os sabinianos. Finalmente, a produção doutrinária do direito declina no Dominato, vivendo esse direito do passado glorioso, devido, em grande parte a jurisconsultos geniais.[4] Como momento importante, lembre – se da edição da lei das Citações, de 426, que definiu quais eram os juriconsultos cujas opiniões deviam ser seguidas, sua ordem hierárquica de importância e critérios para solucionar conflitos entre as opiniões deles .[5]

Observa – se que, na Alta Idade Média a doutrina perdeu força, vivendo – se das compilações de direito romano, usadas muitas vezes pelos povos “bárbaros” e dos costumes e direitos específicos de cada povo. A certa altura da Idade Média, retoma – se o estudo do direito romano, como na Escola de Bolonha, contribuindo esses estudos de ciência do direito para a importância desse direito na Europa até o século XIX e depois disso, até atualmente, indiretamente em muitas disposições dos Códigos Civis da tradição romanista.[6]

Na Modernidade, consuma – se o processo de monopolização do direito pelo Estado e a doutrina é relegada, quando muito, a fonte secundária do direito. Afinal, numa visão legalista ou normativista vale apenas a lei ou o que o Estado produz, autoriza ou reconhece.[7] Com a evolução da filosofia da linguagem e da teoria da interpretação, aceita – se cada vez menos a vinculação dos textos

normativos à decisão e cresce a importância, ainda que informal da doutrina no direito, cuja inserção nas decisões pode ser explicada com noções de retórica.

Observa – se, ademais, um retorno na atualidade ao contexto romano de importância aberta da doutrina, com citações doutrinárias explícitas em decisões judiciais, inclusive nas Cortes Supremas de países como o Brasil. Passado o período de desconfiança prévia sobre tudo aquilo que o Estado não produz, ver – se – á que a doutrina tem importância complementar importante à dos textos normativos.

3. Concepção tradicional da teoria das fontes e sua crítica

Essa visão aqui descrita ainda está muito impregnada dos primeiros entendimentos de positivismo, em que só valia o que estava escrito no código e nada mais. Esse momento do direito nasce sobretudo na França pós – revolucionária, em que havia muita desconfiança em relação aos juízes, tidos como partidários do Antigo Regime, sendo necessário criar – se a codificação. Há, além disso, o fim político de controlar a produção do direito, o que é comprovado por exemplo pelo fato de que Napoleão participou de várias das reuniões que resultaram na produção do Código de 1804. Bonaparte teria dito inclusive que, da sua atuação como político, o que restaria seria a codificação, o que provou ser realidade. [8]

A teoria das fontes coloca a doutrina como última das fontes, fonte indireta. Alega – se que ela não pode ser obrigatoriamente adotada pelos órgãos aplicadores e produtores da lei. Tal é opinião de Recaséns Siches, quem concede que, mesmo assim, a doutrina influi sobre o pensamento dos legisladores, advogados e juízes, assim como na formação de convicções populares. Para o jurista, a maneira mais comum de entrada formal da doutrina no ordenamento é pela jurisprudência dos tribunais. [9]

No entanto, dentro da concepção silogística tradicional, a aceitação da doutrina só pode ser feita através do ordenamento jurídico positivo e serve como fonte suplementar para colmatar as lacunas da lei e, mesmo assim, para essa visão, essa tese é complicada, pois a lei, sobretudo dentro da codificação, contemplaria todos os casos.[10] Havia nesse período a ficção do legislador universal, aquele que atuaria perfeitamente, incluindo todos os possíveis casos e

dando a melhor solução para eles. Nesse contexto, seria o juiz mera boca da lei, como queria Montesquieu, na sua rígida separação dos Poderes.

Nessa contexto, frequentemente, a doutrina foi encoberta sob o rótulo de princípios gerais do direito, que seriam para muitos os princípios que podem ser extraídos do ordenamento como um todo. Nossa Lei de Introdução às normas do direito brasileiro aceita, por exemplo, os princípios gerais do direito, no art. 4º.[\[11\]](#)

4. Mudança de paradigma sobre as decisões jurídicas: desconstrução sem reconstrução

Observa – se que, com o envelhecimento das codificações, experiência, assim como desenvolvimentos teóricos, a concepção sobre a decisão jurídica vai mudando completante, o que será ilustrado com algumas posições conhecidas.

Kantorowicz, por exemplo, criticou a existência da lógica formal no direito, opondo a isso uma forma de organização do direito que visava competir com a estatal.[\[12\]](#) Para Jerome Frank, representante do Realismo Jurídico Americano, o silogismo não existe e os homens em geral não pensam silogisticamente; na verdade, parte – se das conclusões, formuladas hipoteticamente, para as premissas.[\[13\]](#) Joaquín Dualde, por sua vez, diz ser a interpretação concebida nos moldes de uma intuição, cabendo ao juiz, como um ator, viver o drama vivo já descrito anteriormente pela lei, cabendo a ele incorporar ao drama os preceitos vivificados através da intuição.[\[14\]](#)

Essas ideias acima expostas, embora tenham conseguido desconstruir o modo de pensar tradicional da decisão, não obtiveram êxito para explicar como realmente se procede na decisão jurídica.

5. Evolução kelseniana

Kelsen faz a célebre divisão entre interpretação autêntica e não autêntica. Para ele, a autêntica é aquela que é feita pelo funcionário estatal que tem competência para tal, enquanto a não – autêntica é aquela feita pela ciência do direito, que aliás é tema principal de sua Teoria Pura do Direito, que pretende separar o estudo do direito de outras esferas. Note – se que o austríaco não identifica a interpretação autêntica com a decisão correta, apenas com aquela que tem coercitividade estatal. Assim, já se supera a concepção silogística que crê

que é simples enquadrar fatos a normas. Ele considera assim a interpretação autêntica como ato de vontade e a não – autêntica, como ato de conhecimento.[\[15\]](#)

No último parágrafo de sua Teoria Pura, ele descreve o que seria a função da doutrina jurídica: interpretar cientificamente as normas para mostrar que elas têm significados muito equívocos e, assim, conseguir que “a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica”.[\[16\]](#)

Note – se, ainda, que o normativismo de Kelsen, ao considerar como direito tudo o que o Estado produz, reconhece ou autoriza é mais flexível que o positivismo legalista, ao abrir a opção de, como fez o Código Civil de 1907 da Suíça, consagrar expressamente a doutrina como recurso para o preenchimento de lacunas.[\[17\]](#)

Afigura – se necessário, finalmente, frisar que Kelsen flexibiliza a visão silogística do direito, ao mencionar uma moldura de significados contida numa norma única. [\[18\]](#)

Após concepções destruidoras das codificações, como as de Kantorowicz, Geny e Ehrlich, Kelsen recupera o positivismo, com uma concepção de direito bastante avançada para a época. Aceita as normas individuais, que não teriam apenas caráter declaratório, mas também constitutivo, o que contribui certamente bastante para a maior aceitação atual da função da doutrina no direito.[\[19\]](#)

6. Explicação retórica da decisão

Por volta da década de sessenta, no entanto, começou – se a tentar explicar a decisão retoricamente, conseguindo –se uma explicação mais convincente da decisão jurídica.

Um dos avanços dessa nova era foi entender o direito a partir de problemas, *topoi* ou *loci*. Nessa empresa, lançou – se Theodor Viehweg. [\[20\]](#) Na tópica, usam – se esses lugares, que resumem em si os argumentos mais gerais que não podem nem sequer ser previstos. Não é por acaso que a doutrina faz seus estudos assim, por tópicos.

Para a visão retórica, na sua decisão, o juiz usa silogismos retóricos, concluídos a partir de premissas prováveis.^[21] O entimema é o silogismo retórico e caracterizado por não apresentar explicitamente todas as premissas ou até a conclusão. A omissão de partes é, assim, estratégica, de acordo com os diversos objetivos de quem o faz.

Talvez a chave de compreensão da tópica e da retórica esteja exatamente em adotar aquilo que é provável. Num mundo em que o consenso é cada vez mais difícil, com a crescente complexificação social característica da modernidade, talvez não seja má ideia abandonar o certo pelo que é verossímil ou provável. É exatamente essa abertura que traz flexibilidade e torna esses dois campos promissores.

No entanto, é também daí que vêm as críticas. A retórica, na sua origem grega, está ligada aos sofistas, muito criticados por vender opiniões. Eles não acreditavam numa única verdade e valorizavam a maneira de expressar as ideias.^[22] Por isso que até hoje se critica a retórica como algo ligado à mentira. No entanto, os que fazem isso se olvidam de que ela é intrínseca à linguagem humana e, como não podia ser diferente, à argumentação jurídica.^[23]

Está –se aqui no campo da ética, campo por excelência da retórica, sendo extremamente difícil, para não dizer impossível, provar verdade nesta seara.^[24]

Voltando à teoria, útil aqui é a ideia de entimema, o silogismo retórico, que é um silogismo incompleto, em que só se explicitam algumas premissas, mormente aquelas mais aceitáveis pelo público. Como já se disse acima, a ideia de verossimilhança é importante, sendo as premissas do entimema frequentemente verossímeis e não categoricamente tidas como verdadeiras.^[25]

7. Discurso jurídico como discurso dialógico^[26]

Para entender – se melhor a decisão, é preciso entender o discurso judicial. Discussão é ação linguística formada por ato de perguntar e de responder. Após ação do orador, pode – se dar uma reação ativa do ouvinte, *dubium*, ou ação passiva, *certum*.

O discurso tem caráter de discussão, uma de cujas espécies é o discurso dialógico, em que o ouvinte se interessa de modo ativo, apto a intervir. O objeto desse discurso é o *dubium*, possibilidades em alternativa, pressupondo mais de

uma solução a um problema, podendo haver soluções inclusive incompatíveis. Essas premissas conflitivas pedem uma decisão que opte por uma determinada solução, estabelecendo – se um estado de segurança. Essa decisão requerida caracteriza a discussão como discussão – contra, pois gira em torno de interesses e não, soluções verdadeiras.

Transpondo esse modelo do discurso dialógico para o discurso judicial, o que é possível, pelas muitas semelhanças, temos um relacionamento entre pessoas que buscam uma decisão segundo certas regras, as normas jurídicas. Os emissores são os decisores e os receptores, aqueles que devem tomar a decisão como diretriz para seu comportamento. As reações nas pessoas são diferentes. Nos emissores, há – se tendência à objetividade e nos receptores, um estado vivencial profundo. Pela repercussão na sua vida, os receptores tentam influenciar como podem a decisão.

Observam – se aí, ainda, dois aspectos: um egocêntrico, fundado nos interesses exclusivistas do receptor e um cooperativo, constituído do auto – reconhecimento do lugar e função de cada pessoa.

8. A doutrina na decisão

Na formação da premissa maior dos entimemas decisórios, a doutrina exerce profunda influência, pois o magistrado procura nela pontos de vista de apoio para a utilização de pontos de vista. As decisões, estruturadas por entimemas são essencialmente reprodutoras da doutrina dominante e ela é dominante exatamente porque atinge maior nível de razoabilidade, no sentido da lógica do razoável, de Recaséns Siches. [27] Embora a razoabilidade seja o principal critério para escolher e usar determinada orientação doutrinária, às vezes, pelo simples motivo da fama do doutrinador, segue – se seu posicionamento, usando –se um *topos* de qualidade, a que alude Perelman. [28]

E o que é mais razoável em determinada época pode ser aquilo sobre o que há consenso, no sentido da teoria de Jürgen Habermas. Lembra –se aqui a distinção de Rousseau entre vontade de todos e vontade geral, mas, sabendo –se da inatingibilidade da verdade na ética, tem o jurista de resignar –se à aceitação do consenso, frequentemente o consenso da doutrina, empregando –se um *topos* de quantidade. [29]

Observa – se que, como a doutrina dominante é considerada a mais razoável, como é geralmente um argumento de autoridade e como frequentemente não precisa ser explicitamente justificada por geralmente estar implícita, é razoável entender que ela é aceita em bloco e sem reservas, o que corrobora ainda mais sua importância preponderante.

Essa construção da doutrina dominante, ainda fora da decisão surge, como se viu, por argumentos formados por *topoi* de quantidade, pelo grande número de citações que há sobre o autor e pelo de qualidade, a opinião de um especialista sobre determinada doutrina. [\[30\]](#)

Especialmente nos casos mais equívocos, o magistrado se vê confrontado com o *dubium*, havendo uma insatisfação axiológica do juiz, que leva – o a buscar na doutrina um ponto de vista especial para solucionar o problema.

9. A construção doutrinária da exceção pré – executividade

Nas linhas seguintes, tentaremos expor um caso importante de construção doutrinária que demonstra perfeitamente a justeza de nosso raciocínio sobre a entrada retórica da doutrina na decisão judicial. Trata – se da exceção da pré – executividade.

No recebimento da petição inicial da execução, o juiz deve examinar se há todos os requisitos necessários, a saber: a existência de título executivo hábil, legitimidade ativa e passiva adequadas. Dada a natureza do processo, no entanto, é possível que vícios formais ou materiais passem despercebidos ao magistrado, especialmente no casos de credores falsos ou maliciosos. [\[31\]](#)

O processo de execução tem por objetivo que o Estado force alguém a cumprir obrigação que já é sua, não se discutindo seu mérito. Dessarte, não se espera do juiz, *a priori*, que examine, de início a veracidade do título de dívida, por exemplo. É processo de cognição sumária. [\[32\]](#) A discussão judicial versa, portanto, sobre o não cumprimento de uma obrigação existente, liquidez, certeza e exigibilidade do título.

Ademais, o devedor não é citado para constestar a ação, sendo citado apenas, no prazo de 24 horas para pagar ou penhorar bens para tal finalidade, como dispõe o artigo 652 do Código de Processo Civil. [\[33\]](#)

O único meio processual adequado para contestar a execução é ação incidental de embargos à execução, que é ação autônoma, para alguns. Contudo, não se apresentam como a solução satisfatória, pois somente pode ser oposto após realizar penhora suficiente para garantir o juízo.[\[34\]](#)

Nesse cenário, como fica a situação de um suposto devedor que nada deve e terá seus bens atingidos talvez com consequências irreversíveis?

A questão foi suscitada de fato, em 1966, quando a siderúrgica Mannesmann estava sendo executada por títulos extrajudiciais que buscavam realizar penhoras sobre rendas e depósitos bancários da empresa, o que a paralisaria. No entanto, tais títulos continham assinaturas falsas de um diretor da empresa, produzidos por interessados em que a siderúrgica tivesse graves problemas financeiros. Foi nesse caso e contexto que o eminente Pontes de Miranda foi chamado a produzir um parecer que se tornaria célebre e consagrado pela doutrina posterior e jurisprudência.[\[35\]](#)

O seguinte trecho do parecer de Pontes de Miranda ilustra bem a questão:

Quando se pede ao juiz que execute a dívida, tem o juiz de examinar se o título é executivo, seja judicial, seja extrajudicial. Se alguém entende que pode cobrar dívida que consta de instrumento público, ou particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, e o demandado – dentro das 24 horas – argüi que o instrumento público é falso, ou de que a sua assinatura, ou de alguma testemunha, é falsa, tem o juiz de apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou sofrer a penhora. Uma vez que houve alegação que importa oposição de ‘exceção pré-processual’ ou ‘processual’, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva.[\[36\]](#)

Parece claro que nada de mau há em que o magistrado avalie os pressupostos do processo de conhecimento de tal ação a partir de informação do executado, embora não haja previsão legal para tal.

Atualmente, embora a questão já houvesse sido largamente pacificada doutrinariamente e jurisprudencialmente, encontra – se a questão sumulada pela súmula 393 do STJ, de 2009.[\[37\]](#)

Observe – se aqui a proposta de esquema geral das várias ações em que se aceitou a exceção da pré – executividade. Tentar – se – ão expor as premissas que levaram a isso, sem a pretensão de exaustividade, dado o caráter entimemático dos silogismos no direito.

Premissa maior: A lei não permite que o devedor se manifeste quando aparentemente são preenchidos todos os requisitos para o processo de execução. Todavia, a experiência mostra que muitas vezes já se executaram dívidas, cujos títulos foram reputados posteriormente falsos. Ademais, há um *topos* de qualidade como posição de Pontes de Miranda, que admite a exceção da pré – executividade. Além desse, há outro *topos*, um de quantidade, já que a doutrina aceita largamente a admissão dessa exceção. Há também numeros casos jurisprudenciais nesse sentido e, inclusive, uma súmula do STJ. Não quer também o juiz que sua decisão seja revisada em instância superior. Finalmente, se realmente houver um vício nesse pedido de execução e tal for feita inadequadamente, as consequências nefastas para o devedor podem ser irreparáveis.

Premissa menor: Tem – se um processo de execução nas condições acima descritas.

Conclusão: Permite – se que o suposto devedor se manifeste com relação a vícios formais ou materiais do processo, para que se evite um dano maior e até irreparável.

Note – se, ainda, que esses elementos doutrinários presentes na premissa maior, são, como já foi dito, razoáveis e fruto de consenso expressivo, como é perfeitamente o caso.

Lembre – se, novamente, que, por se tratar de um silogismo retórico, entimema, muitas dessas premissas não serão sequer mencionadas, o que tem muitas vezes a função estratégica de imunizar contra contestações aquilo que é provável de ser contestado.

10. Visão da teoria da argumentação de Robert Alexy sobre a Doutrina[\[38\]](#)

Afigura – se bastante interessante a posição de Robert Alexy sobre a posição da doutrina na argumentação jurídica. Esse autor, assim como alguns outros, propõe – se fazer uma teoria da argumentação racional e,

para não ser abertamente retórico, aceitando a frouxidão da argumentação jurídica, pretende pôr amarras à argumentação jurídica, estabelecendo e mostrando regras que são ou devem ser seguidas na obtenção de uma teoria da argumentação jurídica racional. Ele reconhece, no entanto, que, dos diversos elementos presentes na argumentação jurídica a ciência do direito é a que apresenta a discussão mais livre.

Ele vê na ciência do direito algumas funções importantes, a de estabilização, fixando e fazendo reproduzíveis determinadas soluções a questões práticas; função de progresso, oferecendo sistematicamente comprovações e diferenciando os enunciados dogmáticos; descarga, adotando nas fundamentações dogmáticas enunciados já comprovados e aceitos, não sendo necessária nova comprovação; técnica, de construir conceitos básicos gerais, formas de enunciados, instituições jurídicas, entre outros; de controle, aferindo a consistência da argumentação jurídica e, por fim, heurística, com vários modelos de solução prontos para serem usados.

Assim, ele pretende que, por essas funções, a ciência do direito e sua argumentação dogmática trazem as vantagens da universalidade e da racionalidade.

11. Sentido da influência da doutrina nas decisões judiciais: o valor justiça

Para Goffredo Telles Jr, esses *topoi* usados no direito estão intrinsecamente ligados a valores, em especial o da justiça.^[39] Assim, a meta do magistrado é alcançar a decisão com justiça. Como vimos, na discussão dialógica da decisão judiciária, o magistrado é o lado que tenta objetivar ao máximo seu trabalho. Faz – lo aqui com auxílio desses *topoi*, embora não consiga se desvincular dos valores.

Note – se, ainda, que uma decisão assim funciona de acordo com o direito positivo. Primeiro, porque obriga – se o magistrado a ter uma formação jurídica oficial, durante a qual terá inevitavelmente intenso contato com trabalhos doutrinários e segundo, porque há instâncias superiores para corrigir porventura valores sociais adotados que não correspondam aos de determinada sociedade ou aos das leis então vigentes.^[40] Afinal, como afirma Engisch, os valores a serem adotados pelo juiz devem ser aqueles da sociedade na qual estão inseridas as partes^[41], ainda que na pós – modernidade tal desiderato esteja cada vez mais inatignível.

Lembre – se, ainda, que a noção de auditório é sempre importante, como nos lembra Perelman.^[42] O juiz escolhe determinada orientação doutrinária ou interpretação dos textos normativos de acordo com o tipo de auditório que tem ou terá diante de si, mormente juízes, as partes e os juízes de grau superior que poderão reformar sua decisão; pois a constante reformas das sentenças de um juiz no segundo grau acabam por desacreditá – lo.

Adicione – se a distinção que Perelman faz entre auditório particular e auditório universal. O primeiro tem um sentido mais restrito e é de mais fácil persuasão, por permitir o uso de *topoi*, por exemplo. Já no auditório universal se englobaria toda a humanidade racional e teria – se que demonstrar todos os passos argumentativos, não se pressupondo quase nada de comum.^[43] Note – se que esse conceito é ideal, pois é quase impossível haver um consenso e uma argumentação completamente racional.

Parece adequado comparar o auditório do juiz, na sua decisão, ao auditório particular; pois, embora se devam satisfações a toda a sociedade, imediatamente o que interessa é a persuasão das partes, dos advogados e dos juízes de instâncias superiores de que essa foi a melhor decisão. Assim, o juiz pressupõe como alicerce comum, ao menos dos advogados e juízes de instâncias superiores a doutrina geralmente aceita, com seus diversos *topoi*.

Finalmente, compreenda – se a função da doutrina na decisão. Ela cria determinadas amarras no magistrado, as quais impedem ou dificultam decisões arbitrárias, contribuindo para realizar a ideia de sociedade aberta dos intérpretes (da Constituição) à qual alude Peter Häberle.^[44] Afinal, os doutrinadores não falam apenas por si mesmos, mas são porta – vozes não só dos que têm o direito como profissão, mas também da sociedade em geral, sendo a doutrina, portanto, um importante mecanismo de adaptação do direito.

12. Conclusão: limites e cautela no uso da doutrina no discurso prático jurídico

Conclui – se assim que a aparição da doutrina na decisão é mais sutil do que se imagina. O juiz é levado, assim, por três principais razões a usar a doutrina: pela sua formação universitária, que consiste essencialmente de estudos de doutrina; pela forma como as leis se apresentam, com diversos signos doutrinários, dado que o Congresso Nacional dispõe de vários consultores jurídicos e pelo objetivo

final do direito que é o de solucionar problemas, organizando – se a doutrina topicamente, o que facilita em larga medida o trabalho do magistrado.

Nota – se, ainda, que a doutrina influencia de forma dominadora e não servil, ao bel uso do magistrado, como se quer frequentemente dizer. Ademais, o direito positivo do Estado não está contra o uso da doutrina, até porque há a proibição do *non liquet*.^[45]

Perceba – se que, atualmente, as citações doutrinárias vêm sendo cada vez mais explicitadas em votos de magistrados, mormente nos Tribunais Superiores, em que, inclusive, cita – se, às vezes, doutrina produzida extra – judicialmente pelos próprios magistrados.

Creemos que, diante de muita crítica ao uso explícito da doutrina, essa não deve ser censurada, pois é feita dentro do esquema do discurso prático jurídico, que, diferentemente do discurso prático geral, está amarrado por diversos critérios e regras, principal dos quais é a vinculação aos pressupostos dogmáticos.^[46]

Perceba –se que é –se adepto da retórica no que tange à explicitação de como ocorre a decisão judicial. Daí não decorre que se aceite que qualquer premissa possa ser usada. Nesse ponto, aceita –se o método hermenêutico – concretizador de Müller, que não cabe ser aqui detalhado, mas que, em linhas gerais no processo da concretização normativa, em que se chega do texto normativo às normas prolatadas pelos juízes e sua execução, há diversos passos, destacando –se a vinculação relativa aos textos pré –determinados.^[47] No entanto, como há muitos outros passos, é imprescindível o auxílio da doutrina, pois o juiz não é o juiz Hércules^[48] de Dworkin, que consegue chegar à única decisão correta, se é que existe, sozinho.

Por último, expresse – se a preocupação em relação à produção venal da doutrina, que inobserva o parâmetro da justiça balizada pelo consenso e pela razoabilidade, a que se alidiu acima. O magistrado deve ter discernimento para não seguir orientações doutrinárias que se orientem por interesses bastante específicos, usando para isso, inclusive, o *topos* da quantidade, notando o isolamento de determinadas posições doutrinárias, em determinados casos.

Referências:

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Dispõe sobre o direito processual civil brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Acesso em: 15/04/2013.

_____. Decreto – Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Regula as normas do direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 15/04/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 393*. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=s%FAmula+393&b=SUMU>. Acesso em: 15/04/2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/464/433>>. Acesso em: 13/04/2013.

DUALDE, Joaquín. *Una Revolución en la Lógica del Derecho*. Barcelona: Ed. Bosch, 1963.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Direito Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Influência da doutrina jurídica nas decisões judiciais*. João Pessoa: União Cia. Editora, 1977.

GUTIER, Murillo Sapia. Exceção de pré-executividade na execução fiscal e o atual posicionamento do STJ acerca de sua admissibilidade. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9718>. Acesso em: 15/04/2013.

HAESER, Moacir Leopoldo. *Exceção de pré –executividade*. Disponível em:< <http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/moacirhaeser/excecaoopreexecutividade.htm>>. Acesso em: 17/02/2013.

JHERING, Rudolf von. *Bromas y veras em la jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1974.

KANTOROWICZ, H.U. *La lucha por la ciencia del Derecho*. In *La ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1949.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*(Vol. 2). Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962.

MEIRA, Sílvio A. B. *Curso de Direito Romano: História e Fontes*. São Paulo: LTR Editora, 1996.

OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*. Revista Doxa, n. 14, 1993.

MIRANDA, Pontes de. *Dez Anos de Pareceres*. São Paulo: Editora Francisco Alves, 1974,

NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição. São Paulo: Editora RT, 2004, p.106.

PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS – TYTECA. *Traité de L' Argumentation*. Bruxelas: Edições do Instituto de Sociologia da Universidade Livre de Bruxelas, 1970.

REIS, Cláudio Araújo. *Vontade geral e decisão coletiva em Rousseau*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732010000200003&script=sci_arttext. Acesso em: 14/04/2013.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro. *História e Teoria das Fontes do Direito Romano*. Disponível em : <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8MQGPW/historia-teoria-das-fontes-do-direito-romano-daniel-cabaleiro-saldanha.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15/02/2013.

SICHES, Luis Recaséns. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. Vol. I. México: Editorial Porrúa, 1963.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 7. Recife: Universitária, 1995.

TAPAI, Marcelo de Andrade. *Exceção de pré-executividade: uma construção doutrinária*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=866>>. Acesso em: 17/04/2013.

TELLES JR, Goffredo. *O Direito Quântico*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1967.

NOTAS:

[1] JHERING, Rudolf von. *Bromas y veras em la jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1974, p. 306 (tradução livre do autor).

[2] MEIRA, Sílvio A. B. *Curso de Direito Romano: História e Fontes*. São Paulo: LTr Editora, 1996, p. 99.

[3] SALDANHA, Daniel Cabaleiro. *História e Teoria das Fontes do Direito Romano*. Disponível em : <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8MQGPW/historia-teoria-das-fontes-do-direito-romano-daniel-cabaleiro-saldanha.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15/02/2013.

[4] MEIRA, Sílvio A. B. *Curso de Direito Romano: História e Fontes*. São Paulo: LTr Editora, 1996, p. 141-146.

[5] RECASENS SICHES, Luis. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. Vol. I. México: Editorial Porrúa, 1963, p. 172.

[6] MEIRA, Sílvio A. B. *Curso de Direito Romano: História e Fontes*. São Paulo: LTr Editora, 1996, p. 232 e 233.

[7] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215-217.

[8] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 72-75.

[9] RECASENS SICHES, Luis. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. Vol. I. México: Editorial Porrúa, 1963, p.172.

[10] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 65.

[11] BRASIL. Decreto – Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Regula as normas do direito brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm >. Acesso em: 15/04/2013.

[12] KANTOROWICZ, H.U. *La lucha por la ciencia del Derecho*. In *La ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1949, p.329.

[13] *Ibidem*, p.335.

[14] DUALDE, Joaquín. *Una Revolución en la Lógica del Derecho*. Barcelona: Ed. Bosch, 1963, p.87.

[15] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*(Vol. 2). Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962, p. 292-299.

[16] *Ibidem*, p. 296 -298.

[17] FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Influência da doutrina jurídica nas decisões judiciais*. João Pessoa: União Cia. Editora, 1977, p.33.

[18] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*(Vol. 2). Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962, p. 296-298.

[19] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*(Vol. 2). Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962, p. 292-299.

[20] VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. Munique: C.H.Beck, 1974, p. 32 -35.

[21] FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Influência da doutrina jurídica nas decisões judiciais*. João Pessoa: União Cia. Editora, 1977, p.56.

[22] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 263-266.

[23] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 185 e 186.

[24] Ibidem.

[25] SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 7. Recife: Universitária, 1995, p. 251-273.

[26] FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Direito Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.78.

[27] FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Influência da doutrina jurídica nas decisões judiciais*. João Pessoa, 1977, p.68.

[28] PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS – TYTECA. *Traité de L' Argumentation*. Bruxelas: Edições do Instituto de Sociologia da Universidade Livre de Bruxelas, 1970, p. 119 -124.

[29] REIS, Cláudio Araújo. *Vontade geral e decisão coletiva em Rousseau*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732010000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 14/04/2013.

[30] PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS – TYTECA. *Traité de L' Argumentation*. Bruxelas: Edições do Instituto de Sociologia da Universidade Livre de Bruxelas, 1970, p. 410.

[31] HAESER, Moacir Leopoldo. *Exceção de pré –executividade*. Disponível em:< <http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/moacirhaeser/excecaoopreexecutividade.htm>>. Acesso em: 17/02/2013.

[32] TAPAI, Marcelo de Andrade. *Exceção de pré-executividade: uma construção doutrinária*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=866>>. Acesso em: 17/04/2013.

[33] BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Dispõe sobre o direito processual civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 15/04/2013.

[34] NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição. São Paulo: Editora RT, 2004, p.106.

[35] GUTIER, Murillo Sapia. Exceção de pré-executividade na execução fiscal e o atual posicionamento do STJ acerca de sua admissibilidade. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9718>. Acesso em: 15/04/2013.

[36] MIRANDA, Pontes de. *Dez Anos de Pareceres*. São Paulo: Editora Francisco Alves, 1974, p. 132.

[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 393*. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=s%FAmula+393&b=SUMU>. Acesso em: 15/04/2013.

[38] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 257-263.

[39] TELLES JR, Goffredo. *O Direito Quântico*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1967, p. 225-229.

[40] FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Influência da doutrina jurídica nas decisões judiciais*. João Pessoa, 1977, p.105.

[41] ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. Dúvida – falta página

[42] PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS – TYTECA. *Traité de L' Argumentation*. Bruxelas: Edições do Instituto de Sociologia da Universidade Livre de Bruxelas, 1970, p. 40 -46.

[43] Ibidem.

[44] COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/464/433>>. Acesso em: 13/04/2013.

[45] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.217-218.

[46] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 209-217.

[47] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 236-250.

[48] OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*. Revista Doxa, Alicante, n. 14, 1993, p. 170-172.

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DO CADE QUE APURA A PRÁTICA DE CARTEL

BEATRIZ DE ANDRADE CHAVES:

Advogada Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna.

RESUMO: Em processos submetidos à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que tratam de infrações cometidas em concurso de dois ou mais agentes econômicos, entre as quais se destaca a prática de cartel, a doutrina é divergente sobre a existência de litisconsórcio passivo necessário entre aqueles apontados como agentes do ato ilícito. Trata-se de questão de suma importância, na medida em que, caso se reconheça a ocorrência do litisconsórcio passivo necessário em processo administrativo do CADE, a presença de todos os envolvidos no ilícito julgado pela autarquia em um mesmo processo consistiria verdadeiro requisito à validade da decisão proferida. Diante disso, o presente trabalho busca analisar as figuras do litisconsórcio passivo necessário no âmbito do processo civil e administrativo, perquirindo acerca de sua exigência no processo administrativo que julga a prática de cartel, bem como as consequências de sua adoção ou não no caso concreto.

Palavras-chave: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Litisconsórcio passivo necessário. Cartel.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O processo administrativo no CADE. 2. O litisconsórcio passivo necessário no processo civil. 3. O litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo. 4. O litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo do CADE que apura prática de cartel. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é um órgão judicante, vinculado ao Ministério da Justiça, com jurisdição em todo o território nacional, criado pelo art. 8º da Lei 4.137/62 e transformado em autarquia federal pela Lei 8.884/94. A autarquia integra, juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico vinculada ao Ministério da Fazenda (Seae/MF), o denominado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC” (SBDC), nos termos da Lei 12.529/11.

Ao CADE incumbe fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, de modo a assegurar a prevenção e a repressão dos referidos abusos, cabendo-lhe, ainda, o papel de difundir a cultura da concorrência.

O CADE é a última instância administrativa, a quem cabe o julgamento dos processos previamente instruídos pelas secretarias, sendo responsável pela decisão final sobre matéria concorrencial.

Em processos submetidos à análise do CADE, que dizem respeito a infrações cometidas em concurso de dois ou mais agentes econômicos, das quais se destaca a prática de cartel, diverge a doutrina acerca da existência de litisconsórcio passivo necessário entre aqueles apontados como agentes do ato ilícito.

Trata-se de questão de suma importância, que merece uma análise mais atenta, na medida em que, caso se reconheça a ocorrência do litisconsórcio passivo necessário em processo administrativo do CADE, a presença de todos os envolvidos no ilícito julgado pela autarquia em um mesmo processo consistiria verdadeiro requisito à validade da decisão proferida.

1. O processo administrativo no CADE

Entre as competências atribuídas ao CADE pela Lei 12.529/11, e complementadas pelo Regimento Interno do CADE, estão, em resumo, as funções preventiva, repressiva e educativa.

Os atos de concentração, ligados ao papel preventivo desempenhado pela autarquia, correspondem, em apertada síntese, à análise pelo CADE de atos que possam, de alguma forma, colocar em risco a livre concorrência.

Já os processos administrativos em sentido estrito são aqueles ligados ao papel repressor do CADE, promovidos com a finalidade de apuração e punição de práticas anticoncorrenciais, tais como os cartéis. São sobre esses processos, portanto, que voltaremos nossas atenções.

A figura do cartel pode ser definida como um acordo de cooperação firmado entre empresas com o objetivo de controlar um mercado, limitando a concorrência por meio da predeterminação de preços.

Assim sendo, torna-se evidente que a prática de cartel pressupõe o envolvimento de, no mínimo, duas empresas. Daí o questionamento de ser ou não obrigatória a presença de todas as empresas envolvidas no cartel no mesmo processo como litisconsortes.

Tanto a legislação administrativa específica quanto a doutrina tratam da questão da existência de litisconsórcio passivo necessário entre todos os apontados como envolvidos no ilícito de forma bastante superficial.

É o que se depreende da análise do conteúdo da Lei 12.529/11, que trata do processo administrativo no CADE e da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, na medida em que ambas não possuem qualquer dispositivo que obrigue a presença de todos os supostos agentes infratores em um mesmo processo.

Ora, diante da lacuna existente no tratamento da questão, e com fincas na previsão do art. 115 da Lei 12.529/11, que autoriza a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Civil aos processos administrativo e judicial previstos por aquela lei, torna-se imperiosa a análise do tratamento dispensado ao instituto do litisconsórcio passivo necessário na legislação processual civil para, a partir daí, indagar sobre a aplicabilidade do mesmo no processo administrativo no qual se apura a prática de cartel.

2. O litisconsórcio passivo necessário no processo civil

O litisconsórcio encontra-se tratado no Título II, do Livro III, da parte geral do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

Por litisconsórcio deve-se entender, no ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, “a hipótese em que uma das partes do processo se compõe de várias pessoas”.^[1]

Ainda conforme o ilustre jurista:

o que justifica o acúmulo subjetivo, *in casu*, é o direito material disputado tocar a mais de um titular ou obrigado, ou é a existência de conexão entre os pedidos formulados pelos diversos autores ou opostos aos diversos réus.^[2]

O art. 113 do CPC prevê as hipóteses que autorizam duas ou mais pessoas a litigar, no mesmo processo, ativa ou passivamente. A primeira delas, a existência de comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; a segunda, quando entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; e a terceira e última terá lugar quando ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

A existência do litisconsórcio se sustenta, principalmente, nos princípios da celeridade e da economia processual.

O litisconsórcio pode ser classificado, quanto à uniformidade da decisão para os litisconsortes, em simples e unitário. Será unitário quando a decisão proferida tiver que ser obrigatoriamente uniforme para todos os litisconsortes e simples quando a decisão puder ser diferente para cada um deles.

Quanto ao momento de sua formação, o litisconsórcio pode ser inicial ou posterior (incidental), sendo inicial o que já nasce com a propositura da ação e incidental aquele que nasce com a ação já em curso, como é o caso, dentre outros, da hipótese de o magistrado determinar ao autor que cite os litisconsortes necessários, nos termos do que prescreve o parágrafo único do art. 115 do Código de Processo Civil.

Relativamente à posição na demanda, o litisconsórcio poderá se formar entre autores (quando será ativo), entre réus (quando será passivo) ou entre autores e réus (quando será misto).

Por fim, o litisconsórcio é classificado quanto à obrigatoriedade de sua formação, desdobrando-se entre facultativo e necessário. Enquanto naquela sua formação fica a critério da oportunidade e conveniência das partes, que optam ou não pela sua constituição, ocorre o litisconsórcio necessário quando a presença de todos os litisconsortes no feito for absolutamente imprescindível para o desenvolvimento do processo até o provimento final.

Da análise do art. 114 do CPC o que se infere é que o litisconsórcio necessário terá lugar ou quando a lei assim o determinar ou em razão da natureza da relação jurídica, nos casos em que a decisão proferida pelo juiz tenha que ser a mesma para todos os litisconsortes.^[3]

O mesmo dispositivo legal, em sua parte final, informa que a não observância do litisconsórcio necessário macula o processo. Com efeito, a obediência da exigência do litisconsórcio necessário, ativo ou passivo, aparece como verdadeira condição de eficácia da sentença.

Valiosa é a lição de Humberto Theodoro Junior sobre o tema:

O que, de fato, torna necessário o litisconsórcio é a forçosa incidência da sentença sobre a esfera jurídica de várias pessoas. Sem que todas estejam presentes no processo, não será possível emitir um julgado oponível a todos os envolvidos na relação jurídica material litigiosa e, conseqüentemente, não se logrará uma solução eficaz do litígio.^[4]

Daí a conclusão de que a imposição da observância do litisconsórcio necessário tem por escopo principal assegurar a aplicação plena do devido processo legal, e, por consequência, dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, incisos LIV e LV, que dispõem, respectivamente, que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* e que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes.”*

De fato, não se pode admitir que uma decisão gere efeitos que serão sentidos por parte que não integrou a lide e a quem, portanto, não foi assegurada a participação na construção do provimento final.

O intuito é, portanto, garantir que terceiros só sejam atingidos pelos efeitos de uma decisão se a eles for aberta a oportunidade de se manifestar, em obediência às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3. O litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo

Com visto, em que pese o fato de o tema do litisconsórcio ser objeto de diversos estudos, sendo matéria já bastante esmiuçada, especificamente quanto ao campo processual administrativo há significativa defasagem sobre o mesmo, mormente em relação ao direito da concorrência.

É precisamente em razão de os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa serem aplicáveis ao Processo Administrativo, como expressamente previsto pela Constituição Federal de 1988, que se torna possível concluir pela possibilidade de ocorrência do litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo.

A esse respeito, confira-se a lição de Hely Lopes Meirelles:

Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificamente, da garantia de defesa.^[5]

Mais especificamente sobre a conjugação das garantias constitucionais com a possibilidade de existência do litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo, lecionou Flávio Luiz Yarshell, no I Seminário de Direito Administrativo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ocorrido em 1º de outubro de 2003:

(...) eu sugiro aos Senhores que reflitam sobre o tema da necessidade, da unitariedade no Processo Administrativo, impondo a presença de certas pessoas. Aí não é mais dado

facultar a presença dessas pessoas, o órgão que preside deve determinar a presença porque a regra no jurisdicional, aplicável ao administrativo, é: se o litisconsórcio é necessário a sentença dada sem a presença do litisconsorte necessário é inútil; não produz efeitos. Então, para que ela seja dada de forma útil é preciso que eu dê oportunidade do contraditório, o que me parece válido para o Processo Administrativo de um modo geral.^[6]

4. O litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo do CADE que apura prática de cartel

Apurada a possibilidade da existência do litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo, resta-nos perquirir acerca de sua ocorrência no processo administrativo do CADE que apura a prática de cartel.

Aqueles que entendem existir litisconsórcio necessário entre os envolvidos na prática do cartel afirmam ser indefensável a ideia de o feito ser decidido de maneira não uniforme para todos os acusados de integrar o suposto conluio.

No entanto, em que pese tal entendimento, nos posicionamos no sentido de que, em caso de instauração de processo administrativo para apurar prática de cartel, não constitui requisito de validade do feito que todos os acusados do ilícito integrem a lide como litisconsortes.

Isso porque, o caso não se encaixa em qualquer das hipóteses que o enquadrariam, nos termos do art. 114 do CPC, como tal.

Primeiro porque, conforme já salientado, inexistente disposição de lei - tanto a Lei 12.529/11 quanto a Lei 9.784/99 são omissas quanto ao tema - que obrigue a presença simultânea de todos os supostos praticantes do cartel analisado pelo CADE no polo passivo do feito.

Segundo, porque entendemos não se tratar o cartel de prática que obrigue o CADE a decidir de modo uniforme para todas as partes, na medida em que nos parece bastante tranquila a ideia de que, ao analisar a prática de cartel, há possibilidade de a autarquia concluir que determinado agente incorreu na

mencionada prática e, por outro lado, absolver outro, de modo que a lide não tem que ser necessariamente decidida de maneira uniforme para todos os envolvidos.

Nesse sentido a Nota Técnica nº 144/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE, em parecer emitido nos autos do processo administrativo nº 08700.001486/2017-74, instaurado em 19 de maio de 2017 de 2017 e publicado em 12.12.2017:

Ressalta-se que, uma vez que a acusação de cartel pressupõe o envolvimento de pessoas, em princípio, com níveis distintos de participação nas infrações denunciadas, há um ensejo à individualização das responsabilidades como decorrência do princípio da distribuição da justiça, segundo o qual deve haver uma distribuição equitativa e apropriada dos benefícios ou encargos de acordo com as circunstâncias particulares dos indivíduos envolvidos.

Em verdade, o reconhecimento da obrigatoriedade da uniformidade do provimento final para os Representados e a consequente conclusão pelo litisconsórcio necessário estariam em desacordo com o princípio da individualização das responsabilidades em conformidade com as respectivas participações na infração, levando à violação do princípio da distribuição de justiça e à distorção da atuação da Administração conforme a Lei e o Direito.

Assim, a sentença de mérito não será necessariamente uniforme para cada um dos Representados. Ao contrário, a prática demonstra que o Tribunal Administrativo do Cade, quando do julgamento de um mesmo cartel, tende a determinar multas e obrigações de fazer ou não fazer assaz distintas a cada um dos Representados, dada a necessidade de dosimetria da multa. Mais importante, não é raro o Cade, de um lado, condenar alguns dos Representados e, de outro, absolver parcela dos Representados, em razão de os indícios inicialmente obtidos não terem sido comprovados em relação a eles.^[7]

Mas a não exigência do litisconsórcio passivo necessário se justifica ainda pelo fato de a decisão do CADE não ter o condão de interferir na esfera jurídica de

quem não integrou a lide, preservando-se, portanto, as garantias constitucionais desses, que só poderão ser condenados após serem demandados em outro processo.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o litisconsórcio necessário só *“tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo”* ¹⁸¹ o que, como visto, não é o caso da decisão do CADE em processo administrativo que apura prática de cartel.

Outro argumento que solidifica a tese de inexistência de litisconsórcio passivo necessário no caso sob exame provém de uma incursão na seara do direito processual penal. É que, em casos de denúncia oferecida pelo Ministério Público, em crimes de ação pública, que não abranja todos os indivíduos acusados de praticar determinado crime, inexistente nulidade a macular o processo, conforme entendimento pacificado do STF, cabendo ao Ministério Público ou aditar a denúncia ou oferecer nova denúncia a qualquer tempo:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA CONSTANTE DE EXAME PERICIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. DENUNCIA. POSSIBILIDADE DE ADITAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. I - Ao contrário do que argumenta a impetração, a autoria delitiva não se limitou a sindicância, mas baseou-se, também, em outros elementos de prova, inclusive no exame documentoscópico para verificação da autenticidade de manuscritos e assinaturas dos acusados, a partir da colheita de material gráfico. II - Inocorrência de vício de fundamentação, porquanto a sentença e o acórdão apreciaram todas as teses da defesa, sem ferir os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. III - No tocante a alegação pertinente a eventual inobservância do princípio da indivisibilidade da ação penal, a jurisprudência desta Corte consagra a orientação segundo a qual o princípio da indivisibilidade não se aplica a ação penal pública, podendo o Ministério Público, como dominus litis, aditar a denúncia, até a sentença final, para inclusão de novos reus, ou ainda oferecer nova denúncia, a qualquer tempo, se ficar evidenciado que as supostas vítimas

tenham conhecimento ou poderiam deduzir tratar-se de documento falso. IV - Habeas corpus indeferido.” – STF – Primeira Turma – HC 71538/SP – Relator Ministro Ilmar Galvão – DJ 05.12.1995

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. OFENSA. INEXISTÊNCIA. 1. O princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública. Daí a possibilidade de aditamento da denúncia quando, a partir de novas diligências, sobrevierem provas suficientes para novas acusações. 2. Ofensa ao princípio do promotor natural. Inexistência: ausência de provas de lesão ao exercício pleno e independente de suas atribuições ou de manipulação casuística e designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça. Ordem indeferida.” STF – Segunda Turma – HC 96700/PE – Relator Ministro Eros Grau – DJ 17.03.2009

Ora, se no processo penal, com conteúdo visivelmente mais protecionista do que o processo administrativo que tramita pelo CADE, a inexistência de todos os acusados no polo passivo não gera a nulidade do processo, com muito mais razão não deve retirar a validade deste último a ausência de todos os apontados como praticantes do conluio como litisconsortes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no presente estudo, concluímos pela inexistência de litisconsórcio passivo no processo administrativo do CADE que apura prática de cartel.

Com efeito, seja em razão de não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas no art. 114 do Código de Processo Civil, seja em razão de a decisão do CADE não interferir na esfera jurídica de terceiro que não tiver ingressado a lide, e, portanto, manter incólumes os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, seja, ainda, em consequência da aplicação analógica do procedimento penal no processo administrativo, torna-se evidente que o litisconsórcio entre os acusados de cartel não pode ser entendido como necessário.

De todo modo, de se dizer que há que se prestigiar o litisconsórcio facultativo entre os envolvidos na prática do cartel, sendo aconselhável que o processo administrativo do CADE investigue todos os seus integrantes, salientando, apenas, que a autarquia poderá julgar posteriormente aqueles que eventualmente não integrarem a lide, sem que nenhum prejuízo decorra de tal procedimento.

REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 333.

LUCHESES, Leandro dos Reis. MADRUGA, Ravi Augusto de Abreu Coutinho. **Nota técnica 144/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE**, Brasília: 2017, disponível em <www.cade.gov.br/>, acesso em 02.01.2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 588.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 50. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 107.

YARSHELL, Flávio Luiz. **As partes no processo Administrativo e a legitimação dos interessados**. In: Seminário de Direito Administrativo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, I, 2003, São Paulo, disponível em <www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/5flavio_luiz1.htm> a cesso em 02.01.2017.

NOTAS:

[1] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 50. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 107.

[2] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p. 107.

[3] “Art. 114. *O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes*”.

[4] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 111

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 588.

[6] YARSHELL, Flávio Luiz. *As partes no processo Administrativo e a legitimação dos interessados*. In: Seminário de Direito Administrativo do TCMSP, I, 2003, São Paulo, disponível em <www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/5flavio_luiz1.htm> acesso em 02.01.2017.

[7] Nota técnica da lavra de Leandro dos Reis Lucheses, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental e Ravvi Augusto de Abreu Coutinho Madruga, Coordenador(a)-Geral, nos autos do processo administrativo nº 08700.001486/2017-74, datado de 12.12.2017, disponível no sítio do CADE www.cade.gov.br/

[8] STF – RT 594/248

CRÍTICA AO FIM DO AGRAVO RETIDO E AO ESTABELECIMENTO DE UM ROL TAXATIVO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS AGRAVÁVEIS NO CPC-15

MAURÍCIO SCHIBUOLA DE CARVALHO:
Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pós Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

RESUMO: O presente artigo analisa o estabelecimento de um rol taxativo para as hipóteses de agravo de instrumento, a questão da preclusão das decisões interlocutórias e o fim do agravo retido, na sistemática do Código de Processo Civil de 2015, traçando, com enfoque crítico, as possíveis consequências advindas dessas mudanças.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Agravo de instrumento. Rol taxativo. Agravo retido. Preclusão.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O rol taxativo das decisões interlocutórias agraváveis; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe algumas mudanças relevantes em matéria de recursos, cabendo aqui destacar o fato de ter suprimido algumas das espécies antes existentes, como o agravo retido. Além disso, passa a prever, no artigo 1.015, um rol taxativo de tipos de decisões que podem ser impugnadas por meio de agravo de instrumento, em se tratando de processo de conhecimento.

Em suma, agora, há decisões interlocutórias agraváveis, por meio de agravo de instrumento e desde que estejam previstas no Código de Processo Civil, e há decisões não agraváveis. É sobre essas mudanças que o presente artigo tratará, em que pese ainda ter havido outras tantas em matérias de recursos e, mais especificamente, sobre o próprio agravo.

2. O rol taxativo das decisões interlocutórias agraváveis

A primeira das críticas a ser feita é em relação à fixação do rol taxativo. É certa a intenção do legislador de diminuir o excesso de recursos e dar maior celeridade ao processamento dos feitos, buscando, assim, evitar recursos e

incidentes meramente protelatórios. Porém, não parece que será esse o efeito. Cabe, aqui, destacar que, em verdade, não se trata de uma novidade no sistema processual brasileiro, pois tal previsão já se fez presente outrora.

Isso porque, antes mesmo do Código de Processo Civil de 1973, o CPC-39, em seu art. 842[1], já previa um rol taxativo para as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Nota-se da leitura do professor Juvêncio Vasconcelos Viana que desde aquela época já havia uma crítica a essa restrição, *in verbis*:

O art. 842 trazia um rol de situações que davam ensejo ao agravo de instrumento, sem excluir outras situações que a lei expressamente permitisse. Mas, essa tentativa de exaurir na lei todas as situações agraváveis de instrumento era criticada desde aquela época. Sugeria-se, então, o cabimento amplo do agravo de instrumento contra quaisquer decisões interlocutórias - como acabou acontecendo no Código de Processo de 1973 -, ou que, ao menos, se tivesse um recurso contra aquelas situações de perigo de dano. [2]

Diante das críticas feitas ao CPC-39, o rol taxativo acabou por restar suprimido no CPC-73. O Ministro Buzaid, na Exposição de Motivos do CPC-73, citado em estudo do Ministério da Justiça[3], explicou o motivo da mudança:

A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correição parcial e o mandado de segurança. Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias. É mais uma exceção. O projeto a introduziu para ser fiel à realidade da prática nacional.[4].

Em decorrência do excesso de interposição de agravos de instrumento, foi criada a Lei nº 11.187/05, a qual, na tentativa de diminuir tal demanda, estabeleceu que, a partir de então, o agravo de instrumento seria exceção. Contudo, conforme pode ser conferido da pesquisa financiada pelo Ministério da Justiça e feita pela UFPE e UFBA[5], no ano posterior à promulgação da lei, a quantidade de agravos de instrumento até diminuiu, mas, logo em seguida, o número voltou a subir. Os principais motivos para isso acontecer foram: a percepção pelos advogados de que tinham mais chance de êxito ingressando com o agravo de instrumento do que com o retido e o fato de os relatores raramente fazerem a conversão daqueles nestes.

A precariedade das decisões dos Juízos *a quo* é também causa do excesso de recursos, pois uma decisão mal feita além de acarretar a frustração das partes, também faz crescer o trabalho argumentativo do Juízo *ad quem*. O professor Dierle Nunes aduz que, em outros sistemas jurídicos, percebeu-se a tibieza do

contraditório pela falta de efetivo debate, especialmente no juízo de primeiro grau, como outro dos fatores determinantes para a utilização das vias recursais[6]. O estudo financiado pelo Ministério da Justiça demonstrou haver outras causas, tais como o aumento no número de processos, em geral, e também no número de recursos, o baixo número de conversões do agravo de instrumento em agravo retido, e o relativamente pequeno número de provimento do agravo retido em comparação com o índice de êxito do agravo de instrumento.[7]

Prossegue o supracitado estudo com o dado de que as hipóteses de irrecorribilidade do ainda projeto à época representavam pouco menos de 12% dos agravos de instrumento interpostos no Tribunal de Justiça da Bahia, por exemplo. Isso demonstra que haverá pouca mudança no número de agravos de instrumento nos tribunais, os quais versam majoritariamente sobre tutelas provisórias, o que já poderia ser constatado sem necessidade de maiores pesquisas por quem trabalha cotidianamente com tais recursos.[8]

O problema fica com a parcela de matérias não abarcadas pelo art. 1.015 do CPC-15. Havendo urgência e não se podendo esperar até a apelação, não haveria recurso cabível, restando à parte ingressar com mandado de segurança cujo tempo para processamento e onerosidade são muito maiores do que o de um agravo de instrumento.

Fredie Didier[9], no ano de 2010, antes do art. 1.015 ter alguns incisos acrescentados, enumerou algumas matérias que se encontravam fora do rol, dentre elas algumas que não foram acrescentadas posteriormente, a exemplo das decisões interlocutórias: a) não autorizando formulação de pergunta a testemunha; b) decidindo sobre o valor da causa; c) decidindo sobre incompetência relativa; d) não admitindo reconvenção; e) indeferindo petição inicial de oposição; f) não aceitando comportamento processual do assistente; g) considerando intempestiva a juntada aos autos do parecer do assistente técnico; h) determinando a exclusão de documentos dos autos; i) rejeitando o pedido de invalidade do processo em razão da não intervenção do Ministério Público ou da não designação do curador especial; j) não autorizando a realização de certo meio de prova.

Além dos casos apontados pelo ilustre professor, ainda pode-se verificar o esquecimento do ato decisório suspendendo processo indevidamente, cuja consequência será a paralisação da marcha processual, quando, na realidade, deveria prosseguir, distanciando-se, assim, da celeridade.

Certamente, dentre as matérias esquecidas pelo NCPC, a mais criticada é a decisão sobre incompetência relativa. Isso porque se trata de impugnação muito comum de acontecer na prática, mas que foi esquecida pelo legislador.

Os doutrinadores Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier veem como solução fazer uso da interpretação extensiva dos incisos do art. 1.015, afirmando ser possível interpretar extensivamente rols taxativos. Assim, seria possível ampliar o leque de possibilidades, o que é permitido no nosso ordenamento, consoante

jurisprudência do STJ[10]. Os autores utilizam como fundamento, para ser cabível o agravo de instrumento em decisões versando sobre competência relativa, a interpretação extensiva do inciso III do art. 1.015[11], com base nos seguintes argumentos: a) a decisão sobre convenção de arbitragem é, na verdade, sobre competência, querendo também afastar o juízo da causa; b) não se admitindo o agravo de instrumento, acabaria a discussão sobre o foro de eleição, porque o reconhecimento somente na apelação da incompetência do juízo seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente incompetente; c) a decisão sobre foro de eleição é um negócio jurídico processual, bem como a convenção de arbitragem.

Ainda segundo os autores, o ato decisório que declinasse de competência para a Justiça do Trabalho seria irrecurável caso não seja admitido o uso do agravo de instrumento, porque:

Caso não seja possível impugná-la imediatamente pelo agravo de instrumento, a decisão se tornaria rigorosamente irrecurável, já que o TRT, ao julgar o recurso ordinário contra a futura sentença do juiz trabalhista, não poderia rever a decisão proferida no juízo comum – o TRT somente tem competência derivada para rever decisões de juízos do trabalho a ele vinculados. [12]

Por fim, é importante pontuar que, no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis de Curitiba, foram aprovados enunciados sobre possíveis dúvidas acerca da recorribilidade de algumas matérias de decisões. O Enunciado 9 expõe não ser impugnável por agravo de instrumento a decisão que nega a redistribuição do ônus da prova, mas sim a apelação com prévio protesto. Os enunciados 29, 103, 154 e 177 são no sentido de ser cabível o agravo de instrumento, respectivamente, para os casos de: a) decisão que condiciona a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei, pois equivaleria a negá-la; b) decisão parcial que, no curso do processo, acolhe ou rejeita pedido formulado na ação ou reconvenção; c) ato decisório que indeferir parcialmente a petição inicial ou a reconvenção, com base no art. 354, § único; d) decisão interlocutória que julga procedente o pedido para condenar o réu a prestar contas, fundamentada no inciso II do art. 1.015.

Diante de todo o exposto, percebe-se ter o Novo Código criado mais problemas do que soluções com o estabelecimento de limitações materiais para a impugnação das decisões interlocutórias, inobservando o fato de ter essa sistemática já fracassado na vigência do CPC de 1939.

3. Conclusão

Analisando, especificamente, as alterações supracitadas, pode-se concluir que:

a) aparentemente, o número de agravos de instrumento não irá ter a diminuição esperada, a ponto de dar maior celeridade em seu processamento nos tribunais e, por outro lado, é provável o aumento da utilização de mandados de segurança atacando decisões;

b) o fato de a impugnação das decisões não agraváveis ocorrer em sede de apelação ou contrarrazões à apelação pode ser bastante prejudicial, não só à parte, mas também ao processo como um todo, comprometendo princípios basilares, como o da segurança jurídica, o da economia processual e o da cooperação.

4. Referências

BRASIL. Ministério da Justiça. Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (coord). Programas de Pós-graduação das Faculdades de Direito da UFMG e da UFBA. 2011.

BRASIL, Senado Federal. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. 1974. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 23 de Junho de 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>. Acesso em: 29 de junho de 2015.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual. **Revista de Processo**, v. 242, p. 273-283, abr. 2015.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 241, ano 40, p. 231-242. mar. 2015.

DIDIER JR, Fredie. Editorial 82. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-82/>. Acesso em: 26 de junho 15.

NUNES, Dierle. Novo CPC potencializará os déficits operacionais. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/?idcanal=48998>. Acesso em 24 de Junho de 2015.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **História do Processo: uma análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico**. p. 15-16. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18284-18285-1-PB.pdf>. Acesso em 23 de Junho de 2015.

NOTAS:

[1] “Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). I, que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). II, que julgarem a exceção de incompetência; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). III, que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

IV, que não concederem vista para embargos de terceiros, ou que os julgarem; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). IV - que receberem ou rejeitarem “*in limine*” os embargos de terceiro. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.672, de 1965). V, que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade, (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). VI, que ordenarem a prisão; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). VII, que nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). VIII, que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). IX, que denegarem a apelação, inclusive de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). X, que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). XI, que concederem, ou não, a adjudicação, ou a remissão de bens; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). XII, que anularem a arrematação, adjudicação, ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). XIII, que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). XIV, que julgarem, ou não, prestadas as contas; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). (Suprimido pelo Decreto-Lei nº 8.570, de 1946). XV, que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). XVI, que negarem alimentos provisionais; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). XVII, que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942)”.

[2] VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **História do Processo: uma análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico**. p. 15-16. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18284-18285-1-PB.pdf>. Acesso em 23 de Junho de 2015.

[3] BRASIL. Ministério da Justiça. Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (coord). Programas de Pós-graduação das Faculdades de Direito da UFMG e da UFBA. 2011

[4] BRASIL, Senado Federal. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. 1974. p. 19. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 23 de Junho de 2015.

[5] BRASIL. Ministério da Justiça. Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (coord). Programas de Pós-graduação das Faculdades de Direito da UFMG e da UFBA. 2011.

[6] NUNES, Dierle. Novo CPC potencializará os déficits operacionais. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/?idcanal=48998>. Acesso em 24 de Junho de 2015.

[7] BRASIL. Ministério da Justiça. Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (coord). Programas de Pós-graduação das Faculdades de Direito da UFMG e da UFBA. 2011. P. 25.

[8] BRASIL. Ministério da Justiça. Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (coord). Programas de Pós-graduação das Faculdades de Direito da UFMG e da UFBA. 2011. P. 77

[9] DIDIER JR., Fredie. Editorial 82. <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-82/>

[10] STJ, 1.^a T., REsp 920.386/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17.02.2009, DJe 04.03.2009; STJ, 2.^a T., EDcl no Ag em REsp 182.036/ES, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.06.2014, DJe 18.08.2014; STJ, 2.^a T., AgRg no Ag em REsp 118.207/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j.16.09.2014, DJe 23.09.2014; STJ, 2.^a T., AgRg no REsp 1.441.427/RS, rel. Min. Humberto Martins, j.13.05.2014, DJe 19.05.2014; STJ, 2.^a T., AgRg no REsp 1.442.930/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j.15.05.2014, DJe 20.06.2014

[11] “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

(...)

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;”

[12] DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que

nega eficácia a negócio jurídico processual. **Revista de Processo**, v. 242, p. 273-283, abr. 2015.

MONITORAMENTO POR CÂMERAS NO LOCAL DE TRABALHO

ELAINE CRISTINA DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS:
Bacharelanda em Direito na Faculdade Americana -
FAM.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo levantar a questão da possibilidade de monitoramento feito por empresas, e a falta de regulamentação por parte do ordenamento jurídico em relação ao assunto, buscando como os doutrinadores, juízes e tribunais se posicionam para a elucidação da questão da utilização de câmeras de vigilância em locais efetivamente reservados à intimidade dos empregados. Pode-se perceber que apesar da falta de regulamentação, especialistas na área discordam do abuso das empresas em questão do monitoramento eletrônico, vindo a serem unânimes em dizer que a empresa deve vigiar o local efetivo do trabalho, e não locais considerados íntimos, pois estes últimos não podem ser considerados passíveis de vigilância.

Abstract: This article aims to raise the question of the possibility of monitoring by companies, and the lack of regulation by the law on the subject, looking as scholars, judges and courts are positioned to elucidate the question of the use of surveillance cameras effectively places reserved to privacy of employees. It can be seen that despite the lack of regulation, experts in the field disagree with the abuse of the companies concerned of electronic monitoring, from being unanimous in saying that the company should monitor the effective place of work, and not locations considered intimate, as these latter can not be considered capable of being monitored.

Palavras-chave: Câmeras no vestiário; videovigilância; privacidade.

Key words: monitoring dressing; privacy;

Segurança X Privacidade.

Com os avanços tecnológicos cada vez mais dominando todas as áreas de nossas vidas, temos buscado cada vez mais a segurança, mais: e a privacidade, a intimidade? Como ficam diante de tal avanço? A intimidade e a privacidade são direitos garantidos na constituição federal, mesmo assim muitos empresários preferem desafiar este princípio constitucional, “alegando segurança” muitas vezes devido ao custo desencadeado nestes locais privativos, mais à doutrinadores que acreditam que na “videovigilância” é necessário a previa comunicação ao funcionário da existência do monitoramento e deixar bem claro que não é sobre o empregado, mais do ambiente de trabalho e nele inclui-se a

saúde, segurança, meio ambiente, produção e desempenho, mais sendo repudiado a vigilância por qualquer motivo em ambientes privativos.

A Professora e Magistrada Alice Monteiro de Barros, esclarece que:

A legislação brasileira não proíbe que o poder de direção conferido ao empregador se verifique por meio de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços, o que, aliás, é uma decorrência do avanço da tecnologia e poderá consistir em um instrumento probatório valioso na avaliação da conduta do empregado.

No entanto, a doutrina e a Jurisprudência pátrias admitem o monitoramento dos empregados pelo empregador, desde que não seja em ambientes nos quais ficariam manifestas a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos trabalhadores, a exemplo de monitoramento de refeitórios, cantinas, salas de café e banheiros.

Direitos de Personalidade.

Personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica para que alguém exerça direitos e obrigações. Não se trata de um direito e sim de um conceito sobre o qual se apoiam os direitos e deveres que dela irradiam.

Ao discorrer sobre a personalidade, Maria Helena Diniz afirma:

O direito objetivo autoriza a pessoa a defender sua personalidade,

De forma que, para Goffredo Telles Jr., os direitos da personalidade são:

Os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos de personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.

Vida Privada e Intimidade.

Do ponto de vista prático, as expressões “privacidade” e “intimidade” representam os direitos (art. 5º, X, CF) que a pessoa tem de se resguardar das intromissões de terceiros na sua vida. Não se pode esquecer que o ser humano tem a vida privada e a intimidade.

A privacidade^[i] compreende todos os comportamentos e acontecimentos que o ser humano deseja que não sejam acessíveis a terceiros. Vale dizer, da sua vida privada somente participam as demais pessoas que o ser humano assim efetivamente o deseja, por manter com elas confiança ou por ter certa familiaridade. Portanto, privacidade englobaria a intimidade. Diante da violação da privacidade ou da intimidade do empregado (e de qualquer trabalhador), tem-se a caracterização de um dano moral, o qual há de ser indenizado (art. 5º, X, CF; arts. 11 e 186, CC). Exemplo:

“SITUAÇÃO VEXATÓRIA PASSADA PELA EMPREGADA. INSTALAÇÃO DE CÂMERA DE VÍDEO NO VESTIÁRIO FEMININO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. GARANTIA CONSTITUCIONAL. A todos é assegurado, por força de norma constitucional, o respeito à sua honra (art. 5º, incisos V e X). Exposta publicamente a empregada à situação vexatória em virtude do comportamento da empregadora, configura-se a ofensa ensejadora de reparação indenizatória” (TRT – 4ª R – 6ª T – RO 00078-2005-019-04-00-0 – Rel. Mário Chaves – DJRS 5/4/2006).

Na gestão da atividade econômica, o empregador detém o que se denomina de poder diretivo^[ii], ou seja, o poder de dirigir, punir e fiscalizar a prestação de serviços de seus empregados. Cabe ao empregador, como detentor dos meios de produção (a qual também é uma garantia constitucional – art. 5º, XXII), planejar e estabelecer as metas quanto ao desempenho de sua atividade empresarial. Para tanto necessita disciplinar: como a função do empregado há de ser desempenhada; quais são as tarefas ou atribuições inerentes a uma determinada função; os horários de trabalho dos seus empregados etc.

No conflito de direito com proteção constitucional, diante do caso concreto, a proteção da privacidade e da intimidade pode sofrer limitações quando se relacionarem com o desempenho profissional do empregado, não abrangendo em hipótese alguma, atos ou acontecimentos estranhos ao cotidiano da relação de trabalho.

Monitoramento Audiovisual.

A relação de emprego dá origem a uma relação jurídica entre empregado e empregador, onde ambos são titulares de direitos e deveres recíprocos, com princípios e regras regulamentadas pelo Direito do Trabalho. Para tanto, adotar o monitoramento por imagem e som, cujas razões são: o controle do acesso às dependências da empresa e trânsito de pessoas nas áreas comuns, além da proteção ao patrimônio – processos e produtos críticos. Para que não haja a violação à privacidade ou a intimidade de seus empregados e ou colaboradores, o

empregador deverá tomar alguns cuidados, pois este, assim como outros tipos de monitoração (e-mail e sites) devem seguir a alguns princípios, tais como os encontrados no grupo do art 29 da diretiva 95/46 do conselho da Europa^[iii], são eles: necessidade, finalidade, transparência, legitimidade, proporcionalidade, rigor e retenção de dados e, por final, segurança..

As câmeras não poderão estar em locais dentro da empresa que possam ser considerados como de violação a intimidade e a privacidade dos trabalhadores, tais como: vestiários, banheiros, restaurantes e áreas afins. Além disso, a câmera não deve ficar enfocada apenas no posto de trabalho de um empregado e sim do ambiente, como um todo, sob pena de vulnerar o seu direito à intimidade.

A autora Alice M. de Barros aponta:

A legislação brasileira não proíbe que o poder de direção conferido ao empregador se verifique através de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços, o que, aliás, é uma decorrência do avanço da tecnologia e poderá consistir em um instrumento probatório valioso na avaliação da conduta do empregado. Inadmissível é entender que o conjunto de locais do estabelecimento esteja sob total controle do empregador e autorizar a introdução de aparelhos audiovisuais indistintamente. Ora, há certos locais que são privados por natureza ou se destinam ao descanso do empregado, logo, não se pode permitir a instalação de um sistema de vídeo, por exemplo, em um banheiro, ou em uma cantina. A combinação de ameaças, à privacidade de dados, de invasão crescente da intimidade física e de maior vigilância de pessoal, a OIT atribui a denominação: 'química de intrusão'. A vigilância eletrônica poderá ter um futuro promissor, desde que utilizada de forma humana, combatendo-se os abusos na sua utilização e permitindo-se o acesso do obreiro às informações que lhe digam respeito.

Em relação ao monitoramento audiovisual e os demais tipos de controle eletrônico, ainda é necessário estudos científicos e uma maior discussão jurídica sobre os efeitos desses tipos de controle feito pelo empregador e seus reflexos na saúde mental do empregado. É inegável que as pessoas reagem de forma diversa em cada nova situação, sendo que a utilização dessa forma de controle, seja de forma abusiva ou não, poderá desencadear ou agravar patologias psíquicas nos empregados.

Bem como divulgá-lo a terceiros, sob pena de configurar a malignidade a dignidade e honra do trabalhador, já que coloca o funcionário em situação

vexaminosa. Por derradeiro, é mister frisar que a alegação patronal de encontrar-se a câmera desconectada da energia elétrica, ou simplesmente desligada, não exime a empresa da reparação, porquanto durante a sua permanência no vestiário da empresa, ainda que, por curto período, produz enorme "efeito psicológico", assombrando os empregados, o que configura igual e repreensível abuso de direito e não retira a ilicitude do ato, ainda sendo considerado por alguns como um "artifício ardiso e covarde que deve agravar o quantum indenizatório" [\[iv\]](#) devendo ser repudiado em qualquer circunstância.

Ao assinar um contrato de trabalho, empregado e empregador passam, ambos, a assumir direitos e deveres recíprocos. O empregador, por exemplo, passa a ter o dever de pagar o salário do empregado e o direito de vê-lo executar com zelo os serviços que lhe forem demandados, ao passo que o empregado passa a ter o direito de ter sua carteira assinada e o dever de agir com probidade.

Mesmo sendo uma prerrogativa assegurada ao empregador, certamente o poder fiscalizatório empresarial deve ser exercido dentro de certos limites. Ainda que a ordem jurídica brasileira não discipline claramente acerca deste aspecto, existem regras e princípios gerais que devem orientar o operador do direito diante dos casos concretos (CARVALHO, A., 2007, p. 109-110). Neste momento, entra em cena a nossa Constituição Federal de 1988, que assegura, entre seus direitos fundamentais, a proteção à honra, privacidade e intimidade dos cidadãos brasileiros — incluindo-se, obviamente, os trabalhadores.

No entanto em questionamento a quantidade de imagens íntimas divulgadas nos programas de televisão Big Brother Brasil, A Fazenda entre outros reality show, minha conclusão é que o vínculo jurídico não é de obrigação trabalhista, mais que na verdade a emissora compra o direito de expor a privacidade e intimidade dos participantes, como atores contratados para expor imagem que não são da vida pessoal mais que são consideradas intimidade, por exemplo, cenas de banho, de sexo, etc. Neste caso não há violação de direitos, e tanto que é um objetivo em comum entre a emissora e os participantes, em que consideram "quanto mais intimidade exposta, melhor a audiência".

Conclusão:

Posso concluir a partir deste estudo que apesar de não estar regulado em nenhuma lei, o sistema de monitoramento audiovisual em locais que caracterizam privacidade e intimidade não podem em hipótese nenhuma ser utilizados pelos empregadores, mesmo que desligado, pois também caracteriza pressão psicológica, contudo, mesmo sendo um "controle" autorizado é inadmissível a instalação do equipamento em locais assumidamente privativos, estes espaços são íntimos por natureza, afinal o poder de comando da empresa não é ilimitado.

E como na vida privada somente participam as demais pessoas que o ser humano assim efetivamente o deseja, cada um terá um parâmetro diferente de intimidade, no entanto é fácil encontrar em diversos julgados e acórdãos os magistrados considerarem violação de intimidade o monitoramento destes locais.

O monitoramento no ambiente de trabalho tem que ser divulgado e com os objetivos claramente explicados não sendo admitido o desvio de funcionalidade, pois se a finalidade for segurança, não se justificando a aplicação de penalidades disciplinares ou mesmo a dispensa de funcionários baseado nas imagens colhidas nestes recursos tecnológicos de videovigilância.

Mesmo assim temos diversas empresas que acabam preferindo arcar com os encargos atribuídos a alguns processos, que eventualmente venham a ocorrer, do que os custos de eventuais furtos nestes locais.

NOTAS:

[i]“No âmbito da esfera privada estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem de domínio público. Paulo José da Costa Júnior, ao abordar o tema, faz observar que: ‘... No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (Vertrauensphäre) ou esfera confidencial (Vertrulichkeitssphäre). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse grupo, conversações ou populo, com muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo. Por derradeiro, no âmbito da esfera privada está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (Gehemissphäre). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Conseqüentemente, a necessidade de proteção legal, contra a indiscrição nessa esfera, faz-se sentir mais intensa’.” (Ribeiro, Luis José de Jesus. *A Prova Ilícita no Processo do Trabalho*, p. 93).

Bibliografia:

Barros, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**, 2.ed. São Paulo: LTr 1997.

Barros, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do trabalho**, 7. ed. São Paulo: LTr 2011

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito individual do trabalho**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, v. 7.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, v. 1. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5 ed. São Paulo: 1999.

MATOS, Marco Tulio Tomaz de. **CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS: PROTEÇÃO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE E À HONRA DO EMPREGADO**. 2009. Disponível em: . Acesso em: 29 dez. 2009.

CORRÊA, Júlio. **Monitoramento por câmeras no local de trabalho**. 2015. Disponível em: . Acesso em: 11 set. 2015.

[iii] O Poder diretivo do empregador é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do **empregado**, em decorrência do **contrato de trabalho**, deve ser exercida.

O poder diretivo se dá por 03 maneiras:

a) o poder diretivo de organização do empregado, organização que não deve ser apenas econômica, mas técnica, ou seja, cabe ao empregador determinar as normas de caráter técnico às quais o empregado está subordinado;

b) o poder diretivo disciplinar, que é o direito do empregador de impor sanções disciplinares ao empregado, uma vez que o direito de propriedade assegura o poder hierárquico e disciplinar;

c-) o poder diretivo de controle sobre o trabalho, que dá, ao empregador, o direito de fiscalizar o trabalho do empregado, sendo estendida não só ao modo de trabalhar, mas também ao comportamento do empregado.

iii] NECESSIDADE – o empregador deve verificar se qualquer forma de monitoração é absolutamente necessária para determinado fim. Métodos tradicionais de supervisão, menos intrusivos da privacidade dos indivíduos, devem ser cuidadosamente considerados antes da adoção de qualquer monitoração das comunicações eletrônicas. [...]

FINALIDADE – Os dados devem ser recolhidos para um fim específico, explícito e legítimo, e estes dados não devem ser tratados para qualquer outra finalidade, como monitoração do comportamento do trabalhador;

TRANSPARÊNCIA – O empregador deve abster-se de fazer qualquer monitoração dissimulada do correio eletrônico, exceto em face de lei que permita; [...]

LEGITIMIDADE – O uso dos dados de um trabalhador pelo empregador deve ser feito para fins de interesses legítimos perseguidos por este e não pode violar os direitos fundamentais dos trabalhadores;

PROPORCIONALIDADE – Os dados pessoais abrangidos pela monitoração devem ser adequados, pertinentes e não-excessivos no que se refere ao fim especificado. Este princípio exclui a monitoração geral de cada mensagem de correio eletrônico [sic] e do uso da internet de todo o pessoal, para além do que for necessário para garantir a segurança do sistema. [...] (por exemplo, evitando monitoração automática e contínua);

RIGOR E RETENÇÃO DE DADOS – Quaisquer dados legitimamente guardados não devem ser mantidos para além do tempo que for necessário. Os empregadores devem especificar o período de retenção, não se tendo como normalmente justificado prazo superior a três meses;

SEGURANÇA – O direito de o empregador proteger o sistema contra vírus faz com que a abertura automatizada do correio não seja considerada [sic] uma violação do direito do trabalhador à privacidade,

DESDE QUE POSTAS EM PRÁTICA SALVAGUARDAS APROPRIADAS (BYRUCHKO JUNIOR , 2006, p.230- 231, grifo do autor).

[iv] Se eventualmente eram 'falsas' tais câmeras (o que não foi provado), o caso se agravaria, a meu ver, porque constituiria um procedimento ardiloso e covarde (veja o depoimento do preposto da reclamada, no processo 01262/2003, fl. 334: 'as câmeras nos banheiros não eram acionadas, sendo apenas câmeras 'psicológicas'; que câmeras psicológicas representam apenas o efeito de que as pessoas estariam sendo observadas' fl. 334). Não se pode ignorar que a empresa visava a intimidação ilegal de seus empregados, quando seu preposto declarou, textualmente, à f. 342 (depoimento colhido no processo 01727-2003): 'que houve contratação para instalação de câmeras reais e psicológicas [...] (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº 78/2004-103-03-40.1. 4ª T. Relator: Juiz convocado Luiz AntonioLazarim. 11 nov. 2005, grifo nosso).

AMIANTO: A VIRADA JURISPRUDENCIAL

MARIA PILAR PRAZERES DE ALMEIDA:
Advogada. Graduada em Direito pela
Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: O presente artigo trata da virada jurisprudencial ocorrida no julgamento do caso do amianto, analisando-se os precedentes do Supremo Tribunal Federal à luz dos princípios de Direito Ambiental e do fenômeno da mutação constitucional.

Palavras-chave: Amianto; Direito Ambiental; Mutação Constitucional; Inconstitucionalidade Superveniente.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do Princípio da Precaução. 2. Da proteção   saúde. 3. Da Inconstitucionalidade Material Superveniente. 4. Conclusão.

Introdução

A questão do amianto vinha sendo julgada pelo Supremo Tribunal Federal com descaso aos princípios ambientais, em especial o princípio da precaução. Felizmente, houve uma virada jurisprudencial. Neste artigo, analisa-se os precedentes do Supremo Tribunal Federal à luz desses princípios e do fenômeno da inconstitucionalidade material superveniente.

1. Do Princípio da Precaução.

O princípio da precaução orienta as normas em relação às consequências desconhecidas, embora prováveis, da atividade potencialmente poluidora. Este princípio recomenda a realização de estudos científicos prévios para que se possa mensurar os reais riscos e projetar o planejamento ambiental da atividade que possa gerar impacto para as gerações futuras.

Em relação ao amianto, antes mesmo da certeza científica acerca dos seus malefícios   saúde humana, os Tribunais Superiores deveriam ter privilegiado a proteção ao meio ambiente e a qualidade de vida da população, em detrimento de interesses meramente econômicos.

Os precedentes mais antigos do Supremo Tribunal Federal desconsideravam esta principiologia, pois, entenderam, por muito tempo, que o amianto poderia ser utilizado no Brasil, de acordo com a regulamentação da Lei nº 9.055/95, como se observa da seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PAULISTA. PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO, EXTRAÇÃO, BENEFICIAMENTO, COMERCIALIZAÇÃO, FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO QUALQUER TIPO DE AMIANTO. GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS. LEGITIMIDADE ATIVA. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do Governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática. 2. Comercialização e extração de amianto. Vedação prevista na legislação do Estado de São Paulo. Comércio exterior, minas e recursos minerais. Legislação. Matéria de competência da União (CF, artigo 22, VIII e XIII). Invasão de competência legislativa pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade. 3. Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei 9055/95). Conseqüência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria. 4. Proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente. Questão de interesse nacional. Legitimidade da regulamentação geral fixada no âmbito federal. Ausência de justificativa para tratamento particular e diferenciado pelo Estado de São Paulo. 5.

Rotulagem com informações preventivas a respeito dos produtos que contenham amianto. Competência da União para legislar sobre comércio interestadual (CF, artigo 22, VIII). Extrapolação da competência concorrente prevista no inciso V do artigo 24 da Carta da República, por haver norma federal regulando a questão. ([ADI 2656](#) / SP, Tribunal Pleno, Julgamento em 08/05/2003, Relator Ministro Maurício Corrêa).

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, nesta oportunidade, que a questão técnica sobre os efeitos danosos do amianto crisotila não deveria ser objeto de análise. A lei federal autorizava o uso desta variedade do amianto, conforme previsão no seu art. 2, *in verbis*:

Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, consideram-se fibras naturais e artificiais as comprovadamente nocivas à saúde humana.

Assim, percebe-se que o amianto crisotila estava autorizado para utilização, desde que de forma restrita, conforme os parâmetros legais.

No art. 1º da mesma lei, vedou-se a pulverização (spray) de todos os tipos de fibras, inclusive do asbesto/amianto da variedade crisotila e sua venda a granel de fibras em pó.

Entretanto, alguns trabalhadores ainda se prejudicavam com a utilização pela indústria desta modalidade de substância extremamente prejudicial à saúde.

2. Da proteção à saúde.

Dentre os valores constitucionais resguardados, a proteção à saúde se destaca nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988.

Tal direito também goza de proteção nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no art. 11 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no art. 12 do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992) e no art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador (Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999).

Uma maior proteção à saúde também se fundamenta no dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, previsto no art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988 e a proteção do meio ambiente, no art. 225, da Constituição Federal de 1988, que abrange o meio ambiente do trabalho, conforme previsão no art. 200, inc. VIII da Constituição Federal de 1988, na Seção relativa ao direito à saúde.

De acordo com a doutrina de Ana Paula de Barcellos faz parte do mínimo existencial e, portanto, constitui um direito exigível diante do Poder Judiciário, quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.

Portanto, percebe-se que o direito à saúde é um dos mais caros ao nosso ordenamento jurídico, gozando de forte proteção constitucional e convencional, fazendo parte do mínimo existencial dos direitos fundamentais.

3. Da Inconstitucionalidade Material Superveniente.

Quando ainda pairava alguma controvérsia sobre os efeitos do amianto no organismo humano, o Supremo Tribunal Federal entendia que não poderia adentrar sobre a questão e ainda que não lhe cabia proibir mercadorias em razão da livre iniciativa.

Embora a comunidade científica ainda pudesse apresentar dados inconclusivos sobre o tema, jamais um argumento econômico poderia se sobrepor à proteção de direitos fundamentais.

Sabe-se que o amianto foi banido em mais de 50 países, todas as categorias de amianto são consideradas cancerígenas, tanto pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como pela Agência Internacional para a Pesquisa sobre o Câncer. Os dados são alarmantes já que, segundo a OMS, 90.000 pessoas morrem anualmente no mundo devido à exposição do amianto no local de trabalho.

De acordo com a OMS, não há níveis de utilização segura da substância, inclusive do amianto crisotila.

Tal conclusão foi ratificada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente que também reconheceu que telhas e caixas d'água feitos de crisotila são resíduos perigosos.

No plano internacional, o Brasil assumiu compromisso de substituir progressivamente a utilização do amianto crisotila, inclusive com a ratificação da Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho, promulgada por meio do Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991.

Tal Convenção também pode ser utilizada como fundamento para embasar a possibilidade de leis estaduais se adequarem aos tratados, ainda que contrariem a legislação federal geral sobre o tema.

Pode-se tanto entender que a referida Convenção tem status de supralegalidade, por proteger o direito humano à saúde (conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários 466.643 e 349.703), como que possui status de legislação ordinária, anterior à lei 9.055/95, o que impediria que esta fosse considerada a norma geral sobre o tema.

Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa no voto-vista, quando do julgamento da Medida Cautelar na ADI 3937/SP, que restou ao final indeferida: "Não faria sentido que a União assumisse compromissos internacionais que não tivessem eficácia para os Estados e Municípios."

No mesmo julgamento, se pontuou como argumentação à mudança de entendimento a inexistência de alternativas, não há medidas intermediária à proibição para proteção ao bem jurídico.

No julgamento do mérito da ADI 3937/SP, conforme divulgação no Informativo de Jurisprudência nº 874, de acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski não há dúvida, na comunidade científica mundial e brasileira, quanto ao potencial cancerígeno de todas as variedades do amianto, inclusive do crisotila.

Para ele, ainda que houvesse alguma dúvida com relação a lesividade do amianto crisotila para a saúde humana, e o caso de se aplicar o princípio da precaução, segundo o qual, para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes, em termos de custo, para evitar a degradação ambiental.

Houve uma aplicação correta do princípio da precaução, para que prevaleça a proteção ao meio ambiente, ainda que se possa aventar alguma discussão em outros ramos do conhecimento.

Além de todas essas questões, também se mencionou que o amianto pode ser substituído por outros materiais (fibras de Poli Álcool Vinílico - PVA) e Polipropileno - PP), sem propriedade carcinogênica e recomendados pela Anvisa.

Dessa forma, pode-se dizer que o art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição de 1988, razão pela qual os Estados-Membros passaram a ter competência legislativa plena sobre a matéria até que sobrevenha eventual nova lei federal.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal ressaltou que o processo de inconstitucionalização da Lei 9.055/1995 se operou em razão de mudança no substrato fático da norma.

Ressalte-se que não se confunde o ocorrido no presente caso com a clássica lição de que não cabe inconstitucionalidade superveniente de ato normativo produzido antes da nova Constituição perante o novo paradigma.

O Supremo Tribunal Federal utilizou o termo inconstitucionalidade superveniente em sentido diverso. Neste julgamento do amianto houve mudança na situação fática subjacente à norma jurídica, ou seja, mudanças no cenário jurídico, político, econômico ou social do país e, portanto, se alterou a conclusão acerca da constitucionalidade da norma.

Na hipótese analisada, mudou-se a percepção acerca a lesividade da utilização da substância em relação ao bem jurídico saúde e meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4. Conclusão

Assim, percebe que os Tribunais Superiores podem alterar suas conclusões acerca de um determinado tema diante de alterações no substrato fático que o circunda. No caso do amianto, apesar de há décadas os especialistas alertarem sobre os riscos da utilização da substância em todas as suas categorias, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre foi refratária à sua proibição, em virtude principalmente de aspectos econômicos, ignorando por completo o princípio da precaução.

Felizmente, em julgamento recente, houve uma virada na jurisprudência que declarou a constitucionalidade de leis estaduais que aumentam a proteção ao trabalhador e ao meio ambiente em relação ao amianto. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade superveniente, em razão de alteração na matéria fática, da lei federal 9.055/95, que permitia a utilização de algumas formas do amianto crisotila.

REFERÊNCIAS:

Supremo Tribunal Federal, Órgão Plenário, ADI 3937/SP, relator originário Ministro Marco Aurélio, redação para o acórdão Mininistro Dias Toffoli, julgado em 24/8/2017.

Supremo Tribunal Federal, Órgão Plenário, ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Relator Mininistra Rosa Weber, julgados em 29/11/2017.

Supremo Tribunal Federal, Órgão Plenário, ADI 2656/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 08/05/2003.

Supremo Tribunal Federal, Órgão Plenário, Recurso Extraordinário 466.343/SP, Ministro Relator Cezar Peluzo, julgado em 03/12/2008.

Supremo Tribunal Federal, Órgão Plenário, Recurso Extraordinário 349.703/RS, Ministro Relator Celso de Mello, julgado em 12/03/2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Dados da OMS sobre o amianto. Disponível em: http://www.who.int/occupational_health/publications/asbestosrelateddiseases.pdf. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

AS TEORIAS DO CRIME E A VALORAÇÃO PARALELA NA ESFERA DO PROFANO

IGOR LEITE BRASILEIRO: Mestre em Direito do Trabalho e Relações Internacionais do Trabalho pela Universidad Nacional de Trés de Febrero (UNTREF), em Buenos Aires, Argentina; Especialista em Advocacia Criminal pela Faculdade Projeção, em Brasília-DF; Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI), em Caratinga-MG; Bacharelado em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT).

RESUMO: O presente artigo parte do conceito de crime e de seu estudo doutrinário pelo direito criminal tendo por objetivo primeiro discorrer sobre seus conceitos teóricos envolvendo três acepções: material, formal e analítico; por meio da compreensão desses enfoques é possível construir a Teoria do Crime (ou Delito), ideologia que estuda o crime como fato punível, do ponto de vista jurídico e que estabelece e analisa suas características gerais. A partir disso, passa-se ao estudo do crime que se justifica por meio de elementos que o integram, a saber: tipicidade, ilicitude e punibilidade. Estes se compõem de outros elementos ou requisitos cujo ponto de partida é a tipicidade (composta pela conduta, nexos causal, resultado e tipicidade). A explanação é importante para que se possam trabalhar as teorias da conduta. Dessa forma, há de se compreender que cada teoria está ligada a um contexto histórico que justifica a evolução do crime e suas características. A partir disso passa-se à compreensão geral do segundo elemento do crime (ilicitude), até que se possa adentrar na culpabilidade. Esta contém uma análise mais profunda, cuja compreensão se fundamenta nas teorias da culpabilidade (diga-se de passagem, com estreita relação com as teorias do crime) e comporta como requisito a “potencial consciência da ilicitude”, donde busca se justificar no erro de proibição, meio de verificar se nas condições em que se encontrava o agente tinha ele condições de compreender que o fato que praticou era ilícito. O objetivo final deste artigo é exatamente traçar este parâmetro, que é pouco conhecido e pouco apreciado na dogmática penal: valoração paralela na esfera do profano.

Palavras chave: Crime. Teoria do crime. Valoração paralela na esfera do profano.

ABSTRACT: This article sought to explain the work of the prisoner in the prison units and questioned the instrumentalization of work as an effective resocialization of the victim. The present study, focused on the area of Criminal Law and Criminal Procedural Law, also sought to elucidate better explanations about the prison system and the remission of the sentence. Therefore, the norms applicable to the execution of the sentence and social labor legislation, legal institutes were prepared to analyze the topic in question and that give the sentenced rights for their resocialization.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito de crime. 2. Fato típico. 2.1. Conduta. 2.1.1 Teorias da conduta. 2.1.1.1 Teoria naturalista ou causal. 2.1.1.2 A corrente neoclássica ou neokantista. 2.1.1.3 A teoria finalista da ação. 2.1.1.4 Teoria social da ação. 2.1.1.5 Teoria funcional. 3. Ilícitude. 4. Culpabilidade. 4.1 Evolução histórica da culpabilidade na teoria do delito. 4.2 Teorias da culpabilidade. 4.2.1 Teoria psicológica da culpabilidade. 4.2.2 Teoria psicológico-normativa ou normativa da culpabilidade. 4.2.3 Teoria normativa pura da culpabilidade. 4.2.4 Teoria estrita ou extremada da culpabilidade. 4.2.5 Teoria limitada da culpabilidade. 4.3 Potencial consciência da ilícitude. 4.3.1 Erro de proibição. 4.3.1.1 Valoração paralela na esfera do profano. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

A responsabilização por comportamentos antissociais, assim como a recompensa por comportamentos socialmente úteis, conferem a tônica necessária para que seja possível viver em sociedade. A prática de um comportamento contrário à norma, que cause um dano a um bem juridicamente tutelado, inevitavelmente causa um abalo à ordem jurídico-social, e a conseqüente responsabilização do indivíduo causador deste comportamento anti-social é imprescindível, para que este abalo não venha a se transformar em ruptura do tecido social.

Para que esta ordem jurídico-social seja mantida, possibilitando o existir da sociedade, faz-se necessário que esta responsabilidade seja corretamente atribuída ao agente. E isto se realiza - *sem prejuízo da análise de uma tipicidade e de uma antijuridicidade* - principalmente por um juízo de valoração que permita justificar porque o sujeito é reprovado, afinal o princípio da culpabilidade é um

dos pilares do moderno Direito Penal do Estado Democrático de Direito, "*Nulla poena sine culpa*".

O estudo da culpabilidade consiste na pesquisa de "defeitos" na formação da vontade antijurídica, a saber: a) na área da capacidade de vontade, por meio de defeitos orgânicos ou funcionais do aparelho psíquico; b) na área do conhecimento do injusto, sob análise de condições internas negativas do conhecimento real do que faz um indivíduo, expressas no erro de proibição; c) na área de exigibilidade, por meio de condições externas negativas do poder de não fazer o que faz: as situações de exculpação, determinantes de conflitos, pressões, perturbações, medos etc.^[1]

É importante destacar que o elemento estruturante do conhecimento do injusto, como essencial à culpabilidade, sua própria razão de ser, pela imprescindibilidade do autor saber realmente que o que faz é contrário à norma, e para isto, relevante é a questão acerca do que consiste "o substrato psíquico mínimo de conhecimento do injusto para configurar a consciência da antijuridicidade do fato"^[2]. Realmente, é imprescindível precisar o que o autor deve saber para ter conhecimento do injusto do fato e, assim, poder existir a reprovação.

Assim, procurou-se no presente trabalho, delimitar o que seria o objeto do conhecimento do injusto, a partir das principais teorias que tratam sobre o assunto, e com base nesta delimitação crítica, buscou-se a análise de critério (valoração paralela na esfera do profano) por vezes esquecido pela jurisprudência e doutrina, que podem questionar a concretude e real existência das condições internas negativas do conhecimento real do que se faz, expressas no erro de proibição, que afastam a culpabilidade do agente.

1. CONCEITO DE CRIME

De acordo com Fernando Capez,

o Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais,

cominando-lhes, em conseqüência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.^[3]

Trata-se, pois, de um conjunto de normas que regulam a atividade punitiva do Estado e que de forma racional determinam os modos e limites dentro dos quais deve se exercitar, bem como disciplinam as relações jurídicas daí derivadas para estabelecer a aplicabilidade de uma pena ou medida de segurança na eventual ocorrência de um crime.

Mas o que se entende por crime?

Em verdade o conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que torna impossível classificar uma conduta, ontologicamente, como criminosa.

De fato é a sociedade quem cria o crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. A partir disso, verifiquem-se os três prismas dispensados ao conceito de crime: material, formal e analítico.

O primeiro diz respeito àquele que busca estabelecer a essência do conceito, ou seja, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Sob o aspecto formal o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descreve como tal, pouco importando o seu conteúdo.

O aspecto analítico é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade desse enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas.

Aqui se insere o estudo da teoria do crime^[4] (ou delito), onde busca ampliar os conhecimentos sobre a origem do crime, isto é, sua história, como

também os seus principais doutrinadores; faz o sujeito cognoscível ter uma base e ter mais segurança e entendimento ao abordar os conceitos, as teorias, os caracteres e os elementos do delito.

Dessa forma, toda análise deve se orientar por certo critério, ou seja, um critério analítico. Este se traduz em critério sistemático no momento em que se toca construir o seu conceito. E é a partir desse ponto que se busca compreender as principais acepções ou correntes delineadoras do que se entende por crime.

Em síntese a teoria do delito é uma construção dogmática que proporciona um caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto. E o conceito ou a explicação a que se dá ao crime é estratificado, isto é, se integra em vários estratos, níveis ou planos de análise. Isto de forma alguma significa que estratificado seja o delito: estratificado é o conceito que do delito se obtém pela via de análise.

2. FATO TÍPICO

Os ilustres professores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli explicam que

quando se busca averiguar o que é “delito” (isto é, quais são as características que deve ter um fato para se considerado delito), necessariamente devemos buscar a resposta no Código Penal. (...) sabemos que os delitos não podem ser nada diferentes que condutas humanas, pois não tem hoje sentido falar de “delitos” que não sejam condutas humanas.^[5]

Dessa forma, o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal em seu espaço de regulação é o fato típico. Assim, se o tipo legal descrever como comportamento criminoso um fato cujas características sejam “X Y Z” e havendo a ocorrência de um fato com as características “X Y Z”, tal fato será típico, já que é subsumível à hipótese legal.

Todavia, faltando um desses elementos (seja “X”, “Y” ou “Z”), tal fato será penalmente atípico diante da ausência, distorção ou antinomia na composição de

seus elementos, já que o que se apura é um fato-infração legal, ou seja, uma infração penal concretizada, na ocorrência historicamente definida.

Dessa forma, no que atine ao fato típico é possível assegurar a existência de quatro elementos integrantes, quais sejam: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade.

2.1. Conduta

O direito pretende regular a conduta humana, não podendo ser o delito outra coisa além de uma conduta. Trata-se da ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade. Este conceito se traduz pelo fato de os seres humanos serem entes dotados de razão e vontade. Suas mentes processam uma série de captações sensoriais, transformadas em necessidades.

O agir do homem é produto de uma opção em face de uma seleção de alternativas, uma vez que, sendo racional (exceto casos patológicos), foge ao determinismo dos demais animais que agem puramente pela força de seus instintos.

Assim, o direito penal só empresta relevo aos comportamentos humanos que tenham, na vontade, sua força motriz. E as pessoas humanas conhecedoras que são dos processos causais, e sendo dotadas de razão e livre-arbítrio, podem escolher entre um ou outro comportamento. É com isso que se preocupa o direito penal.

Partindo-se deste pressuposto é que surgiram as teorias que buscam explicar a conduta (teorias da conduta) a que se passa a expor.

2.1.1 Teorias da conduta

2.1.1.1 Teoria naturalista ou causal

Esta teoria foi concebida no século XIX, no Tratado de Franz Von Liszt e perdurou até meados do século XX sob forte influência das ciências físicas e naturais e do positivismo jurídico, caracterizado pelo excessivo apego à letra expressa da lei.

Foi uma época em que a sociedade, traumatizada pelos abusos cometidos durante o período anterior (Absolutismo Monárquico que vigorou até o final do século XVIII), instalou o Estado Formal de Direito, no qual todos estavam submetidos não mais ao império de uma pessoa, mas ao império da lei.

No Estado formal e positivista não havia campo para a interpretação das normas, que deviam ser cumpridas sem discussão quanto ao seu conteúdo. O lema era: lei se cumpre, não se discute, nem se interpreta. Vale o que está escrito. Sendo que a atividade de interpretação era vista como perigosa e subversiva, o que poderia significar um retorno aos tempos de arbítrio.

Dessa forma, crime não era algo que qualquer pessoa normal considerava mal e pernicioso, mas aquilo que o legislador diz sê-lo e ponto final. Caso tenha ou não conteúdo de crime, não interessa. O que importa é o que está na lei. A configuração da conduta típica depende apenas de o agente causar fisicamente (naturalisticamente) um resultado previsto em lei como crime.

Causar objetivamente o evento, segundo a lei física da causa e efeito, era o que importava. O dolo e a culpa pertenciam ao terreno da culpabilidade, que só mais adiante era analisada.

O professor Fernando Capez assevera que

De acordo com o ensinamento de Liszt, uma modificação no mundo exterior, perceptível sensorialmente. Agir é dar causa a algum evento perceptível no mundo natural. O único nexos que importava estabelecer era o natural (da causa e efeito), desprezando-se os elementos volitivos (dolo) e normativo (culpa), cujo exame ficava relegado para o momento da verificação da culpabilidade.^[6]

Deste modo, a estrutura do crime estava dividida em três partes: fato típico + antijuridicidade (ilicitude) + culpabilidade. A parte externa do crime ficava no tipo e a interna, na culpabilidade.

Ocorre que o direito tem uma função muito mais importante do que proteger bens; ele não depende tão somente da norma, sobretudo de princípios,

valores e adequações. Sem isso, a sociedade fica ao talante da utilidade momentânea que o ditador vê em determinada norma.

Hoje a teoria naturalista ou causal está superada, já que uma conduta sem vontade é tão atípica quanto a origem de um dano por um animal ou fenômeno da natureza. Do contrário, o direito penal não conhecerá barreiras éticas ou morais à sua aplicação.

2.1.1.2 A corrente neoclássica ou neokantista

Ao que se sabe, a chamada corrente neoclássica teve em Zaffaroni um dos seus precursores críticos na América do Sul. Esta corrente surgiu como reação à concepção meramente positivista do tipo penal, vigente no sistema causal. O modelo incriminador deixa de ser visto como entidade formal abstrata, ao qual cumpria papel de simples descrição da conduta reprovável.

De acordo com o professor Antonio Luis Chaves de Camargo:

No direito penal brasileiro, a partir do código penal de 1940, embora a exposição de motivos sugira a orientação do tecnicismo jurídico, houve uma forte influência do neokantismo, que perdura até os nossos dias, não obstante a reformulação da parte geral do código penal, em 1984, que adotou o princípio da culpabilidade em toda a sua extensão.^[7]

O enfoque deixa de ser meramente objetivo e passa a ser também normativo, tornando-se impossível uma análise de mera contemplação. Assim é possível identificar alguns tipos penais que exigem expressamente a finalidade do agente, ou seja, seu elemento subjetivo, quebrando o dogma de que a vontade e a finalidade se encontram na culpabilidade

Por óbvio que a finalidade exigida pela lei nada tem de externo, objetivo, mas mesmo assim se encontrava no tipo. Como, então, afirmar que o tipo só contém aspectos concretos, visíveis externamente, e que toda e qualquer análise da parte psicológica deve ficar relegada à culpabilidade?

Esta teoria conclui que a vontade, o dolo e a culpa, pertencem ao fato típico, desmoronando o dogma causal. Isso porque já não é mais possível se sustentar que a vontade e a finalidade não pertençam ao tipo, quando este as exige expressamente para se ver configurado.

Se no tipo legal existem elementos que demandam tamanha valoração (opinião, subjetividade e interpretação), não se poderia mais continuar a chamá-lo de meramente descritivo. Os tipos passam a ser identificados como normas de cultura bastante distinta daqueles modelos ociosos do sistema anterior.

Essa mudança preparou o ambiente dogmático para a definitiva migração do dolo e da culpa para o terreno da tipicidade, e o conseqüente sepultamento do dogma naturalista. Foi um decisivo passo preparatório para teorias mais indagadoras da essência dos elementos do tipo legal e para a visão mais moderna do direito penal.

2.1.1.3 A teoria finalista da ação

O conceito finalista de ação começou a ser elaborado no final da década de 20 e início da década de 30 do século passado e teve como defensor mais ardoroso Hans Welzel, que constituiu reação diante do chamado dogma naturalista.

Welzel embasou sua tese acentuando que toda atuação própria do ser vivo se situa na esfera do ser final, demonstrando que a ação que se situa na base do crime só por intermédio da finalidade se pode conceitualizar. Evidencia-se assim a presença da primitiva visão aristotélica da conduta.

Nesse entendimento, o homem, ao atuar, antecipa mentalmente os fins que se propõe realizar e escolhe os meios para alcançá-los. Explica-se assim a estrutura ontológica da ação, distinguindo-a dos acontecimentos naturais, “esses, sim, cegos a sentidos e inelutavelmente sujeitos à causalidade”.^[8]

O doutrinador Eduardo Correia assevera que para o finalismo “não é legítimo operar um duplo conceito (ontológico e jurídico) de ação. A ação, para o direito criminal, é exatamente a ação tal como ela deve, ontologicamente, estruturar-se: é, em suma, ‘a realização de um sentido posto pela vontade’. Por isso não pode a vontade, no conceito de ação, ser tomada – como querem todas

as doutrinas não finalistas – num sentido causal-modificativo, mas antes num sentido pré-modelar final. Donde resulta que o conteúdo da vontade do agente, e por conseqüência o dolo (porquanto o dolo nada mais seria que o ‘conhecimento e a vontade do fato’) tem de considerar-se um momento da ação e não da culpa”^[9]

Nessa linha de pensamento, os questionamentos dirigiam-se à injustificável desconsideração da vontade humana na apreciação do fato típico, por parte dos causalistas: ora, se, a despeito de o resultado ser idêntico – morte -, por que o homicídio doloso é considerado um crime mais grave do que o homicídio culposo?

Deve-se concluir que essa diferença de tratamento legal não depende apenas do que causou o resultado, mas sim da forma como foi praticada a ação. A partir dessa constatação, o delito não poderia mais ser qualificado como simples desvalor do resultado, passando antes a configurar um desvalor da própria conduta.

Dependendo do elemento subjetivo do agente, ou seja, de sua finalidade, a qualificação jurídica do crime muda completamente (crime doloso, crime culposo ou crime preterdoloso). Não se pode, à vista disso, desconhecer que a finalidade, o dolo e a culpa estão na própria conduta. Registre-se também, pela mera observação externa, alheio ao que se passou na mente do autor, não se sabe qual foi o crime praticado.

Descobriu-se, assim, a finalidade, como elemento inseparável da conduta. Sem o exame da vontade finalística não se sabe se o fato é típico ou não. Partindo desse pressuposto, distinguiu-se a finalidade da causalidade, para, em seguida, concluir que não existe conduta típica sem vontade e finalidade, e que não é possível separar o dolo e a culpa da conduta típica, como se fossem fenômenos distintos.

Fernando Capez acentua que

no dizer de Welzel, causalidade é o produzir cego; finalidade é o produzir que vê. Em outras palavras, a causalidade é a relação de causa e efeito que enxergamos externamente: por exemplo, o toque do médico na região

pélvica da paciente. A finalidade, em contrapartida, é o fim visado pelo agente em sua conduta e que está em sua mente, invisível a nossos olhos: no exemplo do toque da moça despida, a finalidade pode ser tanto a vontade de efetuar um exame clínico quanto o desejo de satisfazer a própria concupiscência.^[10]

Dessa forma, não se pode mais aceitar a existência de crimes ignorando totalmente a vontade, como se as pessoas não fossem dotadas de razão e de livre-arbítrio e como se todos os resultados, a priori, fossem idênticos. Não existe conduta relevante para o direito penal se não for animada pela vontade humana.

O nosso Código Penal seguiu essa orientação, fundindo a vontade e a finalidade na conduta, como seus componentes essenciais. Em seu artigo 18, incisos I e II, expressamente reconheceu que o crime ou é doloso ou é culposo, desconhecendo nossa legislação a existência de crime em que não haja dolo ou culpa.

No caso, então, de o sujeito vir a matar alguém sem dolo ou culpa, *verbi gratiano* caso de um motorista que atropela um suicida que se joga contra o veículo em trânsito, embora o resultado tenha sido produzido, não se pode falar em crime. Pois não existe homicídio que não seja doloso ou culposo. A exclusão do dolo e da culpa leva à atipicidade do fato.

Ao direito penal não interessam os resultados produzidos sem dolo ou culpa, porque sua razão maior de existir funda-se no princípio geral da evitabilidade da conduta, de modo que só se devem considerar penalmente relevantes as condutas propulsionadas pela vontade, pois essas poderiam ter sido evitadas.

Se assim não fosse, o direito penal, além de extremamente injusto, seria totalmente inútil. De que adiante punir um relâmpago por ter incendiado uma árvore? As normas jurídicas não podem, pois, ordenar ou proibir meros processos causais, mas somente atos orientados finalisticamente ou omissões destes atos.

2.1.1.4 Teoria social da ação

Propõe esta teoria que um fato considerado normal, correto, justo e adequado pela coletividade não pode ao mesmo tempo produzir algum dano a essa mesma coletividade, e, por essa razão, ainda que formalmente enquadrável em um tipo incriminador, não pode ser considerado típico.

Um fato não pode ser definido em lei como infração penal e, ao mesmo tempo, ser aplaudido, tolerado e aceito pela sociedade. Tal antinomia fere as bases de um sistema que se quer democrático.

Assim, o conceito social reconhece que essencial é que a atuação humana implique uma relação valorativa com o mundo circundante social. A ação é, portanto, a causa de um resultado típico socialmente relevante.

A teoria da adequação social foi construída para excluir do âmbito da incidência típica algumas condutas que são socialmente toleradas, praticadas e aceitas pela sociedade. Assim, a ação seria, no entender de Hans-Heinrich Jescheck, um comportamento humano socialmente relevante.

Por conta disso o Direito Penal só deve cuidar daquelas condutas voluntárias que produzam resultados típicos de relevância social. E a partir dessa idéia decorre uma importante consequência: se o aspecto social integra o fato típico, para que o agente pratique uma infração penal é preciso que, além da vontade de realizar todos os elementos contidos na norma penal, tenha também a intenção de produzir um resultado socialmente relevante.

Em suma, a teoria da ação socialmente adequada arrima-se na consideração de que as ações humanas que não produzirem um dano socialmente relevante e que se mostrarem ajustadas à vida societária, num determinado momento histórico, não podem ser consideradas crimes.

Cumpra observar que o critério para se eleger determinada conduta-crime ou irrelevante penal, de acordo com a nocividade social do comportamento, deve ficar a cargo do legislador, detentor de mandato popular, e não do juiz, cuja tarefa consiste na prestação jurisdicional, de acordo com as regras jurídicas vigentes.

Apesar do brilho dos defensores dessa teoria, *verbi gratia* Jescheck, há que se registrar que a mesma vem sendo repudiada pela maior parte dos doutrinadores. Zaffaroni chega a mencionar que

o suposto conceito social de conduta, que de modo algum serve de ponte entre causalismo e finalismo, padece dos mesmos defeitos de qualquer conceito teórico nebuloso: na melhor das hipóteses resulta estéril, porque não se pode extrair dele nenhuma consequência prática.^[11]

E sintetiza seu raciocínio asseverando que “o conceito social de ação no direito penal nos parece impreciso no plano teórico e perigoso e inútil a nível prático”.

2.1.1.5 Teoria funcional

Desde aproximadamente 1970, começou-se a discutir e a se desenvolver um sistema entendido como racional-final (ou teleológico) ou funcional do direito penal. Os defensores desta teoria, a citar Roxin como seu maior expoente, concordam em rechaçar o ponto de partida do sistema finalista e partem da hipótese de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias, senão que única e exclusivamente pode guiar-se pelas finalidades do direito penal.

Não se trata, aqui, de uma teoria da conduta. Seu objeto de estudo não é o fato típico. Pretende explicar o direito penal a partir de suas funções. Em primeiro lugar, pretende deixar claro de que serve esse ramo do ordenamento jurídico, para, só então, conhecendo suas finalidades, resolver os mais variados problemas do cotidiano.

Trata-se do direito penal estudado, entendido e aplicado de acordo com sua função social. Daí o nome teoria funcional. Em sede de estrutura jurídica do crime, o sistema funcional trabalha com duas vigas mestras: a teoria da imputação objetiva e a ampliação da culpabilidade para a categoria de responsabilidade.

A primeira delas, nos crimes de resultado, passa a exigir, além da material de causalidade, um nexó normativo de causalidade, a fim de aferir se o resultado produzido pelo agente pode, juridicamente, ser a ele imputado.

A segunda coluna do funcionalismo, ampliando o conceito de culpabilidade para o de responsabilidade, exige, sempre, a aferição da necessidade preventiva (especial ou geral) da pena, sem a qual se torna impossível a imposição desta.

3. ILICITUDE

A ilicitude (ou antijuridicidade) não surge do direito penal, mas de toda a ordem jurídica, porque a antinormatividade pode ser neutralizada por uma permissão que pode provir de qualquer parte do direito.

Assim, traduz-se pela relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. É claro que para que se possa falar em ilicitude é preciso que o agente contrarie uma norma, pois, se não partirmos dessa premissa, sua conduta, por mais anti-social que seja, não poderá ser considerada ilícita, uma vez que não estaria contrariando o ordenamento jurídico-penal.

Sob o ponto de vista analítico do crime, para que ocorra infração penal é preciso que o agente tenha cometido um fato típico, antijurídico e culpável. Esses elementos devem ser analisados nessa ordem, já que na lição de Welzel

a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.^[12]

Pode-se assim dizer que todo fato penalmente ilícito é, antes de mais nada, típico. Se não fosse, nem existiria preocupação em aferir sua ilicitude. A partir daí é possível se compreender que o código penal, em seu art. 23^[13], previu expressamente quatro causas que afastam a ilicitude da conduta praticada pelo agente, fazendo, assim, com que o fato por ele cometido seja considerado lícito, a saber: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Dessa forma, pode suceder que um fato típico não seja necessariamente ilícito, ante a ocorrência de alguma das causas excludentes. É o caso do homicídio praticado em legítima defesa. O fato é típico, mas não ilícito, daí resultando que não há crime.

4. CULPABILIDADE

Este é o conceito mais debatido da teoria do delito. No entender de Eugenio Raúl Zaffaroni “em toda a teoria tem estado presente o homem, mas na culpabilidade o enfrentamos mais do que nunca”.

Para conceituar este segmento, Rogério Greco aduz que

culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Nas lições de Welzel, “culpabilidade é a ‘reprovabilidade’ da configuração da vontade. Toda culpabilidade é, segundo isso, ‘culpabilidade de vontade’. Somente aquilo a respeito do qual o homem pode algo voluntariamente lhe pode ser reprovado como culpabilidade”.^[14]

Dessa forma a culpabilidade pode ser compreendida como reprovação, mais precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica.

Fernando Capez acentua que

quando se diz que “Fulano” foi o grande culpado pelo fracasso de sua equipe ou de sua empresa, está atribuindo-se-lhe um conceito negativo de reprovação. A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito.^[15]

Assim, a culpabilidade é vista como a possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com as circunstâncias concretas, podia e devia agir de modo diferente. Funda-se, portanto, na possibilidade de censurar alguém pela causa de um resultado provocado por sua vontade ou inaceitável descuido, quando era plenamente possível que o tivesse evitado.

4.1 Evolução histórica da culpabilidade na teoria do delito

Conforme já visto, o amadurecimento das reflexões e discussões sobre os elementos ou características da infração penal, várias modificações teóricas foram surgindo com o passar dos anos, fazendo com que houvesse gradual e significativo desenvolvimento da teoria do delito.

Nesta referida evolução, as teorias causal, final e social exerceram significativa importância de modo que para sua compreensão geral aos poucos foram sendo descobertas e estudadas as características fundamentais do delito: ação – tipicidade – antijuridicidade – culpabilidade.

Pôde-se observar que a responsabilidade objetiva (calcada exclusivamente na relação natural de causa e efeito) é insustentável no sistema penal vigente. Ela ocorria quando alguém era punido: sem ter agido com dolo ou culpa; sem culpabilidade. Superado esse período, surgiram teorias a respeito dos requisitos para responsabilização do agente.

4.2 Teorias da culpabilidade

4.2.1 Teoria psicológica da culpabilidade

Ao longo da evolução das teorias do delito houve época em que dominava o critério primário da estruturação do crime, consistente em alocar de um lado todos os componentes que se acreditava eminentemente objetivos e de outro os que eram considerados puramente subjetivos, a culpabilidade era a denominação deste último conjunto de elementos.

A culpabilidade era a relação psicológica que havia entre a conduta e o resultado, assim como a relação física era a causalidade. O injusto se ocupava, pois, dessa causalidade física - causação do resultado -, enquanto à culpabilidade cabia a tarefa de tratar a relação psíquica.

A culpabilidade, entendida como relação psíquica, dá lugar à chamada “teoria psicológica da culpabilidade”. Dentro desse conceito, a culpabilidade não é mais do que uma descrição de algo, concretamente, de uma relação psicológica, mas não contém qualquer elemento normativo, nada de valorativo, e sim a pura descrição de uma relação - pensamento positivista sociológico defendido por Von Liszt.

É interessante observar que essa teoria denomina culpabilidade àquilo que se considera o aspecto subjetivo do tipo, desaparecendo da teoria do delito toda a dimensão normativa, no que diz respeito à reprovação do autor. Dessa forma, para esta teoria, não era necessário assentar seus fundamentos numa concepção antropológica, em que o homem é capaz de autodeterminar-se, podendo sustentar-se perfeitamente mesmo sobre uma base determinista.

4.2.2 Teoria psicológico-normativa ou normativa da culpabilidade

Diante das deficiências apresentadas pela teoria psicológica da culpabilidade e da falta de explicação da culpa e da imputabilidade, concebeu-se a culpabilidade como um estrato normativo da teoria do delito, isto é, como reprovabilidade do injusto. Assim, procedeu Reinhardt Frank, em 1907, mas sem retirar o dolo e a culpa da culpabilidade.

Daí resultava que a culpabilidade era ao mesmo tempo uma relação psicológica e um juízo de reprovação ao autor da relação psicológica. É a chamada teoria complexa da culpabilidade.

Assim entendida, a culpabilidade só podia ter um conteúdo heterogêneo: o dolo e a culpa, e a reprovação dirigida ao autor por seu dolo ou sua culpa. Não obstante, a concepção de Frank foi bastante clara e permitiu o desenvolvimento posterior pela doutrina: para ele, o dolo não era desvalorado, e sim avalorado.

4.2.3 Teoria normativa pura da culpabilidade

Nasceu com a teoria finalista da ação (na década de 1930), que teve como Hartmann e Graf Zu Dohna como precursores e Welzel, como seu maior defensor. Este último observou que o dolo não pode permanecer dentro juízo de culpabilidade, deixando a ação humana sem o seu elemento característico, fundamental, que é a intencionalidade, o finalismo.

Verifica-se aqui que o dolo e a culpa integram a conduta e não a culpabilidade. Dessa forma, a teoria normativa pura exigiu apenas a imputabilidade e exigibilidade da conduta diversa como elementos integrantes da culpabilidade, deslocando o dolo e a culpa para a conduta.

Por sua vez a consciência da ilicitude destacou-se do dolo e passou a constituir elemento autônomo, integrante da culpabilidade, não mais, porém, como consciência atual, mas possibilidade de conhecimento do injusto. Dessa forma, para a teoria normativa pura (assim como para a teoria finalista) a culpabilidade é composta de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

4.2.4 Teoria estrita ou extremada da culpabilidade

Para a teoria extremada, representada pelos finalistas Welzel e Maurach, e, no Brasil, por Alcides Munhoz Neto e Mayrink da Costa, toda espécie de discriminante putativa, seja sobre os limites autorizadores da norma (por erro de proibição), seja incidente sobre situação fática pressuposto de uma causa de justificação (por erro de tipo), é sempre tratada como erro de proibição. Com isso, segundo Munhoz Neto, evita-se desigualdade no tratamento de situações análogas.

4.2.5 Teoria limitada da culpabilidade

Para a teoria limitada da culpabilidade, o erro que recai sobre uma situação de fato (discriminante putativa fática) é erro de tipo, enquanto o que incide sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição. Defendem-na no Brasil, Assis Toledo e Damásio E. de Jesus.

Esta é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, cujos elementos da culpabilidade estão disposto por: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

4.3 Potencial consciência da ilicitude

Depois da reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, o erro passou a receber um novo tratamento. As denominações erro de fato e erro de

direito foram abolidas e, com o advento da teoria finalista da ação, o erro passou a ser reconhecido como erro de tipo e erro de proibição.

Tais disposições não representam uma simples renovação de normas, mas uma profunda modificação conceitual. Com o finalismo de Welzel, dolo e culpa devem ser analisados quando do estudo do fato típico. O elemento subjetivo que antes estava alocado na culpabilidade dela foi retirado e transferido para o tipo, mais especificamente para a conduta do agente.

Com essa transferência, o dolo deixou de ser considerado normativo, pois que seu elemento normativo, vale dizer, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato, dele foi retirado e mantido na culpabilidade.

Desta forma, o erro de tipo incidirá sobre os elementos, circunstâncias ou qualquer outro dado que se agregue à figura típica. O erro de proibição, ao contrário, não é estudado no tipo penal, mas, sim, quando da aferição da culpabilidade do agente.

Com o erro de proibição procura-se verificar se nas condições em que se encontrava o agente tinha ele condições de compreender que o fato que praticava era ilícito. O erro de proibição vem previsto no art. 21 do Código Penal, assim redigido:

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Dessa forma, o erro sobre a ilicitude do fato é erro de proibição; dá-se quando o agente por ignorância ou por representação falsa ou imperfeita da realidade supõe ser lícito o seu comportamento.

A diferença fundamental entre a consciência real e a consciência potencial reside no fato de que, naquela, o agente deve, efetivamente, saber que a conduta

que pratica é ilícita; na consciência potencial, basta a possibilidade que o agente tinha, no caso concreto, de alcançar esse conhecimento.

Segundo Luis Augusto Sanzo Brodt,

conforme a concepção finalista da teoria do delito, à reprovação penal não é necessária a atual consciência da ilicitude; basta a possibilidade de obtê-la. Daí conceituarmos consciência da ilicitude como a capacidade do agente de uma conduta proibida, na situação concreta, apreender a ilicitude de seu comportamento.^[16]

De acordo com as lições de Cesar Roberto Bittencourt^[17], com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da anti-socialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. Essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade.

4.3.1 Erro de proibição

O erro de proibição de modo algum pertence à tipicidade, e nem com ela se vincula, sendo um puro problema da culpabilidade. Chama-se erro de proibição àquele que recai sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta. Quando é invencível (ou seja, quando com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a antijuridicidade do seu injusto), tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está afirmada em nível correspondente.

Dessa forma, o erro de proibição faz com que o agente não saiba que pratica um ato ilícito. Por essa razão exclui do sujeito a consciência da ilicitude de sua ação ou omissão. Se, no momento em que realizava a conduta, não a sabia proibida, faltava-lhe naquele instante a consciência de que ela era ilícita, daí porque o erro de proibição sempre impedir o agente de ter a consciência atual da ilicitude.

A fim de se evitar abusos, o legislador erigiu como requisito da culpabilidade não o conhecimento do caráter injusto do fato, mas a possibilidade de que o agente tenha esse conhecimento no momento da ação ou omissão.

Dessa forma, o que importa é investigar se o sujeito, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social que o cerca, as tradições e costumes locais, sua formação cultural, seu nível intelectual, resistência emocional e psíquica e inúmeros outros fatores.

Agora, são aspectos externos, objetivos, que orientam o juiz na aferição da culpabilidade. Pouco adianta alegar não saber que a conduta era proibida, pois, se existia a possibilidade de sabê-la ilícita, o agente responderá pelo crime. A potencial consciência da ilicitude, portanto, só é eliminada quando o sujeito, além de não conhecer o caráter ilícito do fato, não tinha nenhuma possibilidade de fazê-lo.

O erro de proibição sempre exclui a atual consciência da ilicitude. No entanto, somente aquele que não poderia ter sido evitado elimina a potencial consciência. Com efeito, se esta é a possibilidade de conhecer o caráter injusto do fato e se o erro de proibição inevitável é aquele que o agente não tinha como evitar, somente essa modalidade de erro leva à exclusão da culpabilidade.

4.3.1.1 Valoração paralela na esfera do profano

Existem casos de consciência dissidente em que surge um verdadeiro erro de compreensão invencível e em cujas hipóteses não haverá culpabilidade. Nesse diapasão, serão particularmente relevantes os erros de compreensão culturalmente condicionados, isto é, quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa, e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura.

A exigibilidade da internação da regra de conduta estabelecida pela norma tem sempre um certo grau que, como toda a culpabilidade, não pode ser indicado como um limite fixo. Como regra geral, o erro de compreensão culturalmente condicionado será um erro de proibição invencível, que eliminará a culpabilidade da conduta, por mais que a consciência dissidente não seja um causa de inculpabilidade.

Trata-se de graus de exigibilidade da compreensão que se traduzem em graus de reprovabilidade, nem sempre simples de valorar. O problema

que isso propõe, além de muito sério, deverá ser resolvido tanto pela lei como pela jurisprudência.

A título de exemplo, como julgar as mães da tribo dos Yanomami^[18] que pratica infanticídio? Pois quando a criança nasce com um defeito físico, imediatamente observável, é a mãe mesma que pratica a sua supressão. Em caso de um parto de gêmeos, é eliminado sempre, pela mãe, o mais fraco. Se o defeito físico como a surdez, a cegueira, a epilepsia e outras doenças aparecem, quando a criança já cresceu e se desenvolveu, é proibido terminantemente eliminá-lo.

Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode compreender, e, em tal caso, não existe outra solução que não a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista que escondem, ou exibem a pretendida superioridade de nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias.

É interessante esclarecer que o silvícola não está desintegrado. Pelo contrario, encontra-se inserido, atrelado socialmente à sua cultura e a seu povo. Partir do pressuposto que o mesmo não está integrado na nossa sociedade é dever nosso aceitar que nós também estamos desintegrados de sua cultura.

Dessa forma, não se pode sustentar que o silvícola ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com imputabilidade diminuída. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser.

O objeto do conhecimento do injusto constitui-se na consciência de que a ação do sujeito ativo está em contradição com a ordem moral ou com os valores sociais, passando por considerar como seu objeto o conhecimento da punibilidade específica, até chegar a uma posição intermediária, traduzida na afirmação de que o objeto do conhecimento do injusto seria a contrariedade do comportamento ao ordenamento jurídico, ou seja, do conhecimento da lesão a um bem juridicamente protegido.

A valoração paralela na esfera do profano constitui-se em um critério utilizado para aferir a possibilidade da compreensão da ilicitude da conduta por parte do sujeito ativo no caso concreto. Isto porque, essa valoração traz no seu bojo de forma explícita um juízo axiomático,

realizado de forma (paralela) ao conhecimento técnico jurídico, pelo homem leigo (profano), produzindo assim o conhecimento do injusto, ou seja, a consciência profana, não técnico jurídica, que é suficiente para indicar ao agente leigo que sua conduta é errada.

Esta consciência profana tem como fundamento as normas de cultura que são hauridas no convívio social, da apreensão e compreensão do que é proibido pelo consenso geral. Então a base desta valoração paralela, tem guarida na contradição do comportamento do sujeito ativo à ordem moral e aos valores sociais.

Não é diferente a opinião de Assis Toledo^[19] quando afirma categoricamente que:

Para que se possa, mediante algum esforço da consciência, atingir o caráter injusto de uma ação é necessário que a matéria desse injusto já tenha penetrado anteriormente na consciência, o que só seria possível por meio das normas de cultura, únicas acessíveis ao leigo.

Se afirmarmos que ter conhecimento do injusto, significa compreender a contrariedade do fato com o ordenamento jurídico, como ficará o homem leigo, que muitas das vezes não terá este conhecimento técnico jurídico?

No clássico pensamento de Binding citado por Assis Toledo^[20], ao considerar errada a conduta porque não gostaria que lhe fizessem, o ser humano já tem suficiente noção do caráter ilícito da conduta para merecer censura pelo universo do direito penal. Deste modo a consciência da ilicitude surge com "a naturalidade do ar que se respira", pelo próprio convívio social e universo comunicativo que circunda o agente.

Vê-se então que para determinados agentes o conhecimento de que seu comportamento contraria o ordenamento jurídico é encontrado através de um conhecimento técnico jurídico e é complementada em decorrência da aplicação da valoração paralela na esfera do profano, que impõe ao julgador que, quando da análise da existência ou não do erro de proibição, verifique em que condições socioculturais o agente realizou a valoração.

É importante destacar, neste momento do presente trabalho, a seguinte indagação: Se um agente realiza um comportamento em contrariedade com o ordenamento jurídico, ou seja, um comportamento

definido como crime, não tendo conhecimento técnico jurídico e nem podendo se comportar de acordo com a norma, em virtude de ser impossível a valoração paralela na esfera do profano, pelo fato da proibição penal não coincidir com a ordem moral e os valores sociais, podemos afirmar que tal agente agiu em erro de proibição?

A consciência da contrariedade entre o comportamento e o valor pré-definido é o objeto do conhecimento do injusto, ou seja, o agente que atua sabendo que o seu comportamento é errado; atua com conhecimento do injusto, e conseqüentemente, tem-se a concretização da presença no agente da consciência atual da ilicitude, que se constitui em um dos elementos da culpabilidade.

Caso o agente atue sem saber que seu comportamento contraria um parâmetro pré-definido, é possível afirmar que atuou sem o conhecimento atual da ilicitude, incidindo em erro acerca da contrariedade entre o seu comportamento e o parâmetro considerado, a isto se dá o nome de erro de proibição, que afasta a consciência atual da ilicitude, afastando conseqüentemente a culpabilidade.

Pode-se então afirmar, em virtude do raciocínio até aqui exposto, que a total falta do conhecimento da contrariedade do comportamento com a norma (atual e potencial consciência do injusto – antijuridicidade concreta como objeto do conhecimento do injusto) isenta de pena.

Para se reconhecê-la e conseqüentemente excluir a culpabilidade do comportamento do agente, é preciso primeiramente que o juízo de censurabilidade realizado pelo julgador tendo como objeto o comportamento do agente, procure primeiramente identificar se o agente tinha conhecimento técnico-jurídico (conhecimento da punibilidade do comportamento como objeto do injusto), para avaliar se sua conduta contrariava a norma.

Se não existia este conhecimento técnico-jurídico o julgador deve perscrutar se teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, através de uma reflexão, obter esta consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos auridos da vida comunitária de seu próprio meio (critério da valoração paralela na esfera do profano).

O julgador ao perceber que nem com conhecimento técnico jurídico, nem com a valoração paralela na esfera do profano, o agente podia atingir o conhecimento do injusto, em virtude de se estar frente a uma ação

moralmente inocente, ou seja, comportamento criminalizado que não corresponde a nenhuma proibição moral, terá de identificar a presença ou a ausência de censurável desatenção ou falta do dever cívico de informar-se.

Não se pode esquecer que a culpabilidade é basicamente um juízo de censurabilidade sobre a ação humana, e sendo assim, só haverá erro de proibição inevitável no caso concreto, se este mesmo juízo valorativo por parte do julgador constatar que nas circunstâncias, não está presente uma censurável desatenção ou a falta de um dever cívico de informar-se.

Já que o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 21, parágrafo único, deixa clara a adoção deste novo elemento, "dever de informar-se", introduzido sob os auspícios da doutrina finalista. "Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esta consciência."

Caso presente este dever, ter-se-á a falta da atual consciência do injusto, mas em contrapartida a presença da potencial consciência do injusto, que não afasta a culpabilidade, mas a atenua. Ausente este dever de informar-se, teremos finalmente configurado o chamado erro de proibição inevitável que como vimos afasta a atual e a potencial consciência do injusto, impedindo assim que a realidade de fato psicológica se eleve ao conceito de culpabilidade.

Por fim, nos comportamentos proibidos que não guardam correspondência com as proibições morais - as chamadas ações moralmente inocentes mas penalmente proibidas - onde só se pode chegar ao conhecimento da norma se for possível o conhecimento do tipo penal respectivo, não se poderá aplicar a máxima "*ignorantia legis neminem excusat*", pois, nestes casos deve-se entender que o desconhecimento do injusto sobreleva-se em importância em relação ao desconhecimento da lei, tendo como consequência inarredável o reconhecimento de que não deve haver juízo de reprovação sobre o comportamento do agente, em virtude deste não possuir o conhecimento do injusto.

Portanto, deve-se ter em mente que o conhecimento do injusto, elemento principal da culpabilidade, é que comanda o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei e lhe assinala o seu sentido e

limites. Dessa forma, se ausente o desconhecimento do injusto - mesmo que haja o desconhecimento da lei - podemos afirmar que não deve haver juízo de reprovação ao comportamento do agente, não prevalecendo assim a máxima de que ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece, pois, o que deve prevalecer, é o erro de proibição inevitável.

5. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I. p. 326-327.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 269.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 119.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 299.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 19.

CHAVES DE CAMARGO, Antonio Luis. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CORREIA, Eduardo (com colaboração de Figueiredo Dias). *Direito criminal*. v. 1. Coimbra: Livr. Almedina, 1971. p. 239.

_____ *Direito criminal*, v.1, p. 239.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 381.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008. p. 293.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008. p. 310.

SANZO BRODT, Luis Augusto. *Da consciência da ilicitude no direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 17-18.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIDAL, Nelson. *A valoração paralela na esfera do profano e o dever de informar-se como óbices ao reconhecimento do erro de proibição inevitável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2836, 7 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18850>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*, v. III, p. 120-121.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, volume1: parte geral. 8ª edição. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pág. 337.

NOTAS:

[1] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008. p. 293.

[2] _____ . *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008. p. 310.

[3] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 19.

[4] Parte da dogmática jurídico-penal que estuda o crime como fato punível, do ponto de vista jurídico, para estabelecer e analisar suas características gerais bem como suas formas especiais de aparecimento. Trata-se do alicerce do Direito Penal.

[5] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, volume1: parte geral. 8ª edição. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pág. 337.

[6] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 119.

[7] CHAVES DE CAMARGO, Antonio Luis. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

[8] CORREIA, Eduardo (com colaboração de Figueiredo Dias). *Direito criminal*. v. 1. Coimbra: Livr. Almedina, 1971. p. 239.

[9] _____ *Direito criminal*, v.1, p. 239.

[10] BONFIM, Edilson Mougén; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 269.

[11] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*, v. III, p. 120-121.

[12] Apud GRECO, Rogério. *Direito Penal*, v. I, p. 112-115.

[13] Também existem causas de exclusão da ilicitude na Parte Especial do Código Penal, a exemplo dos arts. 128 e 146, §3º, que, como se percebe, não deixam de se amoldar às quatro causas previstas na Parte Geral (art. 23).

[14] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 381.

[15] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 299.

[16] SANZO BRODT, Luis Augusto. *Da consciência da ilicitude no direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 17-18.

[17] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I. p. 326-327.

[18] O povo Yanomami habita a região da fronteira Brasil/Venezuela e conta com mais de 12 mil silvícolas no território brasileiro. Este povo possui uma língua e cultura própria e os meios de subsistência são extraídos da floresta e do rio: caça, pesca e agricultura de subsistência, além da coleta de frutas. Os Yanomami representam uma das etnias que mais recentemente manteve contato com a sociedade envolvente, cujos primeiros contatos foram estabelecidos em 1955.

[19] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

[20] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A NOVA PERSPECTIVA DE CONTRATO

THÚLIO MESQUITA TELES DE CARVALHO:
Mestrando em Direito na Universidade Federal do Ceará. Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise das mudanças sofridas na estrutura do contrato, na sua interpretação e na sua aplicação. Será analisada desde a visão clássica do contrato até a concepção atual no contexto da Constituição Federal de 1988. A pesquisa tem bases essencialmente em fontes bibliográficas e jurisprudenciais. Analisando possíveis avanços e retrocessos havidos neste percurso.

Palavras-Chave: Contrato. Nova Perspectiva. Constitucionalização. Transformações.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Definição de contrato; 2.1. Contrato enquanto fato jurídico; 2.2. Contrato enquanto fato social; 3. Avanços teóricas sobre o direito privado; 4. Direito contratual brasileiro; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O direito privado é marcado primordialmente por regulamentar a autonomia privada de agentes livres para se autodeterminar. A norma escabele sobre quais termos poderá os sujeitos poderão agir, concedendo-lhes liberdades e, ao mesmo tempo, restrições, as quais deverão obedecidas para terem o respaldo do sistema jurídico.

Partindo-se de um estudo histórico do direito privado, a Roma antiga foi a grande nascente dos principais institutos da seara privada da ciência jurídica, dentre os quais a figura do *contrato*. A figura jurídica deste *pactum* nasce de uma necessidade social em atribuir exigibilidade às relações sociais.

Brotada da liberdade individual, a vontade humana é decorrência direta da atribuição de autonomia ao indivíduo. Entretanto, manifestações de vontade em si não certeza de cumprimento daquele dever assumido. Daí surge o papel do

Direito enquanto pacificados das relações sociais, facilitando e viabilizando que os agentes estabeleçam uma convergência de vontade, um contrato, a fim de concretizar um interesse comum.

Não obstante a função social primordial da figura contratual, desde meados do século XX, o contrato vem assumindo um novo papel nas relações sócio-jurídicas, em razão da nova realidade constitucional em que diversos países seguidores das tradições romanas vêm se inserindo. No caso brasileiro, tal mudança vem tomando forma desde a promulgação da Carta Política de 1988, que modificou drasticamente o panorama jurídico nacional.

2. DEFINIÇÃO DE CONTRATO

A definição do termo *contractus* nunca foi uma unanimidade no universo jurídico, havendo significativas variações a depender do ambiente espaço e temporal. Por exemplo, a definição do instituto contratual oscilou no tempo desde a Roma antiga até os tempos atuais, sofrendo o processo evolutivo da civilização.^[1] O trato dado ao contrato também diverge no espaço conforme os ordenamentos jurídicos nacionais, havendo também diferenças entre os sistemas de *civil law* e de *common law*.

Não obstante as dissonâncias espaço-temporais, é necessário assumir alguma definição para prosseguir com os estudos. Assim, *define-se contrato como todo acordo de vontades que é exigível por obedecer as regras jurídicas estabelecidas no âmbito do direito objetivo, ou seja, as leis.*

2.1. CONTRATO ENQUANTO FATO JURÍDICO

Prosseguindo com o estudo da definição do contrato, cumpre inseri-lo dentro da teoria dos fatos jurídicos. Conforme os ensinamentos de Pontes de Miranda, define-se fato jurídico como:

O fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica.^[2]

Grosso modo, o fato jurídico nada mais é do que todo que fato que possui previsão em alguma norma jurídica. Cabendo ao intérprete identificar se o fato existencial foi ou não “colorido” pela hipótese normativa *in abstractu*. Destarte, destacam-se as duas fases de efeitos do reconhecimento de um fato jurídico: (a) reconhecimento do encaixe do fato à hipótese prevista na norma; e (b) aplicação do conseqüente previsto na mesma norma.

Avançando no estudo dos fatos jurídicos, estes podem ser naturais – os quais independem do agente humano, por exemplo, fenômenos naturais – ou humanos. Estes últimos já tem o fator humano como elemento essencial, haverá uma distinção de tratamento a partir de como o fator *vontade* agirá na relação jurídica.

O passo seguinte no *iter* dos fatos jurídicos é a bifurcação atos-fatos jurídicos e atos jurídicos *lato sensu*. Aqueles têm o sujeito humano como elemento incidental quanto à consequência final, mas essencial quanto à ocorrência do fato. Explicando, há um sujeito que cria uma situação fática a partir de sua vontade, mas os efeitos desta decorrentes não emanam de sua vontade, mas de fatores que lhe eram alheios. Por exemplo, acidentes de carro.

Já os atos jurídicos *lato sensu* nascem necessariamente da vontade humana, podendo seus efeitos decorrem das repercussões legais ou convencionais de tais manifestações volitivas. Os primeiros são chamados de atos jurídicos *strictu sensu*, já os últimos, de negócios jurídicos. O contrato se insere neste como uma espécie a qual contém o suplemento da exigibilidade.

Enquanto fato jurídico, a doutrina clássica foi bem recepcionada pela nova Constituição Cidadã, visto que as derrogações mais marcantes sobre esta teoria não incidem sobre a estrutura do contrato, mas sobre sua função dentro do ambiente democrático, conforme a seguir desenvolvido.

2.2. CONTRATO ENQUANTO FATO SOCIAL

Desde os tempos romanos até o século XX, as relações sociais no campo patrimonial conservavam-se frias e estáticas, limitadas aos cânones de igualdade formal e da cega fé à autonomia privada^[3]. Esta realidade social convergiu a uma perspectiva de contrato centrada no formalismo e no absoluto respeito às manifestações individuais.

Uma decorrência bastante evidente disto é a máxima *pacta sunt servanda*, enfatizando que os acordos firmados pelas partes e expressos no contrato devem ser cumpridos. A finalidade precípua desta lógica é atribuir aos acertos o máximo de segurança jurídica possível, garantindo que aquelas obrigações firmadas vinculariam as partes independentemente de fatores extrínsecos aos contratantes.

Em contrapartida, a cláusulas *rebus sic stantibus* apareceria posteriormente como uma mitigação daquele primeiro brocardo, por força da teoria de imprevisão. Quando as circunstâncias que envolveram a formação do contrato não forem as mesmas no momento da execução obrigacional, de modo a prejudicar uma parte em benefício da outra, ensejar-se-á à revisão contratual.^[4]

A grande mudança quanto à natureza social do contrato só viria a emergir, todavia, com a onda neoconstitucionalista de meados do século passado, quando a Constituição passou ao posto de mestra do ordenamento. Desenvolveu-se a tese da força normativa da Constituição, que teve como seu expoente Konrad Hesse^[5]. Realizar a *Wille der Verfassung*, ou vontade da Constituição, passou a ser o dever precípua do legislador e do jurista. Uma consequência foi a afetação do direito privado por normas de natureza cogente.

Inserindo-se no contexto brasileiro, a Constituição de 1988 provocou direta e indiretamente profunda interferência em esferas antes restritas à autonomia privada. A afetação direta se dá por suas normas terem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/88); indiretamente, ocorre por força de normas legais que têm sua raiz constitucional, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

O contrato inserido no ambiente pós-1988 adquire um papel instrumental, não sendo mais um mero mecanismo jurídico facilitador de relações econômicas. Evidentemente, não se pode abandonar a função econômica primordial do contrato, mas agora ele assume também o seu papel como promotor dos princípios constitucionais.

3. AVANÇOS TEÓRICAS SOBRE O DIREITO PRIVADO

Nas últimas décadas, a teoria do Direito vem sofrendo profundas transformações que precisam ser muito bem compreendidas para que se possa perceber com exatidão como se procederam as mudanças sobre a definição de contrato e sobre como dá sua interpretação e aplicação.

Os primeiros avanços foram quanto às fontes do Direito. Tomando-se como base o positivismo clássico, exegético, a lei era tida como fonte máxima e soberana do Direito. O juiz deveria ser meramente a boca da lei, não podendo promover interpretações que distorcessem o suposto sentido claro da lei. Defendia-se a autossuficiência da lei como fonte jurídica, e o jurista a ela deveria se restringir. [6]

Porém, principalmente no pós-Segunda Guerra, essa visão clássica foi ultrapassada, passando a surgir elementos novos ao mundo jurídico como a eficácia normativa dos princípios, a eficácia normativa da jurisprudência e a técnica legislativa das cláusulas gerais etc.

Anteriormente, os princípios eram vistos como elementos secundários no ordenamento jurídico, meros tapadores de lacunas. Um exemplo disso é a nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942, que em seu artigo 4º determina que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Entretanto, hoje não é mais necessário que a lei seja omissa para que um princípio seja aplicado, por força da própria Constituição, que atribui aplicabilidade imediata aos direitos e garantias contidos no artigo 5º. Note-se que este artigo constitucional é tão amplo que dificilmente haverá sequer um caso concreto que não sofra interferência de uma alguma de suas normas.

A expressão *princípio* pode ser encontrada em sentidos diversos na doutrina brasileira. Mais comumente define-se princípio como uma norma basilar para o ordenamento, que serve de diretriz para outras normas mais restritas e concretas. Outra leitura comum para o conceito é a de obra de Robert Alexy, que classifica os princípios como mandamentos de otimização por serem referenciais hermenêuticos para se atingir um certo bem jurídico. Frise-se que não há a chamada colisão em *prima-facie*, ou em abstrato, entre princípios. O autor alemão afirma que somente pode ser classificada como princípio aquela norma que é passível de ponderação, caso contrário tal norma será uma regra. Por exemplo,

para Alexy, o que é chamado como *princípio da legalidade* não seria princípio, mas regra, pois a obediência à legalidade não se trata de ponderação, mas de subsunção do que a lei prescreve como a conduta a ser seguida.

Para o doutrinador alemão, embora *prima facie* um princípio não colida com nenhum outro, diante das peculiaridades do caso concreto, haverá conflitos que deverão ser resolvidos pelo julgador de acordo com as circunstâncias fáticas. Princípios conflitantes podem conviver no mesmo ordenamento, o que difere do que ocorre com regras conflitantes, que não convivem nem mesmo no plano abstrato, pois tais normas seriam necessariamente incompatíveis entre si. Havendo descompasso entre regras, uma delas será revogada pelos critérios de hierarquia, cronologia e especialidade.

Outra abordagem interessante a ser feita quanto à distinção feita entre regras e princípios é a desenvolvida por Humberto Ávila em sua Teoria dos Princípios, *in litteris*:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual a descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. [7]

Na obra *Teoria dos Princípios*, Ávila defende que a partir de um mesmo texto normativo é possível se extrair tanto uma regra, quanto um princípio a depender do grau de abstração da interpretação daquele determinado dispositivo normativo. A regra, para o autor, seria a norma que prevê condutas (ou meios)

que visam à realização de fins definidos pela norma, enquanto que os princípios preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias.^[8]

Em suma, o princípio agora possui um papel central no ordenamento jurídico. Destaque-se, porém, que a regra continua tendo sua importância, pois sempre que houver uma regra prevendo certa hipótese fática, esta regra deverá ser o ponto de partida para o interprete, não obstante sua aplicabilidade poderá ser mitigada conforme as exigências de um princípio contraposto.

O segundo elemento central de mudança nas fontes do Direito é o fortalecimento da jurisprudência. O Poder Judiciário, que na visão de Montesquieu deveria ter seus poderes limitados pelo restrito texto da lei e que, conforme os ditames da Escola da Exegese, não era autorizado interpretar a lei – *in casu*, interpretar o Código napoleônico –, ganha cada vez mais força no modelo jurídico do *civil law*. O juiz vem deixando de ser a boca da lei para se tornar cada vez mais um sujeito ativo no processo de aplicação e de interpretação do Direito, um criador do Direito.

Esse processo de valorização do julgador é natural consequência das transformações sofridas pela Ciência Jurídica. Por exemplo, ao se reconhecer que o texto normativo nada mais é do que um aglomerado de signos linguísticos e que o real conceito de norma jurídica não pode surgir sem que sejam reconhecidas as características especiais do caso concreto, aparece o julgador como elo entre o texto e a realidade.

Recentemente, no cenário brasileiro, vem surgindo diversas discussões a cerca dos limites do Supremo Tribunal Federal. Estaria o STF extrapolando sua competência constitucional ou simplesmente estaria cumprindo o seu papel de guardião da Constituição? Esta pergunta dá ensejo a muitas discussões doutrinárias, porém não é oportuno trazê-las no presente artigo. Convém, porém, ressaltar que o Judiciário vem chegando até limites antes nunca desbravados por ele no contexto brasileiro, atingindo um grau de autonomia e de repercussão social sem precedentes.

Outro ponto de avanço recente na seara jurídica é a criação da técnica legislativa chamada de cláusulas gerais. Esses dispositivos legais são basicamente textos normativos muito abertos, em que nele podem ser encaixadas infinitas situações fáticas. Nessas cláusulas, a hipótese prevista e o seu consequente

jurídicos são poucos claros, dando margem a interpretações discrepantes conforme o caso concreto.^[9] Tal técnica foi usada primeiramente em países de maior tradição romano-germânica como Alemanha, Itália e Portugal, recentemente, chegando ao Brasil.

O texto constitucional, como parece inevitável pelo seu natural grau de abstração e de generalidade, contém sem-número dispositivos classificáveis como cláusulas gerais, mas este não é o foco da discussão. O alvo central aqui são as normas legais, que são pretensamente normas prontas para serem aplicadas de forma objetiva e sem muita margem à interpretação. Ou seja, a inovação aqui são as cláusulas gerais em leis, e não na Constituição. Por exemplo, restringindo-se a área de interesse do presente trabalho, o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor estão ricos de cláusulas desse tipo, as quais viriam a repercutir frontalmente na realidade contratual brasileira. Observe-se o seguinte enunciado normativo retirado do CC/02: “art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

Com base neste enunciado normativo, pode-se perceber a amplitude interpretativa possível e uma diversidade gigantes de normas que dela podem ser extraídas conforme o caso concreto. A exigência boa-fé objetiva e a determinação do que ela é de fato dá uma grande contribuição para a composição deste texto normativo como uma cláusula geral, tendo em vista que é muito complicado se definir *in abstracto* o que seria a boa-fé. Apenas com o caso concreto em mãos, analisando-se a compatibilidade e a razoabilidade das condutas é possível constatar o que pode ser definido como boa-fé.

Além das inovações relativas à teoria das fontes jurídicas, devem ser destacadas também as inovações no campo da hermenêutica jurídica. Um desses avanços foi a distinção entre texto e norma. O texto normativo é apenas um conjunto de símbolos linguísticos que adquiriram conteúdo conforme o método de interpretação e o intérprete, o qual jamais será absolutamente neutro. A norma é o fruto da interpretação, podendo variar substancialmente a depender o ângulo de compreensão extraído do dispositivo.

Um pensador que muito contribuiu para esse entendimento foi Friedrich Müller, que, em sua obra *Teoria Estruturante do Direito*, traça a delimitação entre texto e norma muito claramente. Destaca o doutrinador germânico a função

central do intérprete no processo de produção da norma, pois é dele a função primordial de reconhecer as peculiaridades do caso concreto a fim de se chegar à decisão mais justa e conforme o Direito.^[10]

Outro avanço teórico foi o definitivo reconhecimento de que aquele que interpreta e aplica o Direito necessariamente também está, em certa medida, criando o Direito. Isso se deve ao fato de que a norma só é criada confrontando o texto produzido pelo legislador ao caso concreto. Não deve haver, como apregoavam os clássicos positivistas, a mera subsunção do fato à norma, pois isso geraria sérias distorções no momento de aplicação e nem sempre a lei previa a situação encarada. Também se deve destacar o papel central que a proporcionalidade e a razoabilidade assumiram como instrumentos centrais para o ideal exercício jurídico, assumido o jurista o seu papel criativo.

A doutrina brasileira usualmente trata a proporcionalidade e a razoabilidade como sinônimas. Embora haja certas diferenças acerca da natureza de ambos, não há prejuízos práticos no uso indistinto deles.^[11]

Aqueles que possuem uma relação mais conservadora veem com certo temor e cautela estes novos elementos hermenêuticos. Para eles, essas figuras interpretativas poderiam tornar o Direito demasiadamente relativístico e inseguro. Em parte, há razão, porém é preciso reconhecer que a independência jurisdicional é fundamental para se chegar a um Direito mais condizente com os anseios sociais, visto que a lei não se basta.

Outro ponto fundamental a ser destacada é a interferência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Três posições existem discordantes neste sentido: a posição que defende a não eficácia; a da eficácia indireta; e a da eficácia direta.

A adoção de uma dessas teorias pelo ordenamento jurídico varia conforme os contextos histórico-culturais de cada país. Por exemplo, a teoria da inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas teve maior predomínio nos Estados Unidos, onde os ideais liberais clássicos ainda são preponderantes. Esta teoria defende que os direitos fundamentais simplesmente não têm interferência nas relações privadas, pois seu único destinatário é o Estado. Portanto, para aqueles que defendem a não incidência dos direitos

fundamentais nas relações privadas, a autonomia privada estaria livre da obrigação jurídica de efetivar os preceitos constitucionais.^[12]

A segunda teoria tem seu reduto mais marcante na Alemanha. Após a Segunda Guerra Mundial, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, predominou a ideia de que os direitos fundamentais somente poderiam ter incidência no âmbito das relações privadas se por via indireta. A doutrina germânica, em sua maioria, chegou ao entendimento de que os direitos fundamentais contidos no texto constituinte precisariam de dispositivos infraconstitucionais de maior concretude para que possam ter aplicação às relações entre particulares.

No contexto da atual Constituição brasileira, por outro lado, o entendimento da maioria é no sentido de que os direitos fundamentais têm, sim, incidência direta nas relações privadas. Até se chegar à redemocratização, a Constituição colocava-se num plano jurídico pouco significativo e proteção à dignidade humana era secundária. Somente após a nova constituinte, os direitos e as garantias fundamentais passaram a assumir uma posição central no ordenamento.

De fato, normas infraconstitucionais menos abstratas possibilitam uma efetivação mais clara e segura dos princípios constitucionais, porém é inegável também que os direitos fundamentais – nos termos da Carta Política de 1988 – têm como seus destinatários não só o Estado, mas também a sociedade. Deve-se reconhecer, portanto, que mesmo nas relações privadas os direitos fundamentais devem ser efetivados ao máximo e servir sempre de diretrizes para os negócios jurídicos, devendo, por isso, haver a chamada aplicação direta e horizontal dos direitos fundamentais.

4. DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

A Constituição Cidadã nos trouxe um rol gigantesco de princípios, que passariam a servir de pivô para todas as relações jurídicas a partir de então constituídas, incluindo-se os contratos.^[13] Logo em seu artigo 1º, onde estão os fundamentos da República Federativa do Brasil, já podem ser vistos dois incisos fundamentais para a análise das relações privadas: a dignidade da pessoa humana (inc. III); e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inc. IV). Não faria

sentido considerar que tais incisos só teriam como destinatário o Estado, pois para a efetiva realização de um Estado Democrático não só o Poder Público, mas também toda a sociedade deve ser permeada por tais princípios.

Além da aplicação imediata, há também a eficácia horizontal entre os particulares. O termo horizontal é utilizado aqui, pois o Estado não está presente na relação jurídica, estando os particulares em um plano, em tese, horizontal entre si, a despeito das disparidades existenciais entre eles. A função da eficácia horizontal dos direitos fundamentais emerge precisamente da busca pelo tratamento materialmente igualitário entre os particulares. Numa relação contratual sujeita à horizontalização dos princípios constitucionais, ambas as partes contratantes terão de arcar com deveres anexos advindos diretamente de mandamentos constitucionais, ou indiretamente a partir de disposições legais próprias.

Quanto à chamada aplicação direta dos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro, ainda a diversas divergências doutrinárias sobre qual seria a exegese ideal do artigo 5º, §1º, da CF. O constituinte originário definiu, *in litteris*, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata*. A maioria dos estudiosos^[14] defende que tal expressão quer dizer que os direitos fundamentais têm repercussão direta nas relações privadas o que significa que, se, por exemplo, um negócio jurídico ferir desrazoavelmente qualquer direito fundamental deverá ser tido como inválido por violar norma constitucional. Embora parte da doutrina^[15] defenda que não se aplica diretamente as determinações constitucionais, mas apenas indiretamente, a ala majoritária dá amparo a tese de incidência direta.

Por exemplo, um ponto muito importante e controverso na análise do contrato é a sua função social. Esta é baseada no princípio constitucional da função social do trabalho (art. 1º, inc. IV, CF/88).^[16] A controvérsia nasce das tensões existentes entre a função social e a livre-iniciativa no mundo concreto, que são constantes. Os clássicos criticam veementemente essa função social por considerá-la um conceito extremamente abstrato e, por isso, inseguro e prejudicial à prática negocial.

Há razão em se afirmar que a função social é um conceito abstrato e de certa forma inseguro, até por isso é considerada um conceito jurídico

indeterminado, variando a sua significação de acordo com o caso concreto e com a percepção de equidade de cada julgador. Porém, é inegável a sua contribuição para que o contrato deixe de ser meramente um instrumento hermético, e passe a dar sua contribuição para uma sociedade mais justa e solidária, promovendo a igualdade material e o equilíbrio da relação jurídica.

A função social de qualquer coisa pode ser definida como reconhecer funções inerentes àquele determinado ser que extrapolem as suas típicas funções em favor de ideais de desenvolvimento social. Nesse sentido, a função social do contrato seria reconhecer que o contrato vai muito além de um mero acordo de vontades que visem a um interesse comum, mas que também há nele interesses alheios ao que foi estabelecido *inter partes*, como o equilíbrio contratual, a igualdade material e a sua interferência no meio social externo.

A força normativa da Constituição, para a doutrina majoritária e para o STF^[17], tem aplicabilidade e eficácia diretas nas relações privadas. Porém, para reforçar a força dos direitos fundamentais e para atender ao constituinte originário, o legislador pós-1988 teve a preocupação de editar leis que reforçassem as prescrições constitucionais. No presente artigo, o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990 serão os objetos em análise logo em seguida. O primeiro foi uma necessidade decorrente do descompasso do CC/16 com os novos tempos e com a CF/88, e o segundo foi uma exigência do constituinte, no art. 5º, inc. XXXII. Quanto ao estudo contratual, os dois dispositivos contratuais são complementares: este regulamenta bem relações assimétricas, tutelando até mesmo o momento pré-contratual^[18], protegendo o vulnerável e promovendo a chamada igualdade material nas naturalmente desiguais relações de consumo; enquanto aquele regula as relações contratuais de forma geral, com base na sociabilidade, na eticidade e na operabilidade, reforçando a função social do contrato e preservando da boa-fé.^[19]

O CC não é omissivo na regulamentação da fase pré-contratual, porém há pobreza, pois este dispositivo tem por pressuposto o equilíbrio entre as partes. Por outro lado, o CDC tem maiores preocupações com esta fase preliminar já que tem *contrario sensu* por seu pressuposto a desigualdade entre as partes contratuais. Enriquecendo a discussão, afirma Cristiano Chaves e Nelson Rosendal:

Não é difícil compreender a opção empreendida pelo CDC. Na formação das relações contratuais de consumo, é necessário corrigir previamente as profundas desigualdades materiais entre as partes, a fim de se alcançar uma real autonomia da vontade àquele que é submetido por pressões e métodos publicitários à efetivação do contrato. Esta vontade racional e ponderada só será alcançada se o conteúdo dos contratos não mais se reduzir às imposições do subjetivas do fornecedor, atendendo objetivamente aos ditames da boa-fé objetiva e aos deveres anexos dela decorrentes. (...) Tenta-se assim conceber uma real autonomia contratual ao consumidor – pela via de uma declaração de vontade refletida e prudente –, mediante o reforço do princípio da boa-fé objetiva na etapa formativa do contrato, seja pela imposição de deveres anexos de proteção, cooperação e informação ao fornecedor, como pela vedação do exercício abusivo de posições jurídicas.^[20]

Portanto, o CDC tem por escopo corrigir um desequilíbrio decorrente da assimetria técnica, jurídica e econômica entre as partes contratuais – no caso, consumidor e fornecedor.

No Capítulo V do CDC regulamentam-se as práticas comerciais, sendo sujeitos dessa norma todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas (art. 29). Na Seção I do capítulo, a oferta é normatizada, sendo definida como toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (art. 30). Também se deve assegurar informações corretas, claras e precisas sobre os elementos essenciais do produto ou serviço, como características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, etc^[21]. Caso o fornecedor se recuse a cumprir a oferta, faculta-se ao consumidor exigir o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente, ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos, conforme o art. 35 e incisos.

Também é regulamentada a publicidade na Seção III do capítulo supracitado. Ela deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal (art. 36), proibindo-se toda publicidade enganosa[22] e abusiva[23] (art. 37). Daí, conclui-se o papel fundamental do CDC na constituição contratual no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Retomando o estudo do diploma civilista, um dos pontos centrais da análise do contrato é a boa-fé objetiva, a qual apregoa que as partes, além de agir conforme a lei, devem agir a fim de que o negócio seja adimplido da forma mais satisfatória possível às partes contratantes, respeitando os costumes próprios daquela prática negocial naquele determinado espaço-tempo. A sua fundamentação pode ser extraída dos artigos 116[24] e 422[25] do Código Civil 2002. Mas, a partir de uma leitura constitucional, pode-se também extrair a boa-fé do princípio da solidariedade contido no dispositivo do art. 3º, I, CF/88.[26]

Os efeitos disso podem ser observados em diversos julgados de tribunais superiores que relativizam a convenção contratual em favor de valores que, naquele determinado caso, se sobrepõe ao contrato inicialmente pactuado. A título de exemplo, tem-se a doutrina da *substantial performance*, ou teoria do adimplemento substancial, que determina que, mesmo quando a obrigação contratual não tiver sido integralmente adimplida, poder-se-á esta obrigação ser tida como adimplida para certos efeitos jurídicos com base na boa-fé e na função social do contrato. Nesse sentido, endossa a Min. Nancy Andrighi:

A boa-fé objetiva induz deveres assessoriais de conduta, impondo às partes comportamentos obrigatórios implicitamente contidos em todos os contratos, a serem observados para que se concretizem as justas expectativas oriundas da própria celebração e execução da avença, mantendo-se o equilíbrio da relação.

Essas regras de conduta não se orientam exclusivamente ao cumprimento da obrigação, permeando toda a relação contratual, de modo a viabilizar a satisfação dos interesses globais envolvidos no negócio, sempre tendo em vista a plena realização da sua finalidade social.

Dessarte, o princípio da boa-fé objetiva exercer três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A esta última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: *tu quoque, venire contra factum proprium, surrectio* e *supressio*.

Para o deslinde da presente controvérsia interessa apenas a *supressio*, que indica a possibilidade de se considerar suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo.^[27]

Também nesta linha, votou o Min. Luis Felipe Salomão:

É de se notar, portanto, que a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença quando viável e for de interesse dos contraentes.^[28]

Portanto, na *substantial performance*, caso haja cumprimento de parte considerável da obrigação assumida pelo devedor, o credor fica impedido de rescindir o contrato, porém, não perde o direito de obter o restante do crédito, podendo ajuizar ação de cobrança para tal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito clássico de contrato vem sendo mitigado pelo desenvolvimento de novas teorias jurídicas: os princípios deixaram de ter importância meramente subsidiária, ganhando posto fundamental no ordenamento; a jurisprudência vem ganhando cada vez mais força como fonte do direito nos ordenamentos estruturados pelo *civil law*; os dispositivos legais com estrutura de cláusula geral

têm cada dia maior presença nos ordenamentos jurídicos; a distinção entre texto e norma foi consolidada; a proporcionalidade e a razoabilidade ganharam reconhecimento com elementos centrais na interpretação e na aplicação do Direito; e foi reconhecida, ao menos no âmbito brasileiro, a eficácia direta e horizontal dos direitos fundamentais.

Dentro de tal contexto evolutivo, a Constituição de 1988 serviu para consolidar definitivamente essa nova visão jurídica no Brasil. O mar de princípios da nova Carta Política e a sua pretensão de promover amplas transformações sociais modificaram consideravelmente os pilares do direito contratual clássico, buscando associar a função social e livre iniciativa. Além da interferência direta dos direitos fundamentais, foram editados o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, com olhares voltados em obedecer aos mandamentos do constituinte. Operou-se uma ampla reforma no direito civil brasileiro.

O efeito disso tudo foi uma reviravolta no modelo clássico de contrato e, conseqüentemente, no modo com que as pessoas se relacionam. Mudança essa voltada à efetivação de valores constitucionais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Vol. 4 - Contratos**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **É possível afastar a ponderação?** Disponível em: . Acesso em: 07 de novembro de 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção” - As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da existência**. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses**. Disponível em: . Acesso em: 07 de agosto de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Conceitos-chave na vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. in *A constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Disponível em: . Acesso em: 07 de novembro de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito das obrigações e responsabilidade civil**. Vol. 2. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo III. Recife: Renovar, 2009.

NOTAS:

[1] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Vol. 4 - Contratos. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 52-53.

[2] *Apud* MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da existência**. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 93.

[3] A doutrina, em geral, diferencia autonomia privada e autonomia da vontade. Enquanto a segunda se aproxima à noção clássica de vontade como soberana, a primeira vai além, tratando da composição contratual como um misto de vontade das partes e fatores de ordem pública necessariamente conexos ao negócio. Neste sentido: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 246.

[4] No Código Civil brasileiro, a teoria da imprevisão está consagrada no artigo 317: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-la, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.” Também enseja à revisão contratual, por força de onerosidade excessiva, a hipótese prevista no artigo 478: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.” Em contrapartida, o CDC adotou, em seu artigo 6º, inc. V, a *teoria da base objetiva do negócio jurídico*: “São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

[5] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, pp. 10-12.

[6] *Vide* KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[7] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 85.

[8] *Op. cit.*, pp. 78-80.

[9] *Vide* MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” - As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

[10] MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 150.

[11] Por isso mesmo, a razoabilidade não tem utilidade apenas no controle da relação entre meios e fins, mas também em muitas outras circunstâncias, tais como na determinação do critério de discriminação a ser usado na concretização do princípio da isonomia em seu aspecto material, no emprego da equidade quando da interpretação e da aplicação de regras jurídicas etc.

Já o princípio da proporcionalidade realiza especificamente o controle da relação entre meios e fins, e o faz por meio da ponderação dos valores constitucionalmente positivados inerentes ao problema. Caso o meio seja adequado e necessário, tem-se ainda de ponderar se o valor por ele prestigiado não está sendo demasiadamente sobreposto a outros, igualmente nobres. Nesse último exame, pelo qual teóricos do direito procuram objetivar tanto quanto possível as valorações feitas pelo intérprete da norma, deve ser dada preponderância ao valor que, em prevalecendo, cause menores estragos aos demais que com ele se chocam. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ponderação de princípios – há como afastá-la? Disponível em: <www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume26/07.pdf>. Acesso em: 07 de novembro de 2017.

[12] PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. Disponível em: . Acesso em: 07 de agosto de 2013.

[13] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Vol. 4 - Contratos. 3. ed . Salvador: JusPodivm, 2013, p. 139.

[14] TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Tomo III. Recife: Renovar, 2009. Em igual sentido: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. Disponível em: . Acesso em: 07 de agosto de 2013.

[15] SILVA, Virgílio Afonso da. Conceitos-chave na vinculação dos particulares a direitos fundamentais. *in* A Constitucionalização do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pp. 50-65.

[16] Art. 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:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[17] Como demonstração desse entendimento, *vide* RE 201819 / RJ - 11/10/2005 - Relator(a): Min. ELLEN GRACIE - Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à

execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

[18] Arts. 30-38, CDC/90.

[19] Arts. 427-435, CC/02.

[20] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Vol. 4 - Contratos. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 99-100.

[21] É necessário ter atenção para fazer a distinção entre oferta e proposta nas relações civis. Pelo CC, a oferta seria uma proposta ao público, carecendo de elementos essenciais ao contrato. A proposta, por outro lado, possui todos os elementos essenciais do contrato, sendo seus termos vinculantes ao proponente.

[22] § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (...) § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

[23] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

[24] Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

[25] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[26] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[\[27\]](#) RECURSO ESPECIAL Nº 1.202.514 – RS (2010/0123990-7) / Rel. Min. Nancy Andrighi.

[\[28\]](#) RECURSO ESPECIAL Nº 1.051.270 - RS (2008/0089345-5) / Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA UM PROBLEMA SOCIAL: O SUPERENDIVIDAMENTO EM TEMPOS DE CRISE ECONÔMICA

MARIA PILAR PRAZERES DE ALMEIDA:
Advogada. Graduada em Direito pela
Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: O presente artigo trata do fenômeno do superendividamento, suas espécies, repercussões e as principais soluções para este problema social crescente na sociedade de consumo atual, diante principalmente do fornecimento irresponsável de crédito. Analisa-se o RESP 1.586.910/SP, demonstrando a resistência dos Tribunais Superiores à aplicação das soluções ao superendividamento, em especial em tempos de crise econômica.

Palavras-chave: Superendividamento; Sociedade de Consumo; Crédito Irresponsável; Instituições Financeiras.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito. 2. Espécies. 3. Repercussões. 4. Soluções. 5. Análise do recente precedente do Superior Tribunal de Justiça (RESP 1.586.910/SP). 6. Conclusão.

Introdução.

Em tempos de crise econômica, torna-se imprescindível a análise deste fenômeno, para que o conhecendo se possa enfrentá-lo adequadamente.

O presente artigo trata do superendividamento, suas espécies, repercussões e as principais soluções para este problema social crescente na sociedade de consumo atual, diante principalmente do fornecimento irresponsável de crédito. Na sequência, analisa-se o RESP 1.586.910/SP, demonstrando a resistência dos Tribunais Superiores à aplicação das soluções ao superendividamento, em especial em tempos de crise econômica.

1. Conceito.

O Superendividamento é um fenômeno social, trazido pela doutrina consumerista de vanguarda, que se caracteriza pela impossibilidade global de adimplemento das dívidas por parte de uma pessoa física.

Observa-se que dentre suas principais causas estão: o oferecimento de crédito pelas instituições financeiras de maneira irresponsável (concedem crédito em valor muito superior aquele suportado pelo consumidor); a falha no dever de informação, violando o art. 52 do Código de Defesa do Consumidor; ou mesmo, a Oniomania, que é uma patologia psíquica, caracterizada pela compulsão por compras.

No art. 52 do Código de Defesa do Consumidor observa-se quais as principais informações que devem ser concedidas durante a contratação de crédito, o que constantemente é inobservado pelas instituições financeiras:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III - acréscimos legalmente previstos;

IV - número e periodicidade das prestações;

V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

Com o advento de uma sociedade de massa, o crédito bancário também sofreu alterações. Atualmente, as instituições financeiras propõem aos consumidores contratos standardizados, cuja forma é abstrata, uniforme, predisposta e rígida, caracterizando-se por serem contratos de adesão verbais ou escritos. Muito comum é a celebração de contratos de forma verbal, normalmente por telefone ou por escrito, mediante contratos eletrônicos, como por exemplo por meio do Bankline ou de caixas eletrônicos dentro ou fora da agência bancária.

Ressalta-se que a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça é cristalina quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras.

2. Espécies.

O superendividamento para ser melhor compreendido deve ser analisado em todas as suas espécies.

Assim, há o superendividamento ativo que resulta do acúmulo de dívidas por consumidor de boa-fé, caracterizando um verdadeiro endividamento compulsório. Este ocorre normalmente quando o consumidor gasta demais, eleva o padrão de vida sem ter condições financeiras.

Este superendividamento ativo pode ser ainda consciente, ou seja, aquele no qual o consumidor, intencionalmente, ou seja, sabendo de sua condição financeira, contrai dívidas até que seu ativo patrimonial seja coberto pelo passivo. Assemelha-se mais a um distúrbio de personalidade, pois se trata de um endividamento compulsório, mas de boa-fé.

Já o superendividamento ativo inconsciente é aquele no qual o consumidor contrai dívidas de forma impulsiva, sem controlar corretamente as suas contas, até não possuir meios de quitar seus débitos.

Por outro lado, o superendividamento passivo é produto de um acontecimento imprevisível pelo qual o consumidor passa, como por exemplo, a doença de um parente com a qual tem que arcar com os custos do tratamento, a perda do emprego, a separação do casal, etc.

3. Repercussões.

Quando há a ocorrência do Superendividamento, compromete-se financeiramente os bens necessários para a manutenção do mínimo existencial.

Por se tratar a integridade psicofísica de um valor imponderável e indisponível, o ordenamento jurídico deve oferecer soluções consentâneas com a manutenção do indivíduo em sociedade, respeitando seus direitos e garantias individuais.

O valor da integridade psicofísica é resguardado no art. 5, inc. XLIX, da Constituição Federal. A integridade física abrange a vida e a saúde do indivíduo. Já a integridade psíquica protege seus direitos da personalidade ligados à psique. Caso sejam violados, ensejam reparação pelo dano extrapatrimonial, conforme art. 5, inc. V, da Constituição Federal.

Além destes clássicos aspectos da integridade psicofísica, fala-se atualmente na incolumidade patrimonial, que se relaciona com o superendividamento. Deve-se resguardar um patrimônio mínimo necessário para a manutenção de uma vida digna.

4. Soluções.

O superendividamento, atualmente, atinge a maioria das famílias brasileiras. Segundo a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) em pesquisa de janeiro de 2017, 55,6% das famílias estavam endividadas.

Apesar de uma recente melhora, o quadro ainda é alarmante já que mais da metade das famílias tem a renda mensal comprometida com créditos bancários, o que prejudica sua qualidade de vida, e em alguns casos, compromete o próprio mínimo existencial.

Assim, percebe-se que o Poder Judiciário se depara com um problema social sem instrumentos suficientes para a solução.

Sabe-se que durante as tratativas para a elaboração do Novo Código de Processo Civil, entendeu-se pela manutenção da regulamentação da insolvência civil pelo Código de Processo Civil de 1973, pois se encontra em curso o Projeto de Lei 3.515/2015, com o intuito de aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

Antes do advento da lei que trará novas soluções para o problema, a principal forma de enfrentamento do superendividamento é a educação preventiva, ou seja, a conscientização de seu estado e a educação financeira do consumidor para a utilização do crédito bancário, o que deve ser sobrado pelos órgãos de Defesa do Consumidor das instituições financeiras.

Em relação às possíveis soluções jurídicas, durante a fase pré-contratual, pode-se alegar a insuficiência de informações na oferta, conforme art. 35, I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor. A medida jurídica cabível seria a ação de cumprimento forçado da oferta. Também se pode efetuar um controle repressivo sobre a publicidade enganosa e abusiva, o que, eventualmente, pode trazer uma situação jurídica menos onerosa ao consumidor.

Quando à fase de formação do contrato, deve-se observar se houve equidade formal das cláusulas contratuais. Se houver cláusula abusiva, como por exemplo uma taxa de juros remuneratórios de 17% ao mês, pode-se pleitear a redução para a média do mercado. A medida jurídica cabível seria a ação de modificação de cláusula contratual, conforme art. 6, inc. V, primeira parte, do Código de Defesa do Consumidor. Pode-se cumular com a ação de indenização por danos morais, pedido de devolução em dobro, etc. O pleito principal será a redução do conteúdo obrigacional a partir da declaração de nulidade de cláusulas eventualmente abusivas.

Já na fase de execução contratual deve-se postular medidas para redução dos prejuízos.

Diversamente do que ocorre no âmbito das relações regidas pelo Código Civil de 2002, em que se aplica, de acordo com a maioria da doutrina, a teoria da imprevisão - desenvolvida no Brasil por Arnaldo Medeiros da Fonseca, no âmbito consumerista adotou-se a teoria do rompimento da base objetiva do contrato, conforme art. 6, inc. V, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a medida jurídica cabível é a ação de revisão por onerosidade excessiva por fato superveniente imprevisível ou previsível de efeitos imprevisíveis (enunciadon. 17 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal), ou ainda, por se tratar de relação de consumo, fato previsível. Portanto, em um caso que o consumidor perdeu seu emprego, poder-se-ia ingressar com a ação.

Também é cabível a aplicação analógica da legislação sobre crédito consignado, determinando o desconto de parcelas do salário do consumidor no limite máximo de 35% dos seus vencimentos líquidos, conforme lei nº 13.172, de 2015.

Conforme se vê, diante da ausência de uma medida legislativa específica para o problema, cabe ao operador do Direito recorrer aos princípios a fim de fundamentar as medidas propostas e obter uma solução eficaz para o problema do consumidor.

Há dois valores em jogo, que devem ser objeto de ponderação pelo aplicador da norma: o interesse legítimo do fornecedor em satisfazer o seu crédito e a salvaguarda de um patrimônio mínimo ao consumidor, capaz de garantir a sua sobrevivência digna, conforme lições de Luiz Edson Fachin.

Aplicam-se os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), da solidariedade social (art. 3º, I, da Constituição Federal), da proteção do consumidor como limite ao empreendedorismo (art. 170, V, da Constituição Federal), da função social dos contratos em seu aspecto endógeno (art. 421, do Código Civil de 2002), do equilíbrio contratual; e da boa-fé objetiva, em sua função integrativa (art. 422, do Código Civil de 2002).

Assim, quando o Banco atua fornecendo crédito irresponsável deve-se utilizar a cláusula geral da boa-fé objetiva. A instituição financeira tem que atuar conforme o dever anexo de cuidado, de informação, de zelo pelo consumidor. Quando faz uma veiculação de crédito acima do que o consumidor pode arcar, passa a concorrer para o superendividamento. Com isso, ele tem o dever de mitigar o prejuízo, porque o consumidor confia no Banco (teoria da confiança). Exemplo é o caso em que se fornece 10 mil reais de cheque especial e o correntista tem uma renda mensal de 5 mil reais.

Em relação ao dever de mitigar o prejuízo (*duty to mitigate the loss*), trata-se um dos conceitos parcelares da boa-fé objetiva e de uma das melhores formas de enfrentamento do superendividamento. Pode ser utilizado tanto na hipótese de superendividado ativo como passivo.

Dessa forma, sempre que identificada a concessão irresponsável do crédito pelo Banco, será mitigado o prejuízo, ou seja, será aplicado o dever anexo de cooperação. O Banco tem o dever de facilitar a adimplência do consumidor reparcelando a dívida, oferecendo novos planos de pagamento de suas dívidas, reduzindo a taxa de juros, dentre outras medidas.

5. Análise do recente precedente do Superior Tribunal de Justiça (RESP 1.586.910/SP):

Verifica-se que apesar de todas as soluções propostas pela doutrina, a jurisprudência ainda é resistente.

Com a ausência de previsão legal específica para a solução do superendividamento, já que o Projeto de Lei 3.515/2015 ainda não foi aprovado, o consumidor fica ao arbítrio das instituições financeiras.

No recente precedente do Superior Tribunal de Justiça (RESP 1.586.910/SP), entendeu-se pela impossibilidade de aplicação, por analogia, da limitação legal ao empréstimo consignado ao desconto em conta-corrente, superveniente ao recebimento da remuneração, conforme se extrai da ementa do julgado, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÕES DE MÚTUO FIRMADO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCONTO EM CONTA-CORRENTE E DESCONTO EM FOLHA. HIPÓTESES DISTINTAS. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA LIMITAÇÃO LEGAL AO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO AO MERO DESCONTO EM CONTA-CORRENTE, SUPERVENIENTE AO RECEBIMENTO DA REMUNERAÇÃO. INVIABILIDADE. DIRIGISMO CONTRATUAL, SEM SUPEDÂNEO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A regra legal que fixa a limitação do desconto em folha é salutar, possibilitando ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao financiador. O legislador ordinário concretiza, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois, com razoabilidade, limitam-se os descontos compulsórios que incidirão sobre verba alimentar, sem menosprezar a autonomia privada. 2. O contrato de conta-corrente é modalidade absorvida pela prática bancária, que traz praticidade e simplificação contábil, da qual dependem várias outras prestações do banco e mesmo o cumprimento de pagamento de obrigações contratuais diversas para com terceiros, que têm, nessa relação contratual, o meio de sua viabilização. A instituição financeira assume o papel de administradora dos

recursos do cliente, registrando lançamentos de créditos e débitos conforme os recursos depositados, sacados ou transferidos de outra conta, pelo próprio correntista ou por terceiros. 3. Como característica do contrato, por questão de praticidade, segurança e pelo desuso, a cada dia mais acentuado, do pagamento de despesas em dinheiro, costumeiramente o consumidor centraliza, na conta-corrente, suas despesas pessoais, como, v.g., luz, água, telefone, tv a cabo, cartão de crédito, cheques, boletos variados e demais despesas com débito automático em conta. 4. Consta, na própria petição inicial, que a adesão ao contrato de conta-corrente, em que o autor percebe sua remuneração, foi espontânea, e que os descontos das parcelas da prestação - conjuntamente com prestações de outras obrigações firmadas com terceiros - têm expressa previsão contratual e ocorrem posteriormente ao recebimento de seus proventos, não caracterizando consignação em folha de pagamento. 5. Não há supedâneo legal e razoabilidade na adoção da mesma limitação, referente a empréstimo para desconto em folha, para a prestação do mútuo firmado com a instituição financeira administradora da conta-corrente. Com efeito, no âmbito do direito comparado, não se extrai nenhuma experiência similar - os exemplos das legislações estrangeiras, costumeiramente invocados, buscam, por vezes, com medidas extrajudiciais, solução para o superendividamento ou sobreendividamento que, isonomicamente, envolvem todos os credores, propiciando, a médio ou longo prazo, a quitação do débito. 6. À míngua de novas disposições legais específicas, há procedimento, já previsto no ordenamento jurídico, para casos de superendividamento ou sobreendividamento - do qual podem lançar mão os próprios devedores -, que é o da insolvência civil. 7. A solução concebida pelas instâncias ordinárias, em vez de solucionar o superendividamento, opera no sentido oposto, tendo o condão de eternizar a obrigação, visto que leva à

amortização negativa do débito, resultando em aumento mês a mês do saldo devedor. Ademais, uma vinculação perene do devedor à obrigação, como a que conduz as decisões das instâncias ordinárias, não se compadece com o sistema do direito obrigacional, que tende a ter termo. 8. O art. 6º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro confere proteção ao ato jurídico perfeito, e, consoante os arts. 313 e 314 do CC, o credor não pode ser obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa. 9. A limitação imposta pela decisão recorrida é de difícil operacionalização, e resultaria, no comércio bancário e nas vendas a prazo, em encarecimento ou até mesmo restrição do crédito, sobretudo para aqueles que não conseguem comprovar a renda. 10. Recurso especial do réu provido, julgado prejudicado o do autor

Dessa forma, verifica-se uma tendência do Superior Tribunal de Justiça de se preocupar com os interesses das instituições financeiras, em detrimento da questão social inerente ao superendividado. Observa-se também que a ausência de aprovação do Projeto de Lei 3.515/2015 dificulta a proteção dos consumidores, pois há uma incompreensão dos institutos e da aplicação dos princípios.

O contexto de crise econômica também contribui para uma atuação mais contida dos Tribunais Superiores sobre a limitação dos lucros das instituições financeiras, estando em pauta, atualmente, na opinião pública, uma visão mais liberal da economia, em detrimento do dirigismo contratual.

6. Conclusão.

Conclui-se que para a solução de superendividamento, problema social inerente às sociedades de consumo em massa, o mais recomendado é a aprovação do Projeto de Lei 3.515/2015. Somente assim, poder-se-ia lançar mão de instrumentos jurídicos positivados para possibilitar um melhor enfrentamento da questão, contornando a resistência jurisprudencial.

REFERÊNCIAS:

Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/02/endividamento-das-familias-cai-ao-menor-nivel-em-quase-sete-anos-1>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

EFING, Antonio Carlos. Contratos e procedimento bancários. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição, 2015.

COSTA, Geraldo Martins da. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição, 2002.

MARQUES, Claudia Lima – “Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais”. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2ª Edicao. Editora Saraiva, 2006.

ESTUDO SOBRE INCOTERMS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

MAURÍCIO SCHIBUOLA DE CARVALHO:
Advogado. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.
Pós Graduando em Direito Processual Civil pela
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

RESUMO: O presente trabalho consiste em análise das cláusulas de contratos de compra e venda internacionais denominadas Incoterms. Após a explanação do conceito, estuda-se a classificação dos modelos de Incoterms mais recentes: os Incoterms criados em 2010.

PALAVRAS-CHAVE: International Commercial Terms. Contratos Internacionais. Incoterms 2010.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Definição e origem; 3. Classificação: 3.1. EXW (Ex Works); 3.2. FCA (Free Carrier); 3.3. FAS (Free Alongside Ship); 3.4. FOB (Free On Board); 3.5. CFR (Costs and Freight); 3.6. CIF (Costs Insurance and Freight); 3.7. CPT (Carriage Paid To); 3.8. CIP (Carriage and Insurance Paid To); 3.9. DAP (Delivered At Place); 3.10. DAT (Delivered at Terminal); 3.11. DDP (Delivered Duty Paid); 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

A problemática dos contratos de compra e venda internacionais passa por desafios ainda maiores do que os realizados dentro de um mesmo país. Desse modo, assim como nas transações nacionais, as internacionais precisam de uma regulação eficiente e que atenda aos interesses do vendedor e do comprador, para evitar, portanto, os conflitos judiciais.

Entender as Incoterms é necessário para evitar prejuízo em decorrência de uma interpretação equivocada sobre os direitos e deveres do comprador e do vendedor.

2. Definição e origem

A palavra “incoterms” deriva de International Commercial Terms, isto é, Termos Internacionais de Comércio, contudo também são chamadas pelo nome de “Cláusula de Preço”, pois cada termo determina os elementos que compõem o valor da mercadoria.

Originaram-se, em 1936, por ato da Comissão Internacional do Comércio (CCI) – sediada em Paris e de caráter privado -, a qual deu interpretação aos modelos contratuais utilizados à época para contratos internacionais no que diz

respeito à transferência de mercadorias, às despesas decorrentes de transações e à responsabilidade sobre perdas e danos.

A priori, apenas eram usados para os transportes pela via terrestre e marítima, passando, após de 40 anos de sua criação, a serem utilizados também para os transportes aéreos.

Tratam-se de cláusulas típicas dos contratos de compra e venda internacional, que estabelecem direitos e obrigações para o importador e o exportador, não atingindo terceiros fora da relação, a exemplo de seguradoras e transportadoras.

Além disso, não são de caráter impositivo, apenas propondo cláusulas consideradas imparciais que visam dar coerência aos contratos internacionais. Quando presentes no contrato, passam a ter força de lei.

São exemplos de regras definidas pelos Incoterms: quem deverá pagar o frete, quem será o responsável pelo seguro e o local onde a mercadoria deverá ser entregue.

3. Classificação

Os Incoterms têm suas classificações representadas por siglas e estão listados em ordem crescente de obrigação do vendedor, existindo atualmente onze tipos, os quais estão divididos numa totalidade de quatro grupos.

A última classificação criada foi as “Incoterms 2010”, que entraram em vigor no mês de Janeiro de 2011 e foi publicada pela Câmara Internacional de Comércio.

A versão 2010 das Incoterms excluiu algumas cláusulas em relação às Incoterms 2000, sendo elas: DAS (Delivered At Frontier), DES (Delivered Ex-Ship), DEQ (Delivered Ex-Quay) e DDU (Delivered Duty Unpaid). Entretanto, apareceram dois novos termos: o DAT (Delivered at Terminal) e o DAP (Delivered at Place), podendo ser estes adotados para todos os tipos de transporte.

Houve também uma mudança para dar maior segurança jurídica e evitar ambiguidade nas interpretações: os incoterms CFR (Cost and Freight), CIF (Cost, Insurance and Freight) e FOB (Free on Board) passaram a dispor que a entrega da mercadoria deveria ser a bordo do navio e não mais na sua amurada.

3.1. EXW (Ex Works)

O tipo EXW (Ex Works) dispõe que a mercadoria será posta para o comprador no estabelecimento do vendedor ou em outro local.

Outrossim, a responsabilidade pelas perdas e danos e despesas a partir do momento de entrega da mercadoria, incluindo o despacho da mercadoria para o exterior, será do importador. Também deve o exportador oferecer apoio para a aquisição de toda documentação do despacho do produto.

3.2. FCA (Free Carrier)

A cláusula FCA (Free Carrier) define que o exportador deverá entregar as mercadorias desembaraçadas para o transportador internacional, no local apontado pelo importador, livrando-se de todas as suas responsabilidades.

Ademais, pode ser utilizada em todos os tipos de transporte, não havendo qualquer restrição.

3.3. FAS (Free Alongside Ship)

O FAS (Free Alongside Ship) determina que a responsabilidade do exportador perdura até o momento em que entrega a mercadoria desembaraçada junto ao costado do navio.

Tal condição é utilizada somente para o transporte hidroviário inferior ou marítimo.

3.4. FOB (Free On Board)

Já o incoterm FOB (Free On Board) está dentre os incoterms mais utilizados no mercado. Essa cláusula dispõe que a mercadoria deverá ser entregue desembaraçada a bordo do navio escolhido pelo importador.

O presente termo é utilizado para transporte de mercadorias pela via marítima ou fluvial.

3.5. CFR (Costs and Freights)

Por outro lado, a CFR (Costs and Freights) afirma que a responsabilidade do vendedor é fazer com que a mercadoria esteja a bordo do navio, ou seja, ultrapasse a murada deste. Desse modo, as despesas para que ingresse a bordo ficam a cargo do exportador.

Todavia, é utilizado apenas para os transportes do tipo hidroviário interior e marítimo.

3.6. CIF (Costs Insurance and Freight)

A CIF (Costs Insurance and Freight) é semelhante à CFR, tendo como diferença o fato de que as despesas do seguro ficam a cargo do exportador.

Do mesmo modo que a CFR, é restrita a sua utilização para transporte marítimo e hidroviário interior.

3.7. CPT (Carriage Paid To)

A cláusula CPT (Carriage Paid To) determina que quando as mercadorias são entregues ao transportador, a responsabilidade por perdas e danos, além de custos adicionais, passa para o comprador.

A CPT é aplicada para todos os tipos de transporte.

3.8. CIP (Carriage and Insurance Paid To)

A CIP (Carriage and Insurance Paid To) dispõe que o vendedor tem as mesmas responsabilidades do CPT, com a adição do pagamento e contratação do seguro até o momento da entrega.

Pode ser utilizada para qualquer modalidade de transporte, tal qual a CPT.

3.9. DAP (Delivered At Place)

A DAP (Delivered At Place) expõe que a responsabilidade do vendedor consiste basicamente em colocar a mercadoria à disposição do comprador no porto designado ou então em outro local escolhido como empresa do importador.

Trata-se de incoterm utilizado para todas as modalidades de transporte.

3.10. DAT (Delivered at Terminal)

A DAT (Delivered At Terminal) assemelha-se bastante à DAP, diferindo por não haver a possibilidade de ser designado outro local como empresa do importador. A inovação trazida por esse novo termo é o caso de a mercadoria poder ser entregue em um terminal fora do porto.

Da mesma forma que a DAP, pode ser usada para todos os tipos de transporte.

3.11. DDP (Delivered Duty Paid)

Incoterm que estabeleceu maior grau de compromissos para o exportador. O exportador assume o compromisso de entregar o produto desembaraçado para a importação, pagando todas as despesas – até mesmo impostos - no local escolhido pelo importador.

Não apresenta restrições em relação à utilização em tipos de transportes.

4. Conclusão

Diante de todo o exposto, verifica-se que, apesar de desconhecido por parte de muitos juristas do Brasil, embora não sejam criações recentes, os Incoterms estão bastante presentes no mercado internacional.

Além disso, trata-se de instituto essencial para a regulação das relações internacionais, sendo extremamente necessário para se uniformizar determinadas cláusulas negociais de tais contratos.

Desse modo, no mundo globalizado atual, no qual há constante expansão de negócios jurídicos de cunho internacional, é essencial a existência de determinados institutos regulamentadores dos acordos, a exemplo dos Incoterms.

5. Referências

<http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/incoterms.htm>. Acessado em 13/12/2017.

<http://www.atlantaaduaneira.com.br/incoterms.html>. Acessado em 13/12/2017.

A FUNÇÃO SOCIAL DO TRABALHO NOS CÁRCERES NO BRASIL E ARGENTINA

IGOR LEITE BRASILEIRO: Mestre em Direito do Trabalho e Relações Internacionais do Trabalho pela Universidad Nacional de Trés de Febrero (UNTREF), em Buenos Aires, Argentina; Especialista em Advocacia Criminal pela Faculdade Projeção, em Brasília-DF; Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI), em Caratinga-MG; Bacharelado em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT).

RESUMO: Este artigo procurou explicar o trabalho do preso, nas unidades prisionais e questionou a instrumentalização do trabalho como elemento efetivo ressocialização do apenado. O presente estudo, concentrado na área do Direito Penal e do Direito Processual Penal, buscou, ainda, elucidar melhores explicações sobre o sistema carcerário e a remição da pena. Por isso, foram analisadas as normas aplicáveis à execução da pena e legislação social laboral, institutos jurídicos dispostos à análise do tema em comento e que conferem ao sentenciado direitos em prol da sua ressocialização.

Palavra-chave: Trabalho. Preso. Função social. Direito penal do trabalho.

ABSTRACT: This article sought to explain the work of the prisoner in the prison units and questioned the instrumentalization of work as an effective resocialization of the victim. The present study, focused in the area of Criminal Law and Criminal Procedural Law, also sought to elucidate better explanations about the prison system and the remission of the sentence. Therefore, the norms applicable to the execution of the sentence and social labor legislation, legal institutes were prepared to analyze the topic in question and that give the sentenced rights for their resocialization.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Trabalho. 2. Das Penas. 3. O Crime. 4. O Trabalho Nas Penitenciárias. 5. Legislações, Normais E Tratados Internacionais Aplicadas Ao Trabajo Do Preso. 6. Enfrentamento De Políticas Públicas Ao Trabalho Dos Presos. 7. Conclusão. 8. Referências.

SIGLAS: CP- Código Penal. CN- Constituição Nacional. LEP- Lei de Execução Penal. CLT- Consolidação das Leis Trabalhistas. LCT- Lei de Contrato de trabalho .OIT- Organização Internacional do Trabalho. ONU- Organização das Nações Unidas. MGO- Ministério Público de Goiás. TST- Tribunal Superior do Trabalho. STF- Supremo Tribunal Federal. SP- Sistema Penitenciário Federal.

INTRODUÇÃO.

Pensar em “trabalho” não pode estar dissociado do conceito de dignidade, oportunidade, liberdade e igualdade. Desta forma, pensar em Direito do Trabalho também não pode ficar dissociado a princípios norteadores do direito, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade e igualdade, entre outros.

É preciso que o Estado implemente políticas públicas internacionais mais efetivas por meio de legislação e formação de parcerias para o favorecimento do trabalho aos apenados como forma de garantir um grande impacto social na vida do apenado e da sociedade como um todo.

O trabalho prisional e suas perspectivas foram sendo lapidadas ao longo da história, sua evolução foi constante e os termos ao qual conhecemos o Direito do Trabalho e o direito ao trabalho evoluíram juntos.

O presente trabalho acadêmico não tem a pretensão de esgotar a matéria sobre o tema proposto, qual seja, --a função social do trabalho e suas conotações jurídico-laboral--, mas sim levantar discussão e instigar questionamentos a cerca da matéria visando um estudo mais aprofundado sobre os pontos abordados.

Imperioso o estudo epistemológico do trabalho prisional levando em consideração a origem e a evolução do trabalho, vista a princípio como forma de castigo, passando ao longo da história como meio de edificação do homem, garantindo dignidade, bem como o estudo etimológico da palavra “trabalho” que do latim era chamado de “tripalium” que era uma ferramenta utilizada para ferrar animais e também utilizada para castigar escravos, causando-lhes dor e sofrimento.

A abordagem dos temas foram divididos em 6 (seis) capítulos como forma de deixar o trabalho o mais didático possível e organizar melhor as ideias que queremos levantar. No primeiro capítulo trouxemos conceitos, origem e evolução do trabalho, bem como a importância do trabalho na vida do homem, em especial a do homem preso, por ser a melhor maneira de restaurar a dignidade muitas vezes perdida com a segregação da vida em sociedade.

Ainda buscamos acrescentar no primeiro momento a função social do trabalho, pois é inegável ser o trabalho o meio mais hábil que o homem se integra em sociedade e busca seu crescimento como pessoa. Finalizando em primeiro momento com um estudo comparativo entre o direito do trabalho frente as Constituições Brasileira e Argentina.

Logo em seguida, como forma de especificar mais ao tema proposto, necessário foi um estudo sobre a pena, sua origem, evolução e suas teorias. A pena foi a forma buscada em sociedade para punir aquele que descumprisse as regras de convivência social, e foi com sua evolução que a pena ditou os primeiros passos para o desenvolvimento do trabalho dentro do sistema penitenciários, pois como estudado, o trabalho a princípio tinha a finalidade de castigo/punição.

Com o estudo do crime em si e os modelos de sistemas penitenciários já existentes, se deu uma visão mais ampla da importância do trabalho desenvolvido pelos detentos em cada tipo de sistema penitenciário. O trabalho desenvolvido pelos presos ainda era visto a princípio como uma das formas de punição ao delito.

Depois de uma abordagem necessária sobre a pena e suas teorias, bem como o crime, adentra-se no trabalho prisional propriamente dito, a origem e evolução do desenvolvimento do trabalho dentro das penitenciárias, suas peculiaridades e transformação da vida do preso com seu caráter eminentemente ressocializador.

O trabalho do preso é mais que um direito, é um dever imposto pela Lei de Execução Penal e deve ser a eles garantido. O trabalho carcerário é diferenciado por lei e não obedece aos mesmos critérios norteadores do trabalho desenvolvido pelo homem em liberdade.

A natureza jurídica do trabalho do preso não é regida por legislação trabalhista, não obedece e não está sujeita a esta legislação laboral. Trata-se de uma natureza administrativa, pois tem seu fim ressocializador. Tal característica atribuída a este trabalho está na possibilidade de atrair possíveis interessados em empregar esse tipo de mal de obra.

Poucas são as normas e jurisprudências a cerca do trabalho prisional, tanto no Brasil como na Argentina é escasso material que contemple de forma mais específica o assunto e em ambos os países a legislação é falha. Como forma de suprir essas lacunas deixadas por falta de leis específicas que regulem o tema, organismos internacionais como a OIT, em seus tratados que tem como signatários Brasil e Argentina trazem regras gerais que devem ser observadas pelas autoridades de cada país quando da utilização da mão de obra carcerária.

Finaliza o trabalho sobre as políticas de enfrentamento público para as atividades laborais desenvolvidas pelas pessoas segregadas de sua liberdade, bem como mostrando quais direitos são garantidos por lei a esse tipo de trabalho desenvolvido pelos detendo. Como é sabido, o trabalho do preso embora não seja regido pela legislação laboral, mas goza de um regramento mínimo que garanta dignidade ao trabalhado desenvolvido, tais como a percepção de remuneração, descanso, repouso final de semana e feriado, jornada de trabalho, condições de higiene e segurança do trabalho condignas.

O trabalho do preso ainda é visto por maus olhos pela sociedade, mas não é a intenção desse trabalho acadêmico querer santificar as atitudes dos presos por meio do trabalho, mas apenas mostrar que isso existe e faz parte de um contexto social e por conta disso merece ser estudado, discutido e visto melhores formas de enfrentamento da questão.

1. O TRABALHO

1.1 Conceito do trabalho e suas evoluções, o trabalho visto como forma de castigo.

O direito do trabalho não é muito antigo, mas a relação de trabalho e subordinação remontam desde a origem do homem, sendo citada inclusive em passagens bíblicas, onde via-se o trabalho como castigo. O trabalho, no livro

bíblico de Gênesis, era vista como uma forma de disciplina aos desobedientes a Deus, surgindo assim o trabalho como punição, inexistindo relação de emprego ou trabalho entre trabalhador e empregador.

A palavra “trabalho” deriva do latim *tripalium*, que era uma ferramenta parecida com um cabo de três pontas que se usava inicialmente para sujeitar cavalos ou bois e assim poder ferrá-los. Também se usava como instrumento de tortura para castigar escravos ou reclusos. Daí que *tripaliari* significa “tortura”, “atormentar”, “causar dor”.^[1]

Amauri Mascaro do Nascimento^[2] afirma que o que se via a cerca dos estudos etimológicos do direito do trabalho é que o trabalho significava uma atividade humana que representava um esforço, uma pena, castigo, cansaço.

Amauri acrescenta ainda que o trabalho deve ser visto da seguinte forma:

O trabalho há de ser analisado tendo em vista o homem, em razão de sua capacidade criadora, já que definido, como acerto, como o “animal que produz”. A par de ser, para o homem, uma necessidade vital, é também, e aí sua importância maior, o seu libertador, tanto individual como socialmente.^[3]

Até os séculos XV e XVI a palavra trabalho se utilizava unicamente para designar as atividades do carrasco. O restante da população trabalhava e produzia. Referiam-se as atividades necessárias para satisfazer as necessidades das pessoas, e produzir se referiam as atividades de produção das coisas.^[4]

O trabalho para o manutenção da vida era concebido, portanto, apenas como uma imposição, tarefa obrigada e penosa, exercício adequado para o degraamento, estranho àquilo que poderia caracterizar como o mais elevado da essência humana como tal. Na Grécia Clássica, o trabalhador era escravo, não era homem; o homem não trabalhava.^[5]

Os gregos da antiguidade clássica acreditavam que apenas os homens livres eram dignos de abster-se do trabalho podendo dedicar-se a vida pública,

pois, em contrapartida, estavam os escravos que eram submetidos a atividades do cotidiano. Considerava a escravidão como a mais adequada relação laboral.

Na antiga Roma, onde os escravos não obedeciam às ordens eram castigados mediante o sistema que se chamava *tripalium*, é dizer, três mastros. Este tormento consistia em assegurar ao rebelde o mastro com um cabo, e acoitá-lo. Dlá surgiu a palavra “*tripaliare*” que significa “sofre o tormento de três varas”.^[6]

Como vemos, para os romanos *tripaliare* era sinónimo de sofrimento. A castelhanização se deu na Idade Média, quando se empregou o mesmo sentido da palavra: do latim *tripaliare* (padecer o tormento dos três mastros) se passou ao castelhano *trevallar* (três varas ou três estacas). Falavam de *trevallo* de parto, se referindo a dor, ao sofrimento que provocava.^[7]

Segundo Julio Grisolia, o trabalho através da história se formou por meio de três etapas, sendo a primeira etapa a pré-industrial (até o ciclo XVIII) com a organização de propriedades e classes, dominada pelo clero e a nobreza, nesta primeira etapa subdivide-se a época antiga (até sec. X) escravos, industrias familiares, artesanatos em colégios; a época medieval (séculos X a XV) onde se entrincheiraram sindicatos e corporações; época monárquica (séculos XVI a XVIII) com a industrias rudimentares.

A segunda etapa é a industrial (fins do sec. XVIII) com a aparição dos primeiros maquinários, o sistema capitalista, jornadas extenuantes e desproteção. Surgio as ideias liberais, socialistas, comunismo e a doutrina social da igreja. A terceira e última etapa das etapas pós-industrial (atual) nova ordem econômico caracterizado por a globalização e a flexibilização laboral, surgio a informatização, robotização, teletrabalho entre outros.^[8]

No cristianismo, o trabalho era considerado como resultado como resultado do pecado original, e através do trabalho nos redimimos. Considera-se a ociosidade como fonte de todos os males e o trabalho como a de todas as virtudes.

A ética protestante vem atribuir um valor positivo ao trabalho, considerando-o não como punição mas como oferenda a Deus. A partir de meados do século XIX, servidão, em suas várias formas, estará extinta na maior

parte dos países ocidentais, sendo substituída pelo trabalho assalariado, socialmente valorizado.

Podemos perceber que o trabalho, na maior da das civilizações, já foi considerado como uma atividade desprezível, submetendo a força bruta aqueles que eram considerados pelas sociedades, as suas épocas, um marginal.

Cada formação social desenvolve um tipo específico de relações sociais para atender a atividade laboral que impacta decisivamente as características de cada sociedade, a cultura e a forma de vida de seus habitantes. A constituição da humanidade como uma espécie social está vinculada ao desenvolvimento de relações cooperativas no trabalho.

Com a Revolução Industrial, movimento que transformou a ideia de produção, percebeu que a mola propulsora da produção industrializada seria o operário, visto apenas como uma das coisas que propulsava a indústria, as péssimas condições de trabalho, a concentração do proletariado nos grandes centros, refletidos no campo jurídico na “liberdade de contratar” –, o largo emprego das chamadas “meias-forças” – o trabalho da mulher e do menor –, a ideia então vigorante do não intervencionismo estatal, entre outras premissas, fizeram com que surgisse uma “consciência de classe”, o mais relevante fenômeno para a institucionalização jurídica do Direito do Trabalho.

A cerca do tema, o Grisolia delinea excelentes feições:

“em sentido amplo se pode definir o trabalho humano como toda a atividade realizada pelo homem, com seu esforço físico ou intelectual, que produz bens e serviços e que tem por objeto transformar as coisas, é dizer, transformar a realidade. No entanto, para o direito do trabalho o conceito é mais restrito. Se limita a toda atividade lícita prestada a outro- pessoa física ou jurídica (empregado individual ou empresa- em troca de uma remuneração: o direito do trabalho não se ocupa com todo o trabalho humano, tão somente do trabalho com relação de dependência.”^[9]

Para o autor, o trabalho pode ser compreendido sobre dois enfoques, porém, apenas o trabalho com relação de dependência e subordinação, onde se tem uma prestação de serviço em troca de uma remuneração é que está tutelado pelo direito do trabalho.

As primeiras leis de proteção ao trabalho são surgiram e forma espontânea, além do próprio Estado querer evitar os conflitos sociais que viam surgindo na Revolução industrial, as primeiras reações dos trabalhadores, que consideravam o local de trabalho uma prisão, ocorreram com destruição de máquinas e paralisações de trabalhos.

Segundo Marcelo Moura^[10] tais movimentos contra a máquina iniciou em 1779 e istensificou em 1811, ganhando a denominação de “ludismo”, em razão do líder “Ned Ludd”. As maquinas eram destuidas por serem consideradas causadoras dos males a saúde dos trabalhadores. No ano de 1812, em reação à destruição de máquinas, o parlamento inglês aprovou uma lei punindo com pena de morte a destruição de máquinas.

Mudança radical que aconteceu no cenário legislativo europeu se deu quando da aprovação da primeira lei inglesa de proteção ao trabalho, em 1802, seguiram-se as leis de 1819 que restringia a idade para trabalho de crianças nas fábricas, de 1833 onde se criou as inspeções nas oficinas e de 1844 que implementou medidas de segurança do trabalho.^[11]

Final do século XX pressionou a expansão da legislação trabalhista, o direito do trabalho ainda incipiente, concentrou suas regras de proteção na limitação da jornada de trabalho e nas condições de saúde no ambiente de trabalho e nas condições de saúde no ambiente laboral, preocupando-se ainda mais com mulheres e crianças, até então os mais explorados.

A internacionalização do direito da legislação trabalhista se deram graças às ideias do industrial inglês Robert Owen e o francês Daniel Le Grande.^[12]

Amauri Mascaro do Nascimento^[13] afirma que Robert Owen em 1818 preconizou a necessidade de uma ação internacional para melhoria das condições de trabalho nas empresas e o francês Daniel Le Grande entre 1840 e 1855, dirigiram-se aos governantes franceses e aos principais países da Europa propondo a criação de uma legislação industrial internacional.

Desta forma, a primeira conferência internacional do trabalho foi convocada em Berlim, representada por diversos países europeus que ocorreu em 1890, no ano seguinte a Igreja deu enorme contribuição na criação de parâmetros internacionais relativos a relação de trabalho com a aprovação da Encíclica *Rerum Novarum*, pelo papa Leão XIII, que tratava os direitos humanos do trabalhador, conclamando os patrões a remunerarem dignamente seus empregados e condenando a exploração desenfreada de Mão de obra.

Com o fim da primeira Guerra Mundial foi assinado o acordo de paz intitulado Tratado de Versalhes datado em 28 junho de 1919, que representou como grande marco da institucionalização do direito internacional. No que tange ao Direito do Trabalho, o art.23 deste pacto estabelecia que os países velassem pelas boas condições de trabalho.[\[14\]](#)

A Conferência Geral da OIT realizada na Filadelfia em 1944, marcou o início desta regulamentação em matéria trabalhista, até então produção dos próprios países, assumindo um papel de vanguarda por meio de suas Convenções, Recomendações e resoluções no que tange ao Direito do Trabalho no panorama global.

O conceito de trabalho está previsto no art.4º da LCT (Ley de Contrato de Trabajo), onde estabelece que “constitui trabalho, para os fins desta lei, toda atividade lícita que se preste em favor de quem tem a faculdade de dirigi-la mediante uma remuneração. O trabalho tem como principal objeto a atividade produtiva e criativa do próprio homem. Somente depois há de se entender que medeia entre as partes uma relação de comércio e finalidade econômica como disciplinados por essa lei”.[\[15\]](#) Com esta definição o trabalhador não é apenas uma coisa econômica, mas, uma pessoa digna e deve ser respeitado como tal.

Para Vólia Bomfim Cassar, 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.[\[16\]](#)

Por fim, podemos concluir que desde o conceito do trabalho e sua evolução, o trabalho hoje pode ser visto como uma forma honrosa ao homem que trabalha, ao mesmo tempo que o enaltece perante a sociedade e sua família,

trazendo conforto e segurança. Já não se tem mais a visão de castigo, ou como necessidade passageira, trata-se sim de um bem estar ao homem trabalhador, de se ver útil e ativo. Pode-se dizer que o trabalho é uma exigência social

1.2 A Função Social do Trabalho.

Conforme vimos anteriormente há séculos as pessoas vivem em sociedade numa contínua busca de realizações de suas necessidades. Diante das inúmeras relações estabelecidas nessa situação, as normas jurídicas são mecanismos de manutenção, retratando formas em que todos possam buscar a satisfação dos seus interesses, sem atingir à coletividade.

É inquestionável que o trabalho ocupe um lugar central na vida de quem o realiza e a todos os que o cercam. Seja por sobrevivência, ou pelo tempo que se dedica ao trabalho, seja por ser meio de uma realização profissional o ate mesmo pessoal, o trabalho é sem dúvidas um instrumento pelo qual o homem dialoga com seu meio social e com seu tempo.

Esta relação homem-trabalho, a dimensão transformadora do trabalho em relação à natureza e ao próprio homem, foi apreendida por Karl Marx, que afirmou ser:

o trabalho, em primeiro lugar, um processo em que ambos, o homem e a natureza, participam, e no qual o homem, de sua livre vontade, inicia, regula e controla as relações materiais entre si próprio e a natureza [...] logo, ao atuar no mundo externo e ao modificá-lo ele muda, ao mesmo tempo, a sua própria natureza. Desenvolve as suas forças adormecidas e compele-as a agir em obediência ao seu poder.^[17]

Ao afirmar que o trabalho cria o homem, e, por força da dialética, que o homem cria a si mesmo pelo trabalho, Marx provoca uma reavaliação do trabalho, que até então fora uma atividade desprezada, conferindo-lhe nova dignidade.^[18]

Para Engels, na mesma linha de pensamento, o trabalho é mais do que o ato de transformar a matéria-prima em riqueza. Segundo ele, o trabalho “é o

fundamento da vida humana”. Afirma, que “sob determinado aspecto, o trabalho criou o próprio homem”[\[19\]](#)

Justamente por essa importância social que ocupa o trabalho na vida do homem, é que podemos medir as consequências negativas do desemprego, da exclusão do homem trabalhador do processo social de produção.

Temos que ter em mente que o trabalho que edifica e trás dignidade ao homem é o que ajuda a criar uma imagem positiva de si próprio dentro do mercado de trabalho, não se concebendo a ideia do trabalho alienador, onde é mais importante a mercadoria do que quem o produz. O trabalho que deprecia a qualidade de trabalhador e que envilece a dignidade e a personalidade humana não colabora para construção da identidade do trabalhador, do contrário, despersonaliza.

Pablo Rieznik em sua obra define o trabalho como:

“Da mesma forma que o trabalho implica uma relação de atividade entre os homens, seus dispositivos físicos e biológicos, o ambiente em sua volta, o seu reconhecimento é historicamente dominado por um determinado tipo de vínculo que é postulada como ser humano entre o indivíduo, a sociedade e a natureza. A relação entre o homem e o mundo natural não implica, no entanto, por si só, a consciência clara de atividade própria ou diferenciada, por isto devemos considerar a história concreta de tal relação, é dizer, que o homem se humaniza, se converte em um ser naturalmente diferenciado, como resultado de sua crescente independência no meio ambiente. A consciência continua a existir e é claro que a existência humana é construída como tal num caminho que conduz da extrema dependência das forças elementais da natureza para a capacidade de compreender e dominar. Na antiguidade, pela completa submissão do homem ao domínio das forças da natureza, a vida ativa somente pode ser concebida como humana quando se emancipou do mundo natural

“latu sensu”. A vida ativa como elemento diferenciador dos humanos, contraditoriamente, é contemplação e até mesmo a passividade em relação a atividade produtiva. As palavras e suas conotações, em consequência, carecem de significado se forem captadas da história real”.[\[20\]](#)

Desta forma o estado passou a ter uma percepção maior sobre a necessidade de regulamentação jurídica das relações entre empregado e empregador.

Antônio Rodrigues de Freitas Júnior destaca que “hoje, portanto, mantém-se a vida com o labor, mas ele não é apenas atividade do animal laboral; transformou-se na forma de realização do homem, que realiza o seu trabalho não somente para atender às necessidades de sua existência. A partir do trabalho, o homem mantém sua vida e desenvolve suas potencialidades, agindo e participando da sociedade. Trabalhar é a forma com que a maioria das pessoas no globo terrestre encontra para buscar uma vida com dignidade. É indispensável, portanto, que não apenas seja assegurado o trabalho, mas este em condições dignas”.[\[21\]](#)

O direito do trabalho deve-se ter uma conotação muito mais ampla do que ao que se pensa que seja apenas uma aplicação das regras trabalhistas, vai além desses limites e a cerca disso a insigne Vólia Bomfim delinea excelentes feições, vejamos:

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 [...].[\[22\]](#)

A autora afirma ainda que o caráter socializante do direito do trabalho vem inspirando todos os outros ramos do direito, pois realça a finalidade social e o caráter coletivo do direito, menos preocupados, como outrora, com o individual e o patrimônio, abandonando o caráter privatista do direito comum, afirma ainda que a socialização dos direitos também estão ligadas as questões coletivas, já que obriga a repartição dos problemas com toda sociedade.

Para Julián Arturo, o trabalho, em qualquer caso, sempre teve o sentido ético e um profundo significado desde o ponto de vista religioso e social. É em função disso, que se pode observar, através da história, uma grande lista de fatos e circunstâncias em que os direitos dos trabalhadores são defendidos, essencialmente, visando salvaguardar a dignidade do homem que trabalha e, assim, também proteger sua família.^[23]

Por último, e não menos importante, fundamentado no discurso éticopolítico, vigente desde o Século XVIII, que estabelecia a ideia que nossa sociedade é ideologicamente percebida e aprendida como uma sociedade de trabalho. Somente quem trabalha desfruta de efetiva cidadania e tem efetiva dignidade. Conforme assinalou Josué Pereira da Silva^[24], ao longo do tempo o trabalho se modulou num “princípio organizador fundamental das relações sociais” sendo um importante instrumento de existência e identidade social. Para o autor a sociedade se forma numa “sociedade de trabalhadores”.

Nessa esteira, Wanderley Codo e outros afirmam que a “construção do indivíduo é a história do trabalho. Inicialmente, o indivíduo aparece como um repositório dos vários outros. A dissolução da aparência das reposições se dá através do trabalho. O trabalho é, portanto, maneira do indivíduo existir, objetivar-se e, ao objetivar-se, se subjetivar”.^[25]

1.3 O trabalho e a Dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais do homem.

A elaboração de um tópico relacionado a análise dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana correlacionados ao direito do trabalho é de suma importância para o presente trabalho, tendo em vista que o tema alçou no contexto jurídico brasileiro e argentino uma enorme mudança na forma como é tratado o direito do trabalho. Principalmente quando se trata do trabalho desenvolvido pelos detentos em estabelecimentos prisionais, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são regras base nas relações de emprego que ali surgem.

Vólia Bomfim^[26]preceitua direitos fundamentais da seguinte forma:

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. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive. Os direitos fundamentais são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas etc.

Atualmente, boa parte das constituições dos estados nacionais, assim como numerosos tratados e instrumentos internacionais , incluem o direito ao trabalho entre os direitos humanos fundamentais que devem ser garantidos a todas as pessoas por sua condição como tal.

Na visão de Bobbio, citado pelo insigne Gilmar Mendes^[27] os direitos humanos se transmudava de acordo com a conveniência da história, como segue:

Os direitos humanos seriam fruto de momentos históricos diferentes e a sua própria diversidade já apontaria para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta, válida para todos os direitos em todos os tempos. Ao invés, seria mais produtivo buscar, em cada caso concreto, as várias razões elementares possíveis para a elevação de um direito à categoria de fundamental, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito haverá de atuar. Atualmente, buena parte de las constituciones de los estados nacionales, así como numerosos tratados e instrumentos internacionales, incluyen el derecho al trabajo entre los derechos humanos fundamentales que deben

garantizarse a todos las personas por su condición de tales.

Para o mestre César Basile, na visão do grande filósofo alemão Immanuel Kant apenas:

“um ser racional possui a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, por princípios, ou, só ele possui um vontade¹”. E a vontade, para o referido filósofo alemão constituiria na própria razão prática: “Se a razão determina infalivelmente a vontade, então as ações de tal ser, que são conhecidas como objetivamente necessárias, são subjetivamente necessárias, ou seja, a vontade é a faculdade de não escolher nada mais que a razão, independentemente da inclinação: conhece-a como praticamente necessária, quer dizer, como algo bom, Mas se a razão por si só não determina suficientemente a vontade, se esta ainda está sujeita a condições subjetivas (a certos princípios) que nem sempre coincidem com as objetivas, em uma palavra, se a vontade não é em si plenamente conforme à razão (como realmente sucede entre os homens), então as ações, que objetivamente são reconhecidas como necessárias, são subjetivamente contingentes, e a determinação de tal vontade, em conformidade com as leis objetivas, chama-se obrigação [Nötigung]; quer dizer, a relação das leis objetivas para uma vontade não inteiramente boa é representada como a determinação da vontade de um ser racional por princípios da razão, sim, mas por princípios aos quais essa vontade, pela sua natureza, não é necessariamente obediente”. [28]

Podemos concluir que surge a partir da metafísica de Kant o que se aproxima ao mais moderno fundamento do princípio da dignidade humana, onde todo ser humano tem o direito natural ao respeito dos seus pares, bem como está obrigado a agir com respeito com todos os demais. O ser humano não pode ser visto apenas como o meio a ser utilizado para ser alcançado o que se pretende, mais também o fim da coisa ao qual se infere. É exatamente isso que a dignidade

consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são seres humanos e, no entanto, podem ser usados e, assim, sobre todas as coisas.

Embora entendido inicialmente como um direito de cunho assistencial, associado as primeiras formas estatais de segurança social, sem contudo distinguir claramente a liberdade de trabalhar, o direito ao trabalho aparece já formulado pelos grandes pensadores políticos liberais do final do século XVIII, como Locke, Montesquieu y Rousseau, terminando por consubstanciar no art. 21 da célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793. [29]

Alexandre de Mores entende a dignidade humana da seguinte forma:

“Dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e reposável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem toda pessoa enquanto seres humanos.” [30]

Juan Alberto Huayalupo, dispõe que o emprego e sua remuneração constituem uma preocupação substantiva para os indivíduos, sociedade e estado sendo objeto da política social e pública em um mundo industrializado. Além disso, para garantir o emprego e o pagamento do trabalho de modo que satisfaça as necessidades é um direito civil traduzido em muitas constituições e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. [31]

A Doutora Paula Sardegna ensina que segundo Giorlandini, que agora de foi posta em validade uma nova expressão “emprego decente” e acredita que se deve assegurar igual gama semântica ao vocábulo. É verdade, e por isso é a ordem jurídica nacional da Argentina, que a palavra "Dignidade" tem maior inserção ou provavelmente mais difundido em diversas fontes, dignidade da pessoa laborativa, do trabalho e o mundo do trabalho. A cerca do que se é digno, é de

notar que a consistência semântica com o tema é a segunda acepção acadêmica, o que é “correspondente, proporcional ao mérito e condição de uma pessoa.”[\[32\]](#)

Para Adriana Calvo, os direitos fundamentais preenchem espaço de grande responsabilidade no corpo constitucional e são tidos como importantes fundamentos para a base de todo ordenamento jurídico, principalmente o trabalhista.[\[33\]](#)

Desta forma autora a autora conclui que “o trabalhador é antes de tudo um cidadão” e que seu estado de subordinação em relação ao empregador não retira dele ou sequer implica em renúncia aos direitos fundamentais como pessoa humana, muito menos em sujeição aos direito da personalidade.[\[34\]](#)

Para José Cláudio Monteiro de Brito Filho, os Direitos Humanos e Fundamentais tenham definições baseadas na necessidade de seu reconhecimento como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.[\[35\]](#)

Nas lições de Andréa Presas, sob a ótica de José João Abrantes, afirma que a consagração dos direitos fundamentais pelos textos constitucionais, estes direitos já não podem mais se entendidos apenas sob um prisma subjetivo. Agora representam a máxima expressão de uma ordem axiológica, cujo fundamento último é a dignidade da pessoa humana, projetando-se, assim, sobre toda a ordem jurídica, para assegurar que os valores éticos e os princípios democráticos valham em todos os âmbitos sociais e relativamente a todas as pessoas ou grupos.[\[36\]](#)

A concessão dos Direitos Fundamentais ao trabalho tem se dado com todo esforço para limitar o exercício do poder estatal, e em sendo reconhecido pelo Estado deve-se constituir uma obrigação do mesmo, devendo garantir aplicação efetiva dos direitos humanos, incluindo o trabalho com todos os meios a seu alcance, estabelecendo instituições e procedimentos informativos e jurisdicionais que permitam superar as ameaças, perturbações e privações ao exercício de tais direitos.[\[37\]](#)

A jurisprudência brasileira é firme ao garantir a dignidade e não discriminação ao trabalhador egresso do sistema penitenciário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº13.015/2014. DISPENSA DE EMPREGADO EM FACE DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONSTATAÇÃO NO CURSO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DISCRIMINAÇÃO (CONVENÇÃO 111 DA OIT E ART. 1º DA LEI Nº 9.029/95). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Hipótese em que o Tribunal Regional manteve a sentença que condenou subsidiariamente a União (Marinha do Brasil), tomadora dos serviços, ao pagamento de indenização por danos morais, decorrentes da dispensa discriminatória do empregado ex-presidiário. A situação do empregado (pedreiro) que tem a condição de ex-presidiário e, por tal motivo, é dispensado fere, também, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelecida pela Carta Magna em seu art. 1º, III. Esse princípio é uma das cláusulas pétreas essenciais para a condição humana de cidadão, valor pelo qual é objeto de respeito e proteção garantidos pelo Estado. Além de configurar a dispensa discriminatória, que é vedada pelo ordenamento jurídico (Convenção 111 da OIT e art. 1º da Lei nº 9.029/95), depreende-se, no caso, o total descompasso com os valores humanos e sociais e, ainda, da reinserção na sociedade e no mercado de trabalho do ex-presidiário, na medida em que configurado verdadeiro abuso do poder diretivo das reclamadas, eis que, conforme constatado pelo Regional, a reclamada Marinha do Brasil, tomadora dos serviços, tomou conhecimento dos antecedentes criminais do empregado e exigiu a sua dispensa junto a prestadora dos serviços, bem como a atitude da reclamada Luxor Engenharia que não realocou o empregado em outra obra e na mesma função. Tal situação, sem dúvidas, gera dano moral, pois incontestável a violação aos valores protegidos no art. 5º, X, da CF/88 (honra, imagem e dignidade), sendo desnecessária a comprovação explícita de sua ocorrência, tendo em vista o quadro apresentado (dano in re ipsa). Constatada a presença dos elementos

configuradores da indenização por danos morais - dano, nexos causal e culpa-, a adoção de entendimento diverso, como pretendido pela União, a fim de se afastar a existência do dano e a sua conseqüente reparação implicaria, necessariamente, revolvimento do contexto probatório delineado nos autos, atraindo, assim, o óbice da Súmula 126 do TST. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A reparação por dano moral e/ou material deve significar uma justa compensação ao ofendido e, de outro lado, uma severa e grave advertência ao ofensor, de forma a inibi-lo ou dissuadi-lo da prática de novo ilícito da mesma natureza. Esse é o sentido pedagógico e punitivo que a indenização representa para o ofensor, enquanto que para o ofendido significa a minimização da dor sofrida em seu patrimônio moral. Por conseguinte, verifica-se a correta observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quanto ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais, qual seja: R\$30mil reais. Incólume o art. 944 do CCB. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR - 563-55.2010.5.15.0016 , Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 15/06/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2016)[38]

A cada momento do direito do trabalho tem que se transformar para se adaptar as realidades econômicas e sociais da época, tendo em vista que o direito por si só é impulsor de transformações sociais e a sociedade precisa conscientizar dos seus direitos e exigir a sua aplicação. Todos devem resistir as manobras aparentemente atrativas da globalização neoliberal, á exploração do homem e, impedir o retrocesso de direitos duramente conquistados.

O direito do trabalho deve ser voltado para o bem-estar social garantista aos trabalhadores, pois fazem parte de um conjunto de valores humanos civilizatórios que encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana previsto na constituição brasileira e argentina como sendo maior patrimônio da humanidade.

A cerca disso, Luiz Edson Fachin^[39], quando refere a este mínimo direito garantista, defende:

[...] a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes a própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores.

1.4 O direito do trabalho frente as Constituições da República Argentina e Brasileira.

A constituição encontra-se no ápice da hierarquia das normas jurídicas, pois ela é a que confere fundamento e eficácia a todas as demais regras de existência no país.

Direito Constitucional é a parcela da ordem jurídica que compreende a ordenação sistemática e racional de um conjunto de normas supremas encarregadas de organizar a estrutura do Estado e delimitar as relações de poder.^[40]

A Constituição é o ponto de convergência entre todos os ramos do direito, de modo que é a hierarquia máxima da lei, norteando um conjunto de direitos constitucionais que validam a existência e validade das demais normas infraconstitucionais.

Quando se afirma que os ramos do Direito sentem, diretamente, o influxo do Direito Constitucional é por uma razão simples: são as normas constitucionais que articulam as relações político-primárias, condicionando a interpretação das demais pautas prescritivas de comportamento.

Por isso, o Direito Constitucional é uma ferramenta de trabalho, permitindo ao jurista olhar e interpretar todos os ramos do Direito. O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-

se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado o direito do trabalho embora seja um ramo especializado do direito mantém profunda relação com demais ramos do direito, especificamente com o Direito Constitucional, segundo o autor, “é um campo decisivo no processo de inserção justralhista no universo geral do Direito”. [\[41\]](#)

Fazendo omissão a discussão axiológica, se mostra indistutível que a Constituição Argentina não se refere de forma alguma a exclusão das pessoas privadas de sua liberdade do gozo dos direitos fundamentais de todo ser humano, de maneira que, essa inteligência corresponde proteger o direito de trabalhar dos presos em igualdade de condições com quem exerce o trabalho em liberdade[\[42\]](#)

O direito a trabalhar de todos os habitantes da república Argentina, fundamenta-se e corresponde as bases da natureza humana, se encontra devidamente garantido no art.14 da lei suprema argentina. Esse texto refere ao exercício de toda indústria lícita, mas não existe distinção alguma entre aquelas que podem gozar deste direito. É imperioso recordar que os tratados internacionais tampouco excluem as pessoas detidas do gozo do direito, dessa forma comprometem-se os estados a regulamentar o correto exercício do mesmo.[\[43\]](#)

Enquanto aqui a secção refere-se à Constituição, por extensão e aplicação lógica de ar t. 75, inc. 22 da mesma lei é necessário citar as normas internacionais que o Estado argentino estava obrigada a respeitar[\[44\]](#)

Em primeiro lugar, necessário citar a Disposição Gernal da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, que na ocasião por determinar os princípios e boa práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade na Américas, menciona em seu princípio XVI que “toda pessoa privada de liberdade terá direito a trabalhar, e ter oportunidade efetivas de trabalho, e receber uma remuneração adequada e equitativa por ele, de acordo com suas capacidades físicas e mentais,a fim de promover a reforma, reabilitação e readaptação social dos condenados, etimular e incentivar a cultura do trabalho, e combater o ócio nos lugares de privação da liberdade. Em nenhum caso o tralabhoterá caráter

aflitivo. Os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos deverão aplicar aos meninos e meninas privadas de sua liberdade todas as normas nacionais e internacionais de proteção vigentes em matéria de trabalho infantil, a fim de evitar, particularmente, a exploração laboral e garantir o interesse maior das crianças. Os Estados membros promoveram nos lugares de privação de liberdade, de maneira progressiva e segundo a máxima disponibilidade de recursos, a orientação vocacional e o desenvolvimento de projetos de capacitação técnico-profissional; e garantir o estabelecimento de oficinas de laborais permanentes, suficientes e adequados para o qual fomentaram a participação e cooperação da sociedade e da empresa privada.

Na abordagem feita por Julián Arturo^[45] sobre o constitucionalismo social, ele verificou que a incorporação dos direitos sociais e laborais ao texto constitucional de diferentes países foi um fenômeno do século XX que se iniciou no México em 1917 com uma enumeração pormenorizada de todos os direitos laborais fundamentais. Na América latina a incorporação normativa ocorreu no Uruguai em 1934, em Cuba em 1940, na Guatemala em 1945, no Brasil em diversas reformas nos anos de 1934, 1946, 1969 e 1988, na Venezuela em 1947-reformada em 1961-, no Peru e Equador em 1979, e Argentina em 1957.

Os direitos sociais foram introduzidos na Constituição Nacional Argentina com a reforma de 1957, que incorporou o art.14bis. O texto original de 1853 apenas se ocupava do direito a trabalhar e exercer toda atividade lícita (art.14).^[46]

No entanto (embora - além da denominação utilizada, a filiação política da norma, e a referência a obrigação de “dar ocupação e a quem necessita”, pareciam indicar que se havia recepcionado o direito ao trabalho) não havia muitas oportunidades para que os debates jurídicos aclarassem os alcances dessa cláusula constitucional, uma vez que, como é sabido, a constituição de 1949 foi derogada poucos anos depois (1955). Restabelecida a vigência da constituição de 1949, em 1957 uma reforma constitucional agregou a sua dogmática um artigo (“14 bis”), que incorporou os direitos sociais ausentes em sua originária concepção liberais.^[47]

Foi, no entanto, com a reforma constitucional de 1994 quando o direito ao trabalho adquiriu definitivamente carta constitucional da cidadania no direito

argentino. Esta sim, embora dessa vez não se alterou a parte dogmática da constituição, se incorporaram a ela uma série de Tratados Internacionais de Direitos Humanos reconhecendo sua hierarquia constitucional (art.75, inc.22, C.N), entre os quais se encontram a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o P.I.D.E.S.C., instrumentos que consagram expressamente o direito ao trabalho como direito humano.[\[48\]](#)

Afirma Grisolia que o art.14 bis consagra o constitucionalismo social na Argentina; o Estado deve respeitar os direitos sindicais e o emergente sistema da seguridade social, abstendo-se de assumir qualquer conduta que, de algum modo, lesione direitos.[\[49\]](#)

A hierarquia surge com o disposto nos arts. 31 e 75, inc. 22 da CN (redação segundo a reforma de 1994). A hierarquia máxima está na Constituição Nacional e os tratados internacionais relativos aos direitos humanos; em segundo lugar demais tratados internacionais; em terceiro lugar as leis, e logo depois os convênios coletivos e decisões arbitrais (voluntários ou obrigatórios) com força de convênios coletivos, e os usos e costumes.[\[50\]](#)

No entanto, no campo do direito do trabalho, a ordem hierárquica das normas não coincidem com a ordem de prelação ou de aplicação concreta delas a um caso concreto.[\[51\]](#)

No Brasil, a mesma tendência de constitucionalização do direito do trabalho começou em 1934 e foi mantida em todas as Constituições posteriores. Ocorre que tal tendência ganharam novos contornos com a Carta Magna de 1988, adquirindo novo *status*. É que agora, em vários dos seus preceitos e, até mesmo, na disposição topográfica de suas normas, que se inicia pela pessoa humana em vez de pelo Estado, firmaram-se princípios basilares para a ordem jurídica.

A fase de institucionalização do direito do trabalho consubstancia até meados de 1943 com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com intensa atividade administrativa e legislativa do Estado, em consonância com o novo padrão de gestão sociopolítica.

No que tange o processo de constitucionalização e institucionalização do direito do trabalho frente a Constituição Brasileira, Eudes Andrade Pessoa^[52], concatena de forma brilhante tal processo conforme segue:

Inicialmente as Constituições Brasileiras versavam apenas sobre a forma de estado e sistema de governo. A Constituição de 1824, apenas tratou de abolir as corporações de ofício, que atrapalhava o exercício de ofícios e profissões. Em 1891 a presente Carta Magna reconhece a liberdade de associação, determinando que a todos fosse lícita a associação e reunião sem armas, não podendo a polícia intervir, salvo para manter a ordem pública. Com a reivindicação por meio de movimentos operários, e devido às transformações que estavam ocorrendo no mundo, com a criação da organização internacional do trabalho surge uma política trabalhista idealizada por Getúlio Vargas.

A Constituição Federal de 1934 teve importante destaque tanto na área social como na área trabalhista impondo jornada de trabalho de oito horas, garantias de liberdade sindical e protegendo o trabalho de mulheres e crianças entre outros benefícios ao trabalhador. Já a Constituição de 1937, outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas, traz mudanças, de forma que é criado o sindicato único, vinculado ao estado, estabelece também a competência normativa dos tribunais do trabalho que tinham por objetivo principal evitar o entendimento entre empregados e empregadores.

Com a edição do decreto-lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943, faz-se a sistematização das várias normas relacionada a assuntos trabalhistas e cria-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A Carta Política de 1946 traz mais democracia a área trabalhista, pois nela encontramos a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, repouso semanal remunerado, direito de greve,

estabilidade e outros direitos que se encontravam na norma constitucional anterior.

A atual Constituição aprovada em 1988 trouxe importantes mudanças como a inclusão das normas trabalhistas no capítulo dos Direitos Sociais, já que nas constituições anteriores situavam-se no âmbito da ordem econômica e social. Como se percebe, ao passo em que as nossas Constituições Federais evoluíram, vê também a evolução das normas trabalhistas, e na atualidade o seu reconhecimento como Direito Social. A Constituição Federal defende o trabalho como um fator indispensável para uma vida digna.

O direito ao trabalho é garantido pela Constituição Federal em seu 6º artigo no rol dos direitos sociais, do artigo 7º ao 11º estão previstos os principais direitos para os trabalhadores que atuam sob a lei brasileira assim como a Consolidação das Leis de Trabalho, no entanto não existe um instrumento formal que garanta trabalho aos brasileiros, o que existem são leis que visam assistir e amparar o trabalhador visando uma humanização do trabalho e que ele não trabalhe de forma insalubre ou prejudicial, tendo subsídios suficientes para uma vida saudável e digna.

Desta forma, podemos afirmar categoricamente que ao largo desse processo constitucional do trabalho, a Constituição Brasileira tutela de forma veemente a relação de trabalho e emprego, conferindo grande proteção ao trabalhador.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 se refere de maneira bastante genérica aos direitos sociais por excelência, como o direito a saúde, ao trabalho, ao lazer entre outros. A Constituição Federal de 1988 teve uma grande preocupação especial quanto aos direitos sociais do brasileiro, quando estabelecendo uma série de dispositivos que assegurassem ao cidadão todo o

básico necessário para a sua existência digna e para que tenha condições de trabalho e emprego ideais.

Assim, impende destacar que o texto Constitucional passou a inserir não só direitos laborais, mas principalmente princípios jurídicos, vários deles atrelados à mesma perspectiva de construção e desenvolvimento do direito do trabalho, dentre eles o princípio da dignidade humana e da valorização sociojurídica do trabalho.

É de se indagar então quais trabalhadores desfrutam desses direitos? E fácil de concluir que são os trabalhadores subordinados, aqueles que nutrem vínculo empregatício, que prestam serviços por conta e sob a direção de pessoas físicas ou jurídicas, entidades públicas ou privadas.

Sem eargos, algumas considerações mereçam ser feitas quanto ao alcance da proteção dos direitos sociais consagrados, como direitos fundamentais aos trabalhadores, e acerca disso, Uadi Lammego^[53] infatiza certos reflexos da tutela constitucional dos direitos trabalhistas:

Constitucionalização dos direitos trabalhistas: proveio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, com forte influência da doutrina do contrato social (Jean-Jacques Rousseau). Logrou expressão na Carta francesa de 1791 (art. 22, n. 13), no Manifesto Comunista (1848) e na Carta Encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII (1891), documentos ideológicos de notória influência e importância. Mas foi no século XX que alcançou força, com o advento das Constituições do México (1917), da União Soviética (1918) e da Alemanha de Weimar (1919). Nos nossos dias, o desfile da maioria das constituições mundiais dos últimos decênios atesta-nos que quase todas elas trazem dispositivos referentes ao trabalhador. Exemplos: Textos da Polônia, Lituânia, Grécia, Argentina, República Dominicana, Espanha, Equador, Portugal, Peru, Colômbia, Venezuela, China, Irlanda, Romênia, França, Rússia, Suíça etc.

Relação entre direitos trabalhistas e direitos sociais: integrantes dos direitos fundamentais de segunda geração, os direitos dos trabalhadores mereceram de Themístocles Brandão Cavalcanti a seguinte análise: "O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc." (Princípios gerais de direito público, p. 202). Fica, portanto, evidente a ligação entre os direitos sociais e os direitos trabalhistas. Ambos nutrem uma relação imediata, a ponto de forte e considerável parcela de estudiosos propor um tertium genus na divisão do jus positum, para incluir a denominação "Direito Social" (cf.: A. F. Cesarino Júnior e Marly A. Cardone, Direito social, p. 17-106).

A autora conclui que os direitos sociais interligam-se com os direitos trabalhistas, que a contituição de 1988 deixou aos cuidados do legislador a tarefa de disciplinar certas situações ao qual o trabalhador será, ou não, beneficiários de tais direitos sociais e por fim, afirma que as normas assecuratórfas de direitos sociais e trabalhistas são de ordem pública, imperativas e invioláveis. Vinculam as partes contratantes, inseridas na relação laboral, norteando a interpretação dos contratos de trabalho.

A Constituição brasileira de 1988 contempla um leque bastante diferenciado de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. Não são poucas as disposições que regulam as bases da relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício, conferindo destaque para situações especiais. [54]

É notório que a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho. O constituinte definiu a estrutura básica do modelo jurídico da relação de emprego com efeitos diretos sobre cada situação concreta.

Segundo o departamento de estatística, censo e pesquisas operacionais do serviço penitenciário federal argentino^[55], dos 10.521 (dez mil quinhentos e vinte um) presos, 69,41% dos presos argentinos tem acesso ao trabalho, sendo deste 4.055 (quatro mil e cinquenta e cinco) internos ainda pendentes de julgamento e 3.248 (três mil duzentos e quarenta e oito) em cumprimento de pena, dados do último censo realizado em 30/04/2016.

O Serviço Penitenciário Federal da Argentina enfoca ainda a importância do aprendizado de ofícios para as pessoas privadas de sua liberdade como ferramenta real de reinserção social. O SPF estimula a participação dos presos em tarefas e cursos de capacitação para o desenvolvimento de habilidades laborais.

Segundo o próprio serviço penitenciário federal argentino, o trabalho dos presos representa uma obrigação e um desafio que requer uma série de técnicas administrativas para sua implementação:

O trabalho dos privados da liberdade no âmbito do Serviço Penitenciário Federal, representa uma obrigação e também um desafio que requer a utilização de técnicas específicas de logística, engenharia e planejamento. Para ele se criou um ente autônomo que tem a seu cargo “promover o melhor funcionamento e a modernização dos métodos operacionais das oficinas de laborterapia para os internos alojados na jurisdição da Direção Nacional do Serviço Penitenciário federal”. (Ley 24.372).

O ente de cooperação técnica e financeira (ENCOPE) é um organismo autônomo que conta atualmente com mais de 400 oficinas de produção com uma ampla gama de especialidades agropecuárias, laticínios, industriais, carpintarias, ferrarias, artes gráficas, cozinha, padarias, serviços auxiliares, etc.

Com a criação do ENCOPE surge a possibilidade de contar com uma ferramenta eficaz para complementar a ideia de reinserção social através do trabalho penitenciário, que se tem tornado rentável por meio de sua otimização e

modernização, em benefício da própria infraestrutura e da economia do internos.[\[56\]](#)

2. DAS PENAS

2.1 Origem

Perde-se no tempo a origem das penas, pois os mais antigos agrupamentos de homens foram levados a adotar certas normas disciplinadoras de mora a possibilitar a convivência social.[\[57\]](#)

Perceba que a pena surge como meio disciplinador, socializador e ressocializador, tendo em vista que a aplicação da pena só denotaria o descumprimento de regras sociais e comportamentais infringidas por determinada pessoa. Essas regras serviam como forma pacífica de convívio e a pena atuaria como forma de inibição dos descumprimentos.

Segundo Manoel Pedro Pimentel[\[58\]](#)o confronto das informações históricas contidas nos relatos antropológicos, oriundos das mais diversas fontes, autoriza uma forte suposição de que pena, como tal, tenha sido originariamente caráter sacral.

Como não possuía conhecimento suficiente tampouco tecnologias, acreditam que os acontecimentos naturais como sol, chuva, raio, trovão, fossem acontecimentos sobrenaturais, que premiavam ou castigavam a comunidade de acordo com o seu comportamento.

No que tange ao tema, o nobre Fernando Capez[\[59\]](#) dispunha da seguinte forma:

Esses seres, que habitavam florestas, ou se encontrariam nas pedras, rios ou animais, maléficos ou propícios de acordo com as circunstâncias, eram os *totens*, e a violação a estes ou ao descumprimento das obrigações devidas a eles acarretavam graves castigos. É plausível, portanto, “que as primeiras regras de proibição e, conseqüentemente, os primeiros castigos (penas), se

encontrem vinculados às relações totêmicas”. Da mesma época seriam as proibições conhecidas como *tabus*, palavra de origem polinésia que significa que significa o mesmo tempo o sagrado e o proibido, o impuro e o terrível. As violações das regras totêmicas ou a desobediência ao *tabu* acarretavam aos infratores os castigos ditados pela encarregado do culto, que também era o chefe do grupo, e tinha um caráter coletivo.

O caráter totêmico era inerente a todo indivíduo do clã, era uma forma de crença. A partir disso, esses indivíduos começaram a acreditar que os fenômenos naturais eram provenientes das transgressões que certos indivíduos realizavam. As comunidades, então, puniam o indivíduo acreditando que estariam purificando a comunidade, libertando o clã da impureza que o crime causou.^[60]

Chegada a Antiguidade a pena foi evoluindo, passando a pena ter um caráter punitivo religiosa, e dessa forma regida por um “Estado Teológico”. Desta forma, a justificativa para aplicação da pena estava embasado em uma caráter religioso como forma de satisfazer a divindade ofendida pelo crime. Alguns povos passaram a utilizar espécies de sacrifícios, com o objetivo de impedir a cólera dos deuses, que, segundo Goldkorn^[61]:

[...] o sacrifício aparecia como uma forma aparente inteligente de transferir a energia vingativa do pecado para o objeto mágico, o qual era investido de mágica e simbolicamente do poder de purgar os pecados da tribo. A figura do bode espiatório nos fornece um bom exemplo. Esse costume perdurou por muito tempo entre os judeus, que colocavam pedaços de pergaminho (onde escreviam os seus próprios pecados) amarrados num bode, e depois o soltavam no deserto para vagar e por fim morrer, expiando assim os seus (deles) pecados.

No Egito antigo, destacam-se a pena de morte, a mutilação, o confisco e o trabalho escravo forçado em minas para delitos cometidos contra os Faraós.^[62]

Posteriormente, entre os séculos VII e VI a.C., com a crescente do pensamento político, houve debilitação da ideia teocrática do Estado, o que

ocasionou a necessidade de leis escritas, sendo a principal delas o Código de Dracon, de 621 a.C. Em Atenas, referidas leis trouxeram equilíbrio entre o poder do Estado e a liberdade individual, afastando as práticas penais vingativas.[63]

Para Platão (427-347 a.C.), a lei tinha origem divina e a justiça seria a força da harmonia entre as virtudes da alma, tendo como único fim o respeito à lei. Para ele, a pena teria função de melhorar o indivíduo, servindo de exemplo para os demais cidadãos[64].

Aristóteles, embora discípulo de Platão, tinha concepção dissonante deste. Para ele, a pena seria um meio apto a atingir o fim moral pretendido pela convivência social, já que acreditava no poder da intimidação das sanções. Sustentava que o delinquente deveria ser castigado porque as pessoas, em sua maioria, só se absterem de más condutas por temerem as punições. Ademais, entendia que o castigo restabelecia a igualdade entre os indivíduos violada pelo ato delituoso[65].

Já na idade média, Com a queda do império romano e a invasão da Europa pelos chamados “povos bárbaros”, o direito germânico teve grande aplicação e observação, pois resultava do próprio domínio exercido por este povo.

Com punições bastante severas, foi um período marcado pela forma como a pena era aplicada, pois acreditavam que se escapassem das penas, sua inocência era provada, porém a possibilidade disso acontecer eram remotas, pois o acusado tinha que caminhar sobre fogo ou mergulhar em água fervente para provar inocência.

Michel Foucault[66] noticia que:

[...] na época do Império Carolíngio, havia uma prova para o acusado de homicídio em certas regiões do norte da França: o réu devia caminhar sobre ferro em brasa. Depois de dois dias, se permanecessem as cicatrizes, o réu era considerado perdedor da causa.

O Direito Penal canônico exerceu grande influência nesta época, pois a Igreja adquiria cada vez mais poder e as decisões eclesiásticas eram executadas

por tribunais civis. A punição possuía caráter evidentemente sacral, de base retribucionista, todavia, com preocupações de correção do infrator. Tais práticas perduraram por vários séculos

Para o homem medieval tudo era derivado de Deus. O direito de punir, como consequência, não fugiu à regra e, por esse motivo, a pena consistia em uma espécie de represália pela violação divina e objetivava a expiação como forma de salvação da alma para a vida eterna[67].

A igreja tinha forte influência na sociedade. Por exemplo, nesta época, houve a proliferação da peste negra, ocasionada pela crescente desenfreada da população de ratos, já que a própria igreja ordenou que todos os gatos fossem queimados, pois, segundo ela, os felinos eram a reencarnação do diabo.

Na idade Moderna, com o movimento do Iluminismo e todas as novas ideologias advindas do Renascimento, com obras preconizadoras de ideias liberais e humanizantes, como a do Marquês de Beccaria[68], a pena assumiu um fim utilitário, abandonando a fundamentação teológica. Aliás, é deste autor a ideia de que apenas é justa quando necessária.

Antes disso necessário remontar ao principal autor renascentista Maquiavel, que em sua obra intitulada “O príncipe”, pretendeu investigar a essência dos principados e a forma de preservá-los. Assim, acreditava-se que os fins vantajosos para o Estado justificavam os meios utilizados, pouco importando se tais meios colocavam em risco direitos e necessidades dos indivíduos.

Em seu Capítulo XVII, ao tratar “Da crueldade e da piedade”, vê-se a concepção que logo depois se instalou na Europa Ocidental, ao assinalar que um príncipe deve:

[...] não se preocupar com a fama de cruel se desejar manter seus súditos unidos e obedientes. Dando os pouquíssimos exemplos necessários, será mais piedoso do que aqueles que, por excessiva piedade, deixam evoluir os desordens, das quais resultam assassinios e rapinas; porque estes costumam prejudicar uma coletividade inteira, enquanto as execuções ordenadas pelo príncipe ofendem apenas um particular[69].

Maquiavel, naquela época, reforçou o poder intimidativo das sanções penais, como a prevenção geral, por meio do castigo. A ideia da retribuição proporcionada pelas penas restou absorvida pelo absolutismo, que viria ser instalado na Europa Ocidental.

Na sequência, iniciaram-se, na Idade Moderna, novas formas de punir. Os feudos foram substituídos pelas monarquias absolutas de direito divino. A pena, então, era aplicada para demonstrar o poder e soberania do monarca, este não devendo prestar contas de sua administração a quem quer que fosse. Não vigorava o princípio do duplo grau de jurisdição, a pena era aplicada sem a mínima proporção com o delito cometido, não possuindo nenhum conteúdo jurídico nem qualquer objetivo de ressocialização do condenado^[70].

A ilustrar as execuções daquela época, em especial a de Damiens, transcreve-se matéria veiculada no jornal Gazette d'Amsterdam, em 1º de abril de 1757, retirada da obra de Michel Foucault^[71].

[...] Damiens fora condenado, a 2 de marco de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Gréve, e sobre um patíbulo que alí seria erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos a tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário,

para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas.

Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: “Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me.”

[O comissário de polícia Bouton relata]: Acendeu-se o enxofre, mas o fogo era tão fraco que a pele das costas da mão mal e mal sofreu. Depois, um executor, de mangas arregaçadas acima dos cotovelos, tomou umas tenazes de aço preparadas ad hoc, medindo cerca de um pé e meio de comprimento, atezou-lhe primeiro a barriga da perna direita, depois a coxa, daí passando as duas partes da barriga do braço direito; em seguida os mamilos. Este executor, ainda que forte e robusto, teve grande dificuldade em arrancar os pedaços de carne que tirava em suas tenazes duas ou três vezes do mesmo lado ao torcer, e o que ele arrancava formava em cada parte uma chaga do tamanho de um escudo de seis libras.

Os cavalos deram uma arrancada, puxando cada qual um membro em linha reta, cada cavalo segurado por um carrasco. Um quarto de hora mais tarde, a mesma cerimônia, e enfim, após várias tentativas, foi necessário fazer os cavalos puxar da seguinte forma: os do braço direito à cabeça, os das coxas voltando para o lado dos braços, fazendo-lhe romper os braços nas juntas. Esses arrancos foram repetidos várias vezes, sem resultado. Ele levantava a cabeça e só olhava. Foi necessário colocar dois cavalos, diante dos atrelados às coxas, totalizando seis cavalos. Mas sem resultado algum. Depois de duas ou três tentativas, o carrasco Samson e o que lhe havia atezado tiraram cada qual do bolso uma faca e lhe cortaram as coxas na junção com o tronco do corpo; os

quatro cavalos, colocando toda força, levaram-lhe as duas coxas de arrasto, isto é: a do lado direito por primeiro, e depois a outra; a seguir fizeram o mesmo com os braços, com as espátulas e axilas e as quatro partes; foi preciso cortar as carnes até quase os ossos; os cavalos, puxando com toda força, arrebataram-lhe o braço direito primeiro e depois o outro. Uma vez retiradas essas quatro partes, desceram os confessores para lhe falar; mas o carrasco informou-lhes que ele estava morto, embora, na verdade, eu visse que o homem se agitava, mexendo o maxilar inferior como se falasse. Um dos carrascos chegou mesmo a dizer pouco depois que assim que desse levantaram o tronco para o lançar na fogueira, ele ainda estava vivo. Os quatro membros, uma vez soltos das cordas dos cavalos, foram lançados numa fogueira preparada no local sito em linha reta do patíbulo, depois o tronco e o resto foram cobertos de achas e gravetos de lenha, e se pôs fogo à palha ajuntada a essa lenha. Em cumprimento da sentença, tudo foi reduzido a cinzas. O último pedaço encontrado nas brasas só acabou de se consumir às dez e meia da noite. Os pedaços de carne e o tronco permaneceram cerca de quatro horas ardendo. Os oficiais, entre os quais me encontrava eu e meu filho, com alguns arqueiros formados em destacamento, permanecemos no local até mais ou menos onze horas.

Alguns pretendem tirar conclusões do fato de um cão se haver deitado no dia seguinte no lugar onde fora levantada a fogueira, voltando cada vez que era enxotado. Mas não é difícil compreender que esse animal achasse o lugar mais quente do que outro.” (Gazette d’Amsterdan, 1 abr. 1757)

Na época contemporânea, chegaram novas conquistas no modo de punir. A partir de então, a sociedade deveria encontrar uma forma justa e humana de

punir os criminosos. Com o fim do absolutismo, a pena não era uma reafirmação do poder do rei, mas sim uma represália em nome da sociedade. O criminoso tornou-se inimigo da sociedade[72].

Com as novas conquistas liberais, em especial com a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, os suplícios impostos pela vingança foram se acabando. A partir disso, deveriam os povos encontrar uma forma justa de punir os criminosos. A pena, nesse contexto, perdia seu caráter religioso, uma vez que o predomínio da razão sobre as questões espirituais, por influência dos enciclopedistas e filósofos iluministas, contribuiu para afastar o caráter de penitência, inserido na anatomia dos suplícios[73].

Ao contrário da forma como é apresentada, a prisão trata-se de um castigo corporal ainda não abolido. Não há como prevenir os efeitos da privação do sol, de ar, de espaço, de luz no corpo humano. Bem como o confinamento entre quatro paredes, as condições sanitárias e todo tipo de humilhação que a instituição imprime no corpo do condenado, faz da prisão um “sofrimento estéril”[74].

2.2 Conceito, características e finalidades

Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos[75]

Para Luiz Vicente Cernicchiaro, existem três primas as quais a pena pode ser analisada: o primeiro dele é o caráter substancial que consiste na perda ou privações de direitos relativos a algum objeto jurídico, o segundo aspecto seria o formal, basilado no princípio da reserva legal, apenas sendo aplicado pelo poder judiciário, respeitando obviamente os princípios norteadores que qualquer processo penal como o princípio do contraditório e ampla defesa, e por ultimo o aspecto teológico que vislumbra-se da concomitância entre o castigo e defesa social[76]

Mirabette[77] ensina que a pessoa possui diversas características, dentre elas estão o da legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade. Sobre cada uma delas delinea excelentes feições como passamos a expor:

[...] o princípio da legalidade consiste na existência prévia de lei para imposição da pena (*nulla poena sine lege*), previsto no art.1º do Código Penal. A característica da personalidade refere-se à impossibilidade de estender-se a terceiros a imposição da pena. Por isso, determina-se que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art.5º, XLV, primeira parte, da CF), proibindo-se, por exemplo, as penas infantis. A nova Constituição, porém, prevê a cominação da perda de “perdas de bens” (art.5º, XLVI, b), permitindo expressamente que a decretação do perdimento de bens possa ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até ao limite do valor do patrimônio transferidos (art.XLV, segunda parte)(sic). A exceção mutila o princípio da personalidade da pena. Os efeitos secundários da pena de prisão com relação aos dependentes do criminoso são corrigidos com medidas sociais (auxílio-reclusão, descontos na remuneração do sentenciado etc). Deve haver, ainda, proporcionalidade entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com a uma sanção proporcional ao mal por ele causado. Essas características, entretanto, é abrandada no direito positivo: a Constituição Federal determina que “a lei regulará a individualização da pena” (art.5º, XLVI), e o Código Penal refere-se, quando a aplicação da pena, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente (art.59), à reincidência (art.61, I) etc. por fim, a pena deve ser irrevogável: praticado o delito, a imposição deve ser certa e a pena cumprida. Tal caráter também é suavizado em várias situações, conforme a lei penal. São os casos da suspensão condicional, do livramento condicional, do perdão judicial, da extinção da punibilidade etc.

Desta forma, podemos concluir que a individualização, personalização e humanização da pena são garantias criminais repressivas impostas pela lei, de forma a assegurar ao apenado o tratamento mais justo possível.

Assim, da mesma forma como se para chegar a uma análise das características da pena se faz necessário um apanhado geral sobre alguns nortes do que vem a ser suas características, façamos a análises de alguns teorias que permeiam a finalidade da pena.

Doutrinariamente tem-se utilizado como forma de conceituar a finalidade da pena três grandes grupos de teorias, a teoria absoluta, a teoria relativa, e a teoria mista, sendo que cada qual com seu grau de punição.

A pena, na verdade, é oriunda da realização de uma conduta ilícita, antijurídica e culpável, destinada a todo aquele que desrespeitou a legislação penal, sendo assim, uma forma do Estado efetivamente aplicar a norma ao caso concreto[78].

Onde se conclui que é a forma como o Estado emana seu poder, submetendo a qualquer que infrinja seu ordenamento uma sanção, conforme leciona Luiz Regis Prado:

Em síntese: a justificativa da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social - ultima ratio legis, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobre tudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. (...) O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa[79].

Luiz Regis entende a pena é o mecanismo de prevenção do Estado visando a garantir a segurança e a diminuição de condutas criminosas, penitenciar o

condenado e uma forma de destacar o poder estatal, punindo todo aquele que não observar seus parâmetros de conduta.

Já Francesco Carnelutti afirma que a pena não é apenas uma punição ao criminoso, como também, uma forma de aviso para aqueles que tenham alguma pretensão criminosa:

Dizem, facilmente, que a pena não serve somente para a redenção do culpado, mas também para a advertência dos outros, que poderiam ser tentados a delinquir e por isso deve os assustar; e não é este um discurso que deva se tomar por chacota; pois ao menos deriva dele a conhecida contradição entre função repressiva e a função preventiva da pena: o que a pena deve ser para ajudar o culpado não é o que deve ser para ajudar os outros; e não há, entre esses dois aspectos do instituto, possibilidade de conciliação[80].

Carnelutti tem uma visão mais conservadora e dura dos fins a que a pena dirige, pois afirmar que a pena deve imposta também como forma de exemplificação para os demais, ou seja, mesmo o condenado estando recuperado da suposta índole criminosa, o condenado permanece encarcerado, com objetivo de servir como parâmetro para o resto da sociedade, o jurista afirma que:

O mínimo que se pode concluir dele é que o condenado, o qual, ainda tendo caído redimido antes do término fixado para a condenação, continua em prisão porque deve servir de exemplo aos outros, é submetido a um sacrifício por interesse alheio; este se encontra na mesma linha que o inocente, sujeito a condenação por um daqueles erros judiciais que nenhum esforço humano jamais conseguirá eliminar. Bastaria para não assumir diante da massa dos condenados aquele ar de superioridade que infelizmente, mais ou menos, o orgulho, tão profundamente aninhado ou mais íntimo de nossa alma, inspira a cada um de nós, ninguém verdadeiramente sabe, no meio deles, quem é ou não é culpado e quem continua ou não sendo[81].

Constata-se que Carnelutti não aderiu às três teorias sobre a pena, especificamente, defendendo a tese de que mesmo estando o preso recuperado, este, ainda teria que cumprir o restante de sua pena, como meio de exemplificação para as demais pessoas, desvirtuando desta forma tanto a teoria absoluta como a teoria relativa da pena.

E conforme dizeres de Haroldo Caetano da Silva^[82] “há basicamente três teorias que buscam justificar a cominação e a aplicação da pena: a absoluta ou retributiva, a relativa ou preventiva e a teoria mista ou eclética”. Luiz Regis Prado traz qual o desiderato da pena, e indica as três teorias mencionadas anteriormente:

A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal. São inúmeras as teorias que buscam justificar seus fins e fundamentos, reunidas de modo didático em três grandes grupos: (...)^[83].

Roberto Bitencourt em sua obra, demonstra a necessidade de distinguir as três teorias:

Interessa-nos destacar, principalmente, alguns aspectos da passagem de uma concepção retributiva da pena a uma formulação preventiva da mesma. Justifica-se, por isso, um exame das diversas teorias que explicam o sentido, função e finalidade das penas, pelo menos das três mais importantes: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas. Analisaremos também outras modernas teorias da pena, como as da prevenção geral positiva, em seu duplo aspecto, limitadora e fundamentadora^[84].

Franz Von Liszt ao conceituar a teoria da penas, afirma existir correntes doutrinárias que defendem a punição pelo crime cometido e outra que defende a

correção do criminoso. O autor não compactua com nenhuma dessas teorias, e como sustentáculo de seu posicionamento, em apertada síntese afirma que:

Não se poderá acrescentar nada de importante a esses efeitos da execução da pena. O fato de que a pena produz toda uma série de efeitos reflexos, como me ocorre chamá-los, é obvio, porém carece de importância suficiente para invalidar nossa classificação. Somente resta mencionar, ademais, a importância da ameaça penal, aquele que, como exortação e intimidação, reforça motivos que devem fazer desistir da perpetração de delitos. Não devemos perder de vista este efeito, mas no momento, teremos de deixá-lo de lado. Pois não se trata para nós dos imperativos estatais, mas de pena estatal, da qual a ameaça da pena somente é um imperativo agravado^[85]

De forma que concluiu seu posicionamento ao afirmar que, o que de fato ocorre é que a pena apenas busca a correção dos corrigíveis, pois aos demais, não é possível tal pleito:

As minhas propostas não têm o objetivo de abolir a metade da pena nem de eliminar a determinação judicial da pena. Em duas expressões, seja-me permitido resumir o que, de todo modo e imediatamente, deve-se perseguir: "Inoculização" dos incorrigíveis, correção dos corrigíveis. No mais, o resto virá por acréscimo^[86].

Um ponto que indica claramente a necessidade de haver teorias para a aplicação da pena é o fato de que a pena deve ser aplicada de maneira individualizada, servindo tais teorias como balizadoras da aplicação das mesmas, sendo tal atividade especificamente judicial, como bem afirma Paulo S. Xavier de Souza:

Por interferir diretamente, como pressuposto inicial, a análise das teorias que pretendem justificar a pena estatal não deve ser dissociada da atividade judicial de

individualização da pena, pois, de acordo com a concepção de cada uma das teorias, a individualização judicial poderá seguir caminhos diferentes, segundo as opções escolhidas pelo legislador penal^[87].

Evidente é a necessidade de uma explanação doutrinada mais aprofundada a cerca das teorias suso indicadas, ressaltando as características e peculiaridades com cada uma delas. Faremos isso em tópico específico sobre a teoria das penas mais a diante.

O nosso Código Penal adotou a chamada teoria unitária.

Segundo Greco:

[...] Nosso Código Penal, por intermédio do artigo 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprová-lo o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais^[88].

2.3 Teoria Das Penas

Com passar do tempo o Direito Penal vem mostrando soluções diversas sobre o problema de criminalidade. Tais soluções são doutrinariamente conhecidas como teoria da pena, que são opiniões científicas sobre a pena, principal forma de reação do delito. Principal, porque existem outras formas de reação social à criminalidade, que são mais eficazes do que a pena. Neste sentido, ensina o penalista Muñoz Conde^[89]:

Existem outras formas de reação social para a criminalidade não oficiais, mas as vezes mais eficazes que as oficiais propriamente ditas, de forma que, igualmente acontece com o conceito de criminalidade, o conceito de reação social a ele excede pelo menos em criminologia, os termos estritamente legais para ser incluído em um quadro mais amplo de controle social, em que o que não é (ou não diga) é, talvez, o que mais importa.

2.3.1 Teoria absoluta ou retributiva

É com as teorias absolutas ou retributivas que começa a discussão da finalidade da pena. Estas teorias causaram grande impacto nas ideias jurídicas do século XIX. Elas estipulam que o fim da pena é unicamente punir o agente que comete o delito^[90].

A Teoria retributiva considera que a pena se esgota na ideia de pura retribuição, tem como fim a reação punitiva, ou seja, responde ao mal constitutivo do delito com outro mal que se impõe ao autor do delito^[91].

Para as teorias absolutas também denominadas de retributivas a pena é uma forma de retribuição ao criminoso pela conduta ilícita realizada, é a maneira de o Estado lhe contrapesar pelo possível mal causado à uma pessoa específica ou à própria sociedade como um todo (bens jurídicos)[92].

Para esta teoria, não se vê outra possibilidade a não ser o de punir o condenado, de forma que lhe cause um prejuízo, fruto de sua conduta, como forma de o condenado compreender que a punição sofrida é em razão da sua conduta ilícita praticada.

Aqui não se tratar do fim ressocializador que a pena carrega consigo, muito menos a reparação dos danos causados pelo delito, como também em reeducação ou imposição de trabalho como fito de dignificar o preso, aqui se trata de punir, castigar e retribuir de igual forma o mal injusto causado pelo condenado.

Haroldo Caetano e Silva, afirma em sua obra que o a teoria absoluta ou retributiva tem como principal característica a retribuição, tendo em vista que o propósito da pena aqui é recompensar o mal caudado com outro mal, ou seja, a pena é um fim em si mesma:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma.[93]

Tomaz Shintati ressalta a teoria retributiva e, utilizando-se dos ensinamentos de Nélon Hungria, afirma que a pena é uma recompensa pela conduta delituosa, usando inclusive de uma frase um tanto quanto direta, ao afirmar que cada um deve ter o que merece, assim afirma o autor:

A pena ainda não perdeu sua finalidade retributiva. Na lição de Nélon Hungria, a pena, como retribuição, traduz primordialmente, um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece[94]

Esta teoria somente pretende que o ato injusto cometido pelo sujeito culpável deste, seja retribuído através do mal que constitui a pena. Ensina Hassemer e Muñoz Conde que existe uma variante subjetiva da Teoria retributiva que considera que a pena deve ser também para o autor do delito uma forma de "expiación", ou seja, uma espécie de penitência que o condenado deve cumprir para purgar (expiar) seu ato injusto e sua culpabilidade pelo mesmo[95].

Menciona Muñoz Conde:

Raramente tem afirmado na história do pensamento a ideia contida na frase em latim "fiat justitia, perat mandamus" (faça justiça, ainda que ao mundo padeça) tão graficamente e forte como neste exemplo kantiana Ilha[96]

Exemplificando a teoria retributiva (absoluta), Mirabete utilizando-se dos ensinamentos de Kant, o jurista relatou da seguinte forma:

As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionista) têm como fundamentos da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime (punitur quia peccatum est). Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade trás a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral[97]

Não se trata de posicionamentos doutrinários, tendo em vista que essas teorias são conceitos criados à épocas e apenas reproduzidos, a suas maneiras, por diversos doutrinadores contemporâneos. Neste sentido, Magalhães Noronha, dispõe que:

As absolutas fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu crime (punitur quia peccatum est). Negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. È ela simples

conseqüência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime[98]

Da mesma forma, Cezar Roberto Bitencourt afirma que a teoria retribucionista é de difícil incumbência para realizar a justiça, pois é atribuída exclusivamente a pena:

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, é o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da substituição do divino homem operada neste momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal[99]

Para Romeu Falconi, a teoria absoluta da pena surgiu com a escola clássica do direito penal, partindo do pressuposto de que retribuir o mal causado a sociedade, sendo o homem detentor do livre arbítrio, será responsável por sua conduta, e a realização do ilícito autoriza o Estado à causar um mal ao condenado:

Para os clássicos, a pena tem finalidade de “RETRIBUIÇÃO”. É uma forma de corrigir o mal causado mediante a aplicação de outro mal ao criminoso. São chamadas as teorias “absolutas”. Partindo-se da premissa de que o homem é detentor do “livre arbítrio”, sendo por isso moralmente responsável (responsabilidade moral), se ele descumpre ou infringe, terá contra si a pena, que funciona como retribuição ao mal causado[100].

Paulo S. Xavier de Souza ratifica os conceitos já explanados, dizendo que “as teorias retributivas são absolutas, porque não se vinculam a nenhum fim, concebendo a pena como um fundamento em si mesmo”[101].

De forma complementar, o autor tras a afirmação sobre o fato da pena ser um fim em si mesma, alegando ainda que a pena “como castigo, compensação,

reação ou retribuição pelo delito, justificada por seu valor axiológico intrínseco; portanto, não é um meio, mas um dever ser metajurídico[102]”; e finaliza tais afirmações dizendo que:

Em síntese, para a teoria retributiva, a pena assume aspecto de castigo talionalmente vinculado com a magnitude do injusto e reprovação da culpabilidade do delinqüente, retribuindo a culpa do homem que atuou livremente (imputáveis), ao contrario das medidas aplicadas contra aqueles que não agiram (inimputáveis), que não podem ser reprovados[103].

Hugo rogério, ao lecionar sobre a teoria absoluta, faz uma apanhado geral sobre o tema e em linhas gerais sintetize todo o ensinamento pregado por tal teoria:

Diante dos fundamentos demonstrados constata-se que a teoria absoluta ou retributiva tem como único intuito punir o condenado, retribuir o mal causado, com um outro mal consistente na aplicação da pena, deixando o mesmo encarcerado, para que este usufrua das conseqüências de seu crime.

É também uma forma de demonstrar o poder do Estado, exercendo o jus puniendi, para que o condenado perceba que sua prisão é uma conseqüência de seu próprio ato, e que este entenda que se não tivesse delinqüido não estaria sendo punido e conseqüentemente, não estaria encarcerado.

Tais afirmações são fundamentadas no livre arbítrio de cada pessoa, pois, estes sabem da ilegalidade de suas condutas (na maioria das vezes), e seria perfeitamente plausível a exigibilidade de uma conduta diversa, ou seja, poderiam não ter realizado o ilícito, pois possuem discernimento para tal.

Sendo a pena, portanto, um castigo e uma conseqüência pelo crime realizado, não possuindo qualquer outro desiderato senão o de ser um fim em si mesma, e por aplicar as sanções previstas na legislação, é considerada como uma forma de fazer justiça.

Em outras palavras, o fato da pessoa possuir discernimento e livre arbítrio, já são suficiente para a imediata aplicação da pena, em decorrência de um ilícito, pois, o agente teve a faculdade de delinquir ou não, uma vez lesando um bem jurídico, permite a aplicação da pena, não havendo segundo tal teoria, qualquer outra finalidade senão punir o condenado^[104].

2.3.2 Teoria Relativa Ou Preventiva.

Diferentemente da teoria retributiva, que tinha uma filosofia mais medieval, a teoria relativa visa a prevenção de novos delitos, buscando a obstrução de novas condutas criminosas, na busca de consentizar que os condenados voltem a delinquir.

Essa teoria tem por base o ensinamento que no futuro se evite o cometimento de novos delitos, atribuindo a pena um caráter pedagógico. A teoria relativa da pena subdivide-se em teoria preventiva especial e teoria preventiva geral.

Aos defensores da teoria preventiva, reconhece nela que a pena se traduz em mal para quem sofre, porém é um mal necessário, para que se evite no futuro o cometimento de novos ilícitos. Porém, como instrumento de uma política criminal, não pode a pena bastar-se nesta característica, destituída de um sentido social. Para como tal se justificar, a pena tem de usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente, a prevenção ou a profilaxia criminal.^[105]

Assim, o sustentáculo dessa teoria parte do pressuposto de que o condenado poderá voltar a delinquir e necessita da aplicação da pena de forma imediata, visando impedir o cometimento de novos delitos.

É uma forma de manter a paz e o equilíbrio social, haja vista que aquelas pessoas que presumidamente são criminosas, ou tenham uma pré-disposição ao crime, já estarão encarcerados, dificultando assim a ocorrência de novas condutas ilegais[106].

Carnelutti relata que a finalidade é causar um “contra-estímulo” ao cometimento de ilícitos, por isso punir:

Para tanto serve, em primeiro lugar, o castigo que, provocando o sofrimento de quem cometeu o delito, cria um contra-estímulo ao cometimento de outros; por isso punitur ne peccetur, isto é, a fim de tentar dissuadir o condenado a pôr-se em condições de ter de ser punido novamente. Sob este aspecto, o Direito Penal opera sobre a necessidade, constituindo um vinculum quo necessitate adstringimur alicuius... rei faciendae vel non faciendae; a obrigação penal, da qual se ocupa a ciência do Direito Penal material, é a expressão da finalidade preventiva do Direito Penal[107].

Paulo S. Xavier de Souza destaca a principal divergência entre a teoria absoluta e a teoria preventiva, enfatizando que que enquanto aquela visa apenas retribuir o fato criminoso como forma de realizar justiça, esta seria além, pois também inibiria a prática de novos delitos, tendo uma utilidade preventiva:

De acordo com as teorias preventivas da pena, diferentemente da teoria retributiva que visa basicamente, retribuir o fato criminoso e realizar a justiça, a pena serviria como um meio de prevenção da prática do delito, inibindo tanto quanto possível a prática de novos crimes, sentido preventivo (ou utilitarista) que projeta seus efeitos para o futuro (ne peccetur)[108].

Neste diapasão, Haroldo Caetano da Silva aponta que, para a teoria preventiva à sanção penal tem a finalidade de prevenir, evitando desta forma, a ocorrência de novas infrações, segundo o jurista:

Para a teoria relativa ou preventiva, a sanção penal tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção terá então caráter geral, na qual o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da lei penal, objetivando inibir as pessoas da prática criminosa; e caráter especial, visando o autor do delito, de maneira que, afastado do meio livre, não torne a delinquir e possa ser corrigido[109].

De forma a complementar, Inácio Carvalho Neto afirma que, além do fim preventivo, a teoria relativa intimida as demais pessoas ao cometimento do crime, bem como corrigir aquele não tem na sua conduta de vida voltada para prática de crimes e tornar inofensivo o criminoso incorrigível, o autor assevera que:

Pela teoria relativa, a pena é uma medida prática que visa impedir o delito. Esta teoria é dividida em duas: a da prevenção geral e a da prevenção especial. Para a primeira, o principal escopo e efeito da pena é a inibição que esta causa sobre a generalidade dos cidadãos, intimidando-os. Para a segunda, a pena visa a intimidação do delinqüente ocasional, à reeducação do criminoso habitual corrigível, ou a tornar inofensivo o que se demonstra incorrigível[110].

Tomaz M. Shintati indica como consequência da teoria preventiva a função de evitar novas infrações penais, e afirma ainda que, para esta teoria, a pena também possui o intuito de ressocializar o condenado, para que este possa retornar recuperado à sociedade:

A pena tem ainda uma finalidade de prevenção, que constitui a dimensão social da sanção. Finalidade de prevenção especial: a pena visa à ressocialização do autor da infração penal, procurando corrigi-lo. Finalidade de prevenção geral: o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes[111].

Em consonância com os posicionamento até então expostos, Julio Fabbrini Mirabete afirma que a teoria relativa da pena conotava uma atribuição a pena de tal modo que a pena não era tão só uma consequência do ato infracional, mas sim a oportunidade para aplicação da sanção, para o autor: “Nas teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas), dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. O crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada”[\[112\]](#)

Neste diapasão, Cezar Roberto Bitencourt afirma que para a teoria relativa da pena, o objetivo primordial é a prevenção, inibindo novas ocorrências de infrações criminais:

“A formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou: "nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar. Para as duas teorias a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a pratica de novos fatos delitivos[\[113\]](#)".

Ao lecionar sobre a teoria relativa da pena, Romeu Falconi relata que esta surgiu com a denominada escola positiva, e como os demais estudiosos, afirma que, para a teoria relativa, a pena possui a característica de prevenção geral e especial, e ainda a ressocialização do condenado, atribuindo assim, uma função à pena, para o Autor:

“Os positivistas raciocinam diferentemente em relação à pena e suas conseqüências praticas. Essa Escola positiva as teorias “relativas”, e entende que a pena deve ter finalidade “UTILITARIA”. Assim, deve ela não-somente ter por escopo a punição, mas também recuperar o delinqüente para o convívio social. (...). A pena deverá servir ademais, como “prevenção”. Essa “prevenção” poderá ser “geral”, que é aquela que reflete sobre os demais elementos da sociedade, servindo de “intimidação”

para aqueles que, porventura, pretendam praticar qualquer conduta delituosa. A prevenção “especial”, de sua parte, reflete diretamente sobre a pessoa do criminoso. Trata-se aqui de demonstrar ao criminoso que, se errou, o Estado punirá, visando, assim, à sua “ressocialização”[\[114\]](#)

O autor firmemente se posiciona no sentido de que os fins intimidativos que a teoria relativa atribuiu a pena possa ser sustentado, baseando seu argumento de que nenhum Estado pode existir baseado no medo, um medo coletivo como querer chamar de prevenção geral[\[115\]](#)

Na visão de João José Leal as teorias relativas restringe a aplicação da teoria absoluta:

Com a restrição apresentada à teoria absoluta, surgiram as teorias relativas, que buscam fundamentar a existência da pena no seu aspecto utilitário. Admite-se que esta não tem um valor absoluto, mas existe para cumprir determinadas funções que são úteis à preservação da convivência social[\[116\]](#)

Sobre a teoria da prevenção geral, com bastante propriedade Déa Carla ensina que:

A teoria preventiva geral está direcionada à generalidade dos cidadãos, esperando que a ameaça de uma pena, e sua imposição e execução, por um lado, sirva para intimidar aos delinquentes potenciais (concepção estrita ou negativa da prevenção geral), e, por outro lado, sirva para robustecer a consciência jurídica dos cidadãos e sua confiança e fé no Direito (concepção ampla ou positiva da prevenção geral).[\[117\]](#)

A grande autora ainda especifica a teoria da prevenção especial da seguinte forma:

A teoria preventiva especial está direcionada ao delinqüente concreto castigado com uma pena. Têm por denominador comum a idéia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente, com o fim de evitar que, no futuro ele cometa novos crimes. Deste modo, deve-se falar de uma finalidade de prevenção da reincidência. Essa teoria não busca retribuir o fato passado, senão justificar a pena com o fim de prevenir novos delitos do autor. Portanto, diferencia-se, basicamente, da prevenção geral, em virtude de que o fato não se dirige a coletividade. Ou seja, o fato se dirige a uma pessoa determinada que é o sujeito delinquente. Deste modo, a pretensão desta teoria é evitar que aquele que delinuiu volte a delinquir[118]

Deste modo, a teoria relativa se desdobra em vários fundamentos, sendo os principais o da prevenção geral e específica. O primeiro é baseado no medo imposto no restante da sociedade pela possibilidade de ser punido pelo cometimento de um delito.

Já o segundo é baseado na prevenção imposta ao próprio criminoso, tendo como escopo o fato de que este poderá ficar constrangido a não cometer novos crimes, em razão de ter sido punido anteriormente.

E não é só, para alguns se trata de uma necessidade social, considerando que é uma forma de manter o equilíbrio social, sendo, portanto, uma utilidade, e não um fim em si mesma, uma vez que, além de em tese recuperar o preso, protege os respectivos bens jurídicos de serem objetos de novos delitos.

Possuindo desta forma vários objetivos específicos e oriundos da mesma origem, que é o cumprimento de pena pelo condenado, e tendo por premissa a prevenção de novos delitos, e a atribuição de um fim à pena.

2.3.3 Teoria Mista, Unificadora Ou Eclética.

A teoria mista na verdade é um apanhado geral das teorias anteriores, retirando as deficiências de cada uma, e tentado dessa forma chegar ao melhor dos dois mundos, como uma forma de remediar a realização de novos delitos.

Para Hugo Rogério, é uma mescla entre tais teorias, sendo a pena uma forma de punição ao criminoso, ante o fato do mesmo desrespeitar as determinações legais. E também uma forma de prevenir a ocorrência dos delitos, tanto na forma geral como na forma específica [\[119\]](#).

Haroldo Caetano diz “Da combinação entre as duas primeiras teorias, surge a terceira: a teoria mista ou eclética. Para esta teoria, a prevenção não exclui a retributividade da pena, mas se completam (...)” [\[120\]](#)

Inácio Carvalho Neto acredita que as críticas atribuídas a ambas as teorias apresentadas, fez com quem a teoria mista surgisse apresentado o que de melhor fosse aproveitado delas, unificando as duas e aplicando os fins retributivos e preventivos concomitantemente, segundo o autor: "Das críticas opostas a estas teorias surgiram às chamadas teorias mistas ou ecléticas, que tentam fundi-las, mesclando-se os conceitos preventivos com os retributivos" [\[121\]](#)

Já Bitencourt que denomina a teoria mista como teoria unificadora, busca conceito único da pena da seguinte forma:

“As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena” [\[122\]](#)

Paulo José da Costa Jr. leciona que contemporaneamente tem-se adotado a teoria eclética da pena, sendo na realidade um misto da teoria absoluta e

relativa, e que os fins intimidativo e retributivo mesclaram-se passando a ter um caráter ressocializador, para o jurista:

Modernamente, adotou-se um posicionamento eclético quanto às funções e natureza da pena. É o que se convencionou chamar de pluridimensionalismo, ou *mixtum compositum*. Assim, as funções retributiva e intimidativa da pena procuram conciliar-se com a função ressocializante da sanção. Passou-se a aplicar a pena quia *peccatum est et ut ne peccetur*^[123]

Após explicar que a teoria absoluta visa punir, e que a relativa tem por objetivo prevenir e ressocializar, Mirabete se refere à terceira teoria dizendo que: "Já para as teorias mistas (ecléticas) fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção^[124]"

Neste mesmo diapasão posicionou-se João José Leal, afirmando que além da utilidade de prevenir, a pena possui um caráter de ordem moral, caracterizada pela retribuição pelo delito cometido:

Modernamente, teorias mistas ou ecléticas procuram justificar a aplicação da pena com fundamento de ordem moral (retribuição pelo mal praticado) e de ordem utilitária (ressocialização do condenado e prevenção de novos crimes). A pena guarda inegavelmente seu caráter retributivo: por mais branda que seja, continua sendo um castigo, uma reprimenda aplicável ao infrator da lei positiva. Ao mesmo tempo, busca-se com ela alcançar metas utilitaristas, como a de evitar novos crimes e a de recuperação social do condenado^[125]

E ainda, Paulo S. Xavier de Souza relata que esta teoria atua como uma forma de orientação para os fins da pena, e afirma que:

“A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinqüente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critério limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais^[126]

Constata-se claramente que a teoria mista ou eclética tem por fundamento a miscigenação das outras duas teorias (absoluta e relativa), passando a ter mais de um único fim, e possuindo dois ou mais objetivos que consistem em punir e prevenir.

Portanto, a teoria mista, unificadora ou eclética aderiu às outras duas teorias, possuindo dois interesses, o primeiro retribuir ao condenado o mal causado, e o segundo prevenir que o condenado e a sociedade busquem o cometimento de novas condutas criminosas.

Sem esquecer, é claro, que, de acordo com a unificação das duas teorias, a pena passa a ter a característica de um castigo, com um fim além de si mesma, fazer justiça em conseqüência de mal causado, prevenindo que o delinqüente volte a realizar condutas criminosas, e a sociedade em geral tenha tal receio e, por conseqüência, recuperar o interno, e protegendo os bens jurídicos, buscando a paz e o equilíbrio social.

3. O CRIME

3.1 Conceito

De acordo com Fernando Capez,

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos

humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.[\[127\]](#)

Trata-se, pois, de um conjunto de normas que regulam a atividade punitiva do Estado e que de forma racional determinam os modos e limites dentro dos quais deve se exercitar, bem como disciplinam as relações jurídicas daí derivadas para estabelecer a aplicabilidade de uma pena ou medida de segurança na eventual ocorrência de um crime.

Mas o que se entende por crime?

Em verdade o conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que torna impossível classificar uma conduta, ontologicamente, como criminosa.

De fato é a sociedade quem cria o crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. A partir disso, verifiquem-se os três prismas dispensados ao conceito de crime: material, formal e analítico.

O primeiro diz respeito àquele que busca estabelecer a essência do conceito, ou seja, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Sob o aspecto formal o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descreve como tal, pouco importando o seu conteúdo.

O aspecto analítico é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade desse enfoque é

propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas.

Aqui se insere o estudo da teoria do crime^[128] (ou delito), onde busca ampliar os conhecimentos sobre a origem do crime, isto é, sua história, como também os seus principais doutrinadores; faz o sujeito cognoscível ter uma base e ter mais segurança e entendimento ao abordar os conceitos, as teorias, os caracteres e os elementos do delito.

Dessa forma, toda análise deve se orientar por certo critério, ou seja, um critério analítico. Este se traduz em critério sistemático no momento em que se toca construir o seu conceito. E é a partir desse ponto que se busca compreender as principais acepções ou correntes delineadoras do que se entende por crime.

Em síntese a teoria do delito é uma construção dogmática que proporciona um caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto. E o conceito ou a explicação a que se dá ao crime é estratificado, isto é, se integra em vários estratos, níveis ou planos de análise. Isto de forma alguma significa que estratificado seja o delito: estratificado é o conceito que do delito se obtém pela via de análise.

3.2 Sistemas Penitenciários

Como visto alhures, a pena de prisão teve sua origem na Idade Média, “como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, À meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus”.^[129]

Em sua obra, Mirabete esse tipo de ideia inspirou a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminoso, a House of Correction, e que impressionado com as deficiências apresentadas pelas prisões da época, Jonh Howard, sheriff do condado de Belfast, teve a iniciativa de reformar os estabelecimentos prisionais, divulgando suas ideias no livro *the state of prision in england and walles* (1976)^[130].

Afirmava ainda que graças as influências sofridas por Beccaria, já em 1764, em seu livro *Dos delitos e das penas* e, em 1818, Jeremias

Bentham em Teoria das penas e das recompensas, foi de decida importância na revolução do tratamento penal das prisões[131].

No decorrer da evolução da pena, ao compasso da organização do indivíduo em sociedade e, conseqüentemente, na formação do Estado, surgiram teorias filosóficas e religiosas que buscavam explicar a sua aplicação, fundamentação e finalidade, seus reflexos na sociedade e no Estado[132].

Dentre os sistemas, três são os que se discutam quanto a execução das penas privativas de liberdade: o sistema de Filadélfia (pensilvânico, belga ou celular), o de Auburn e o sistema Progressivo (inglês ou irlandês).

Também conhecido como sistema belga ou celular, o sistema filadélfico foi inaugurado em 1790 na prisão de Walnut Street e, em seguida, implantado nas prisões de Pittsburgh e Cherry Hill. Os principais precursores foram Benjamin Franklin e Willian Bradford[133].

Segundo Mirabete, no sistema da Filadélfia, o condenado deveria ficar completamente isolado, sem nenhum contato com o exterior, tendo por base as convicções religiosas, incentivando-se a leitura da Bíblia[134].

Acreca do sistema da Filadélfia, Henrique Viana em seu artigo explanou com categoria as caratctísticas com bastente propriedade:

Neste sistema penitenciário foram utilizadas convicções religiosas e bases do Direito Canônico para estabelecer uma finalidade e forma de execução penal. O condenado deveria ficar completamente isolado em uma cela, sendo vedado todo e qualquer contato com o meio exterior. Objetivava-se a expiação da culpa e a emenda dos condenados. Autorizava-se, tão-somente, passeios inconstantes no pátio da prisão e a leitura da Bíblia, para que o condenado pudesse se arrepender do delito praticado e, conseqüentemente, alcançar o perdão de sua conduta reprovável perante a sociedade e o Estado[135].

Já no sistema Auburniano, o isolamento absoluto se restringiu apenas a noite, possibilitando o desenvolvimento de atividades e trabalho dos presos, primeiro em suas celas e, posteriormente, em comum. Grande característica desse tipo de sistema era o silêncio absoluto, mesmo quando em grupos.

O que diferenciava o sistema pensilvânico e o sistema auburniano, era a segregação os presos, naquele, a segregação era durante todo o dia; neste, era possível o trabalho coletivo por algumas horas. Ambos, porém, pregavam a necessidade de separação dos detentos, para impedir a comunicação e o isolamento noturno acontecia em celas individuais[136].

Ainda sobre as diferenças entre tais sistemas penitenciários, Henrique Viana ensinava da seguinte forma:

O sistema pensilvaniano era mais dispendioso do que o auburniano. O trabalho em celas individuais era inadequado à produção industrial, através de máquinas, que se tornava comum. Conseqüentemente, o retorno econômico proveniente do trabalho prisional, através do sistema pensilvaniano, era escasso. Quando o “separate or solitary system” foi desenvolvido, o objetivo da reclusão penitenciária era, preferencialmente, evitar a contaminação moral entre presos e promover a reflexão e o arrependimento, ficando em segundo plano obter rendimentos do trabalho prisional. Já o sistema auburniano, embora mantivesse a preocupação com a emenda dos condenados e procurasse evitar a contaminação moral através da imposição da disciplina do silêncio, aparentemente colocava em primeiro lugar a necessidade de auferir ganhos com o trabalho dos presos. De fato, pode-se afirmar que a preocupação em fazer a prisão fornecer recursos para a sua própria manutenção parece ter sido o principal objetivo das penitenciárias que seguiram o modelo de Auburn[137].

Paulo Roberto Bittencourt expõe os motivos que levaram a falência do sistema penitenciário auburniano:

Uma das causas desse fracasso foi a pressão das associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento

de um trabalho penitenciário. A produção nas prisões representava menores custos ou podia significar uma competição ao trabalho livre. Outro aspecto negativo do sistema auburniano – uma de suas características – foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. A importância dada à disciplina deve-se, em parte ao fato de que o silent system acolhe, em seus pontos, estilo de vida militar. [...] se criticou, no sistema auburniano, a aplicação de castigos cruéis e excessivos. [...] No entanto, considerava-se justificável esse castigo porque se acreditava que propiciaria a recuperação do delinquente[138].

Manoel Pedro Pimentel afirmava que o ponto vulnerável desse sistema, era a regra desumana do silêncio, que forçava aos presos se comunicarem apenas com as mãos, formando uma espécie de alfabeto[139].

O sistema progressivo (inglês ou irlandês) surgiu na Inglaterra, no século XIX, atribuindo-se sua origem a um capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie[140].

O sistema progressivo se desdobrou em três etapas de cumprimento da pena, sendo a primeira etapa o isolamento absoluto, depois o trabalho em comum e por último o livramento condicional.

Fabbrini, lecionava que sempre era levado em conta o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados pela boa conduta e pelo trabalho. Dizia ainda que os períodos de estágio no cumprimento da pena se dava da seguinte forma: o primeiro deles, o período de provas, contante no isolamento absoluto do preso; o segundo momento se iniciava com a permissão ao trabalho, em silêncio, podendo-se ter outros benefícios e finalizava o terceiro momento com o livramento condicional[141].

Cezar Roberto Bitencourt afirmava que esse sistema progressivo distribuía o tempo de condenação em períodos, ampliando gradativamente os benefícios auferidos ao preso:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade^[142]

O que se pode concluir até então a cerca do modelo progressivo, é que, ainda de maneira bastante rígida, tal sistema tentava propiciar uma gradual reinclusão do preso na sociedade, educando-o para o trabalho de forma que o recluso pudesse induzir hábitos que permitissem levar no futuro uma vida honesta.

Vale destacar, que ao longo do tempo, com as modificações trazidas e necessárias a esse sistema, é o que impera hoje em vários países incluindo o Brasil e a Argentina.

O sistema progressivo foi de grande contribuição para a individualização da execução penal.

4. O TRABALHO NOS CÁRCERES.

4.1 Conceito e evolução histórica do trabalho nos cárceres.

No âmbito prisional, o conceito de trabalho penitenciário se torna um pouco mais restrito e mais delicado, tendo em que vista que por mais variadas atividades que possam ser realizadas pelos detentos, ainda existem restrições para outras atividades laborais.^[143]

Desta forma, assim como existem diversas definições e conceitos para o trabalho em geral, podemos destacar alguns enfoques concernentes ao trabalho prisional.

Alguns doutrinadores fazem uma diferenciação no que tange ao trabalho carcerário e trabalho penitenciário, que ao meu ver não munda, para os fins do presente trabalho, a forma como deva ser abordado e tratado os direitos do preso trabalhador, mas para fins didáticos e de conhecimento, Ismael Rodríguez, citado na obra de Antonia Belmares, afirma que o primeiro é o que envolve todo detendo que se encontra em uma prisão ou outro estabelecimento análogo de segurança, que logo poderá ser declarado inocente e absolvido; e a prisão que é executado pelos detentos durante o cumprimento das penas privativas de liberdade de quem tenha sido condenados.[\[144\]](#)

Para efeito do presente trabalho, vamos considerar apenas o trabalho realizado pelo apenado. Todavia, feitas as considerações iniciais vamos passar a evolução do trabalho nas prisões.

Inicialmente, cumpre registrar que as cominações legais surgiram como forma de fazer valer as normas jurídicas de forma a conferiri maior proteção aos bens jurídicos tutelados. As penas existem desde o início da humanidade, advindas da necessidade de uma maneira de punir os indivíduos que vivessem à margem das normas mínimas de conduta. Assim surgiram as sanções e com elas a pena privativa de liberdade. Deste modo, com a pena privativa de liberdade, caminhou lado a lado com sua evolução histórica o trabalho penitenciário.[\[145\]](#)

O trabalho começou a surgir no sistema penitenciário no século XVI, a inserção do trabalho nas penitenciárias começaram de forma tímida, a morte e a mutilação ainda continuavam a ser as penas principais, a tal ponto que o trabalho como castigo penal era uma exceção.[\[146\]](#)

O trabalho ainda não era visto como um papel ressocializador, onde conferia aos presos dignidade e uma forma de reintegração social, o trabalho foi inicialmente inserido como forma de castigo.

Até o final do século XIX, o trabalho continuo sendo aplicado como forma de castigo aos detentos, externo a qualquer proteção do preso trabalhador, uma

vez que o trabalho penitenciário visava, principalmente, endurecer a pena privativa de liberdade. O trabalhador recluso ainda não era tratado como sujeito de direitos, sendo obrigado a trabalhar em serviços pesados, nocivos, forçado e degradante.[\[147\]](#)

No final do século XIX e no início do século XX surgem os direitos sociais, que se referem a uma atuação positiva do Estado no sentido de estabelecer uma sociedade mais justa e igualitária, inclusive no que tange aos direitos trabalhistas. Porém, inicialmente, esses direitos não se aplicam aos presidiários, possivelmente devido, entre outros fatores, à resistência da sociedade em perceber o presidiário como um cidadão⁴.[\[148\]](#)

Primeiramente, este estava atrelado à concepção de vingança e de castigo, mantendo tais características como meio mais grave de cumprimento da pena privativa de liberdade, como um elemento atrelado ao mal da sanção penal

A luta contra o fim das penas corporais foi marca no período iluminista, mas ainda havia quem defendesse o trabalho forçado. Os castigos físicos como forma de sanção já não eram vistos com bons olhos neste período, mas levando-se em consideração a pena de morte, acreditavam que a escravidão era uma forma mais efetiva na prevenção da reincidência e na repressão do preso.

Os autores Gáudio Ribeiro e Maxwell Caixeta[\[149\]](#), conta em sua obra que o trabalho forçado, como forma de execução penal, por mais afrontoso que fosse a dignidade da pessoa humana, surgiu por motivos práticos, econômicos e ideológicos. Os trabalhos forçados foram substituídos pelo trabalho pedagógico, moralizante e disciplinador entre os séculos XVI e XIX.

Afirma ainda o autor que embora o interstício de tempo, a atividade laboral dos reclusos “foi descoberta como mais uma fonte nos meios de produção para o Estado, vindo a se encaixar perfeitamente dentro da convergência de necessidade dos sistemas penitenciários, segundo a conjuntura de abundância ou escassez de mão-de-obra”. [\[150\]](#)

No início do século XIX, com as restrições à utilização de escravos, as conquistas de terras e com a célere industrialização, ficaram aparentes as falhas do sistema prisional filadélfico, o qual acabava por excluir do mercado de trabalho, ou seja, da indústria, a mão-de-obra do presidiário.[\[151\]](#)

Eduardo Luján, em sua obra sobre as considerações sobre o trabalho penitenciário na Argentina, afirma que antes de se falar em trabalho penitenciário, importante falar sobre a chama Casa de Rasphuis de Amsterdan, aberto em 1596 que abrigava jovens mendigos e ou delinquentes. Nesse lugar se teve a concepção de que a educação se dava por meio do trabalho como também sobre instruções religiosas e castigos físicos. Em seguida, ele insiste em que o trabalho foi de caráter obrigatório e comum, não sendo menos presos dados percebidos um salário como compensação. Nas palavras de Foucault estava ocorrendo "um jogo para atrair o bem e a afastar o mal" [\[152\]](#)

Em suma, a concepção da pena privativa de liberdade tem evoluiu consideravelmente, inicialmente era considerado como castigo e logo foi estruturada aos fins corretivos. Esclarecedora é que durante o tempo do contratualismos, a privação da liberdade não implicava de modo algum na privação da liberdade de trabalho nas industrias. Historicamente, em seguida, o produto do progresso humanista e a renovação ideológica tem dado como resultado um conceito evidentemente tendente a readaptação social ou ressocialização com base na individualização da pena, sendo que o trabalho dentro da prisão é um agregado fundamental aos efeitos de obter resultados satisfatórios [\[153\]](#).

A base de toda obra de reeducação social dos delinquentes deve repousar no trabalho produtivo, não se podendo entender como tal o trabalho como penitência ou humilhante, o que se reveste com o caráter de pena, coação, tormento, mas sim o que lhe seja útil e capacite profissionalmente o recluso.

Segundo esse autor de autoria desconhecida, porém com um discurso bem interessante que merece ser exposto, afirma que a finalidade do trabalho nas penitenciárias é a reinserção social dos que suportam a pena privativa de liberdade e por tanto deve ser informativo, digno e adequado as aptidões e qualificações profissionais dos internos, pondo a sua disposição uma séria de atividades que lhes motivem a aproveitar seu tempo livre de maneira construtiva e lhes ajudem a adquirir aptidões e capacidades que lhes reão úteis tão logo sejam libertos [\[154\]](#).

Afirmava ainda que o trabalho é um direito natural do homem. Nas prisões o trabalho é uma atividade gratificante que outorga certo status e as vezes

determinado poder sobre os presos. O trabalho penitenciário persegue objetivos diferentes e se encontra totalmente ausente do aspecto competitivo econômico e seus fins são muito raramente a intensificação da pena, se busca facilitar a disciplina e criar hábitos de trabalho como forma de conseguir a adaptação social do apenado. Para o preso qualquer ocupação se parece suportável e útil, desejam e pedem trabalhar, qualquer coisa é melhor do que estar todo dia vegetando em um círculo vicioso de aborrecimento e pensamentos tortuosos[155]

4.2 O caráter ressocializador do trabalho prisional.

Inicialmente cumpre discorrer sobre a “reintegração social”, e seus reflexos na vida em sociedade. Tenho como reitegração social e com base nos conceitos de Felberg[156] como “processo de busca de todos os meios e possibilidades legais para a facilitação e estímulo da adequada adaptação os infratores ao convívio social, respeitando-se a liberdade de escolha e personalidade dos mesmos” facultando-os as disponibilidades de programas penitenciários de inclusão.

Tendo o trabalho como melhor forma de reintegração social e grande potencial ressocializador, é necessário que o trabalho seja produto de iniciativa do recluso e compatíveis com suas aptidões, de forma que os estimule para qe não se torne um mero meio de remição.

Para a mestra Paula Julieta, embora se reconheça o processo de ressocializador da pena, a realidade carcerária é bem diferente. Além de superlotação dos presídios, a questão importante a ser analisado é a “ressocialização e reeducação de quem sequer foi socializado ou educado, pois, na maioria das vezes, trata-se de pessoas literalmente excluídas da sociedade antes mesmo de serem encarceradas; pessoas que não tiveram muitas oportunidades, nem tampouco conseguiram manter a dignidade de vida e acabaram por enveredar no mundo marginal, como única alternativa possível dentro de um universo limitado de opções.[157]

Tanto no Brasil quanto na Argentina, o dos grandes probelmas a serem enfrentados no sistema prisional é garantir a melhor forma de condução dos condenaos a condição de cidadão, para que ao final do cumprimento da pensa estejam aptos a viver em sociedade. O trabalho e a educação são considerados a

melhor forma de se obter sucesso ao fim almejado nesse processo de ressocialização.

A sociedade brasileira e argentina funda-se na valorização do trabalho, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, segundo preceitua suas Constituições.

Para Paula Julieta^[158], “O reconhecimento do trabalho como força motriz de toda a sociedade impele o Estado, único detentor do poder de punir, a promover oportunidades de preparação dos apenados sob sua custódia a desenvolver atividades laborativas”, dando-les meios para voltar ao convívio social e restaurando sua dignidade enquanto pessoa livre. Aduz ainda que afastar o detento dessa realidade é mais do que desqualificá-lo para a nova vida fora das grades: é colocá-lo novamente em uma linha tênue entre o desemprego, devido a sua baixa qualificação, e a criminalidade, que lhe mostrará formas mais rápidas de conseguir dinheiro e status.

Temos que nos conscientizar que para o trabalho tenha esse papel ressocializador que tanto queremos e esperamos, ele tem que ser cercado por meios condizentes para tal fim, de forma que valorize o recluso dentro no mínimo legal exigido e passa a vê-lo como sujeito de direito. Ter em mente também que a cominação penal posta da privação de liberdade faz parte do seu cumprimento jurídico penal, e o trabalho assume, para o detento, o papel de direito e dever.

Como disposto na inteligência do art.28 da LEP, o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade humana e terá finalidade educativa e produtiva. A atividade laborativa do preso visa a sua reinserção no meio social, tendo o trabalho finalidade educativa e produtiva, com escopo de dever social e resgate da dignidade humana. A não qualificação para o mercado de trabalho, mantendo o apenado despreparado, facilitará o retorno à delinquência. A privação do trabalho ao preso pode ser comparada a uma condenação a uma “morte” lenta e gradual, sem perspectivas de retorno ao convívio social.

Convém ressaltar que o trabalho como um direito possibilita ao apenado incluí-lo no sistema progressivo de cumprimento da pena. Já no que concerne ao trabalho como dever, este se caracteriza como uma importante função que

possibilita a reinserção do indivíduo no contexto social, dando-se início ao processo ressocializador.[\[159\]](#)

Ainda sobre o tema Paula Julieta Jorge de oliveira[\[160\]](#), acrescenta que:

A finalidade educativa, na hipótese de o condenado sem qualquer habilitação profissional, consiste na atividade desenvolvida no estabelecimento prisional dirigida ao aprendizado de uma profissão. A finalidade produtiva, ao mesmo tempo em que impede a ociosidade, gera ao condenado recursos financeiros para o atendimento das obrigações decorrentes da responsabilidade civil, assistência à família, despesas pessoais e até o ressarcimento ao Estado por sua manutenção.

O trabalho serve para afastar o condenado da inércia e possibilita a oportunidade de recuperar a auto-estima e sua valorização como ser humano.

O trabalho, seja manual ou intelectual, garante ao indivíduo dignidade dentro de seu meio familiar e social. No entanto, oferecer trabalho ao preso não é colocá-lo para fazer serviços que ninguém queira executar, ou colocá-lo para executar serviços semi-escravos. Não pode ser esse o sentido do trabalho no processo ressocializador e de resgate da dignidade humana do preso enquanto indivíduo. Ao proporcionar a colocação, há que se privilegiarem as habilidades já desenvolvidas e fortalecer o senso de participação na sociedade e não fornecer-lhes mais um motivo para se considerarem párias.

A qualificação do preso para o trabalho deve adequar-se à realidade e exigências do mercado, compreendendo a assistência educacional a instrução escolar e a formação profissional.

Atualmente, têm sido identificadas importantes iniciativas no sentido de oferecer oportunidades ao sentenciado, tais como: criação de postos de trabalho

para os apenados, a assinatura de convênios entre o Poder Público e empresas privadas, convênios com instituições educacionais, maior participação da sociedade através de seus Conselhos Comunitários e Organizações Não-Governamentais.

A privação de liberdade e o confinamento, exercia não somente a política, mas também econômica, de modo que a invenção e implementação do sistema penitenciário mudou o paradigma em termos de controle social, passando de uma política de aniquilação do transgressor, a uma política de reintegração do mesmo.[\[161\]](#)

Ainda Eduardo Luján[\[162\]](#) sobre a política de reintegração social do preso acrescenta:

Um componente fundamental no tratamento desta questão é a função teleológica do cárcere. Certo é que o discurso ressocializador- o socializador em alguns casos- tem sido bem recebido pela maior parte dos estados modernos, ainda com uma estatística dolorosa de reincidência e custo. O resultado negativo das políticas de ressocialização não impede, no entanto, que os funcionários penitenciário, o sistema judicial e o legislador, proclamar em viva voz seus objetivos, pois se concebe a pena privativa de liberdade como uma instancia para reeducação dos que haviam transgredido- em termos do contrato social J.J Rosseau. Diametralmente oposto ao recentemente exposto é o enfoque da Escola Clássica de Criminologia, que percebia o crime como um ato irracional do incompreensível produto do atuar de um homem que não soube eleger o caminho mais conveniente, ao passo que se outorga prioridade sobre o autor, desconhecendo por completo a função reeducador do cárcere cuja única utilidade na teoria é assegurar a não reprodução das condutas negativas ocorridas. Seguindo estritamente a inteligência disposta na carta magna em seu art. 75, inc.22, corresponde a afirmar que a Argentina receptou o

primeiro modelo citao, sendo dever do Estado executar em consequência.

4.3 Direito ao trabalho dos presos.

O trabalho das pessoas privadas de sua liberdade, processadas ou condenadas planteiam diferentes problemáticas e desafios. Entre eles, a reabilitação dos reclusos, a necessidade de formação ou manutenção das capacidades para facilitar a posterior incersão na sociedade, o aspecto terapêutico do trabalho e sua incidência na disciplina interna do estabelecimento, mas também outros como as condições de desempenho do trabalho, a vulnerabilidade da situação ante a possíveis abusos e trabalho forçado.[\[163\]](#).

Como já vimos, o trabalho sempre esteve inserido em nossa sociedade, e é por meio do trabalho que o homem constrói suas bases na sociedade, seja trabalho braçal ou, intelectual, o trabalho é o garantidor da dignidade do homem no seio da sociedade e de sua família, e é por meio do trabalho que o homem mostra sua utilidade. Portanto, não poderia conceber de outra forma ou pensamento o trabalho do preso, pois também encontra-se intrinsecamente ligado a sua dignidade como pessoa ao trabalho por ele desenvolvido.

O paradigma do trabalho na compreensão hodierna de um sistema penitenciário abarca a reabilitação e a reinserção social, cabendo ao Estado propiciar esta verossimilhança. A efetiva oportunização de atividade profissional remunerada ao detento amolda-se em dever do Estado[\[164\]](#)

O fato de de uma pessoa ter sido privada de sua liberdade por transito em julgado de uma sentença penal condenatória, não o retira o direito ao trabalho, muito pelo contrário, o trabalho aos presos é garantido pelas leis de execução penal brasileira e argentina, como veremos adiante.

As atividades desenvolvidas pelos detentos não podem ser e nem se assemelhar a trabalhos cruéis, degradantes, forçados ou análogos ao trabalho escravo. No inicio do presentre trabalho acadêmico vimos que a origem do trabalho se deu por meio de trabalhos forçados, degradantes, muitas vezes como forma de punição ou castigo, onde as pessoas que

desenvolviam as atividades braçais ream consideradas coisas e não pessoas, daí a etimologia da palavra “trabalho” do latim “tripalium”.

Também observamos que esse conceito de trabalho mudou, e no lugar desse conceito veio caracterizando o trabalho como uma atividade que dignificasse o homem pelo suor do seu trabalho, garantindo-lhes enormes proteções laborais.

Pois bem, o objetivo do trabalho aos presos não é sancionatório, punitivo mas, reabilitador, ressocializador, como forma de reintegrá-lo na vida social por meio do mercado de trabalho.

Nesta linha de pensamento, Alexandre Pontieri^[165] afirma que “o trabalho serve para afastar o condenado da inércia, do ostracismo, dos pensamentos negativos e faz, talvez, com que venha a recuperar sua autoestima e valorização como ser humano.”

Da mesma forma, Julio Fabrinni Miabette^[166] com bastante propriedade preceitua que:

É preparando o indivíduo pela profissionalização (mão-de-obra qualificada), pela segurança econômica que vai adquirindo, pela ocupação integral de seu tempo em coisa útil e produtiva e, conseqüentemente, pelo nascer da razão de viver, pelo reconhecimento dos direitos e deveres, das responsabilidades e da dignidade humana que se obterá o ajustamento ou reajustamento desejado. Evidentemente, a profissionalização deve combinar-se com a atividade produtiva e o processo de assistência social, devendo o condenado dividir seu tempo, conforme determinarem as leis complementares e os regulamentos, entre o aprendizado e o trabalho.

Indiscutível dizer que o trabalho é a força que movimenta toda a vida em sociedade. Desta forma quando falamos sobre o processo de reabilitação social do preso não podemos deixar de conceber a ideia do

trabalho nesse importante processo, portanto, deixa o preso fora dessa realidade é bem mais que desqualificá-lo pra o processo de reinserção social, é colocá-lo no liame entre o desemprego e a volta a marginalidade que lhe apresentar formar mais rápidas de aferir renda.

No brasil, por força do art.39, inc.V da LEP, o trabalho do preso é uma obrigação, ficando de fora da obrigatoriedade ao trabalho o condenado político por força do art.200 do mesmo diploma legal.

Mirabete e Fabbririni, citando Miguel Reale Junior: “O trabalho não vale tão-só por criar bens econômicos, pois tem maior relevo sua importância existencial e social, como meio que viabiliza tanto a autoafirmação do homem como a estruturação da sociedade[167]”.

Para Mirabete[168], tanto a LEP quanto a ONU infligem o trabalho como dever, dentro da realidade do condenado:

Prevêem as Regras Mínimas da ONU que todos os presos devem ser submetidos a obrigação de trabalho, tendo em conta sua aptidão física e mental, e o art. 31 da Lei de Execução Penal, além de confirmar o dever de trabalho do preso, como já foi visto, refere-se às aptidões e capacidade do condenado, remetendo-se, evidentemente, às condições físicas, mentais, intelectuais e profissionais do condenado.

Para Jose Herinque Pierangelli[169], essa obrigatoriedade do trabalho no presídio decorre da falta do pressuposto de liberdade, pois, em caso contrário, poder-se-ia considerar a sua prestação como manifestação de um trabalho livre, que conduziria sua inclusão no ordenamento jurídico trabalhista.

Embora não seja regido pela CLT, a trabalho do preso deverá ser remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo vigente. A destinação do produto da remuneração do trabalho está de igual forma prevista na Lei de Execução Penal e deverá atender a indenização dos danos causados pelo crime,

desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; a assistência à família; a pequenas despesas pessoais; o ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada. Ademais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em caderneta poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Na argentina é pacífico o entendimento jurisprudencial que não é devido, inclusive considerado inconstitucional o valor descontado da remuneração do preso para fazer face as despesas com o Estado em relação a manutenção dos presos. Sobre isso em tema específicos tratamos do assunto e colacionamos farta jurisprudência.

O trabalho pode causar inúmeros efeitos no ser humano que o pratica, entre eles a auto-estima, o orgulho de estar produzindo e em troca recebendo recompensa, o incremento da competitividade, o desejo de evolução profissional, a satisfação de sentir-se útil para o sustento familiar, bem como a revolta por julgar-se explorado, a sensação de impotência, o desejo de abandonar a atividade laborativa, a luta por sobressair-se no meio profissional mediante atitudes licitas ou ilícitas, e em muitos casos a certeza e aceitação passiva do imaginado destino de trabalhar ate morrer, como decorrência natural das necessidades da vida.[\[170\]](#)

A atividade laborativa deve ser reconhecida como um valor intrinsecamente social, independente do posicionamento da pena, ou seja, advém da sociedade e a ela se destina, como meio de criação, produção, dominação, sobrevivência, reprodução das condições humanas, inserção do ser humano no grupo social, por meio do reconhecimento de seu papel profissional.

4.4 Natureza Jurídica do Trabalho penitenciário.

No exercício do trabalho, a remuneração do preso deverá atender, segundo o art. 29 da LEP, à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; à assistência familiar; a pequenas despesas pessoais e ao ressarcimento ao

Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado. Menciona, ainda, que parte da remuneração constituirá o pecúlio, depositado em caderneta de poupança, a ser entregue ao apenado quando posto em liberdade. Esse pecúlio a ser resgatado por ocasião de sua reintegração à sociedade constitui o socorro às suas primeiras necessidades até que ele possa colocar-se no mercado de trabalho e prover sua subsistência^[171].

Na relação jurídica regrada pela LEP, vigora expressamente o princípio da obrigatoriedade, conforme disposição legal tipificada no art.32: “O condenado a pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho”(…).

Em tempos hodiernos tanto a doutrina quanto a jurisprudência dominante vem reconhecendo o trabalho do preso como uma forma de reintegrá-lo ao ceio social e que isso somente acontecerá de forma plena quando regramentos mínimos forem garantidos aos presos pelo menos em porções desses direitos forem concedidos ao preso trabalhador direitos semelhantes àqueles conferidos aos demais trabalhadores. Pensar de forma diferente disso seria obstaculizar a plena e integral reinserção social do recluso, até mesmo porque a sociedade lhe estaria negando direitos que são conferidos a todos os outros membros da mesma^[172].

Esse é o entendimento sedimentado no nosso Código Penal Brasileiro ao contemplar em seu art.38 que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade”^[173].

Para Cabral e Silva, o tema pode ser tratado sob uma ótica jurídica distinta, porém condizente com a realidade dos trabalhadores presos:

A sanção talha-se, unicamente, na pena privativa de liberdade. Juridicamente, essa sanção não se estende ao trabalho, atividade de perfil correicional que possui características de direito e de dever. No entanto, o trabalho prisional tem se desenvolvido atualmente no país em um contexto caracterizado, entre outros aspectos, pelo pagamento irrisório e desrespeito às normas de segurança e higiene do trabalho, de modo que o trabalho acaba tendo, muitas

vezes, o caráter de sanção e não de reinserção social.

Para que o trabalho tenha caráter ressocializante, ele deve ser dotado de meios condizentes com essa finalidade, ou seja, capazes de valorizar o preso dentro do mínimo legalmente estabelecido e de respeitar sua pessoa enquanto sujeito de direitos. A censura criminal se limita à privação da liberdade e o trabalho assume, para o condenado, o caráter de direito e dever^[174].

O que temos de concreto é que a natureza jurídica dessas relações de trabalhos em que tem como parte dessa relação o preso, é uma natureza de direito público, pois para que haja a contratação da mão de obra carcerária tem que haver uma parceria com o ente público.

Além de ter uma natureza jurídica de direito público, tem um critério subjetivo adotado pela Lei de execução penal ao afirmar que o trabalho do preso tem por finalidade seu caráter educativo e produtivo.

Cabral e Silva continua afirmando trás o viés educativo e ressocializador dentre do trabalho do preso como forma de fundamentar a natureza jurídica dessa relação:

Ademais, a LEP traz expressamente em seu art. 28º que a finalidade do trabalho do preso é educativa e produtiva. A finalidade educativa diz respeito à reintegração na sociedade através da qualificação pelo trabalho. Pois, ao saírem das prisões, os apenados que não tem nenhuma qualificação técnica, além de não se empregarem, ainda voltam a reincidir no crime. A educação pelo trabalho diz respeito ao ensino de alguma atividade laborativa para o efetivo exercício das atividades desempenhadas.[...] Além da modalidade subjetiva, o regime jurídico do trabalho carcerário é de direito público, pois, para que haja a contratação da mão-de-obra do preso, deve-se firmar

contrato entre a Administração pública e o parceiro privado, sempre observando os princípios gerais que regem a Administração pública, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Inclusive, para o trabalho interno, os governos federais, estaduais ou municipais poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, afim de implantação de oficinas de trabalho dentro dos presídios, conforme disposto no art. 34 da LEP.

É de se concluir portanto, que não se reveste de natureza jurídica laboral, mas sim de natureza jurídica de direito público as relações de trabalho desenvolvidas pelos presos, pois os contratos são firmados em parceria com o estado, sendo a única via legal de contratação de tais mão de obra.

5. LEGISLAÇÕES, NORMAS E TRATADOS INTERNACIONAIS APLICADAS AO TRABALHO DO PRESO.

5.1 O Trabalho dos presos segundo o Direito Internacional e OIT.

As Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros foram adotados pelo 1º congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, a aprovadas pelo Conselho Economico e Social da Organização das nações Unidas através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2.076 (LXII), de 13 de maio de 1977.[\[175\]](#)

As regras estabelecidas acima não teve o condão de ditar um model ideal de um sistema penitenciário, apenas inspiar através de conceitos largamente admitidos atualmente e fazendo uso de elementos essenciais para uma boa organizaçãopenitenciária e a forma empírica relativa ao tratamento de prisioneiros.

No que tange ao trabalho, segundos as Regras Mínimas da Oranização das Nações Unidas, além de não ser penoso, todos os presos deverão trabalhar conforme suas aptidões física e mental, de acordo com a

determinação do médico. Tanto quanto possível, o trabalho proporcionado será de natureza que mantenha ou aumente as capacidades dos presos para ganharem honestamente a vida depois de libertados e será proporcionado treinamento profissional em profissões úteis aos presos que dele tirem proveito, especialmente aos presos jovens. Dentro dos limites compatíveis com uma seleção profissional apropriada e com as exigências da administração e disciplina prisionais, os presos poderão escolher o tipo de trabalho que querem fazer.

Interessante observar que a organização e os métodos de trabalho penitenciário deverão se assemelhar o mais possível aos que aplicam a um trabalhador similar fora do estabelecimento prisional, a fim de que os presos sejam preparados para as condições normais de trabalho livre. Contudo, o interesse dos presos e sua formação profissional não deverão ficar subordinados ao desejo de auferirem benefícios pecuniários de uma indústria penitenciária.

As Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas asseguram ainda que devem ser tomadas as providências cabíveis para indenizar os trabalhadores presidiários em caso de acidente do trabalho ou enfermidade profissional, do mesmo modo em que se dá a lei que protege os trabalhadores livres. [\[176\]](#)

O presidiário que exerce trabalho tem o direito subjetivo de ser devidamente remunerado, percebendo uma remuneração “equitativa”, conforme reconhecido nas Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas, sendo proibido receber seu salário em forma de gorjetas, regalias ou remuneração simbólica.

Prevêem, também, as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas, o desconto na remuneração pelo trabalho a fim de indenizar o dano proveniente do delito e para assistência à família do trabalhador, bem como para o ressarcimento do Estado pelas despesas com a sua manutenção dentro do estabelecimento prisional e como última destinação por ela obrigada, deve ser depositada a parte restante da remuneração para a constituição do pecúlio, em caderneta de poupança, dinheiro este

que será entregue ao trabalhador prisional no momento em que tiver cumprido por completo sua pena e for colocado em liberdade.

A OIT é uma agência multilateral ligada à ONU especializada em questões do trabalho. Tem representação paritária de governos dos 178 estados-membros e de organizações de empregadores e trabalhadores[177].

Existem documentos da OIT que norteiam a atuação baseada nas garantias fundamentais dos trabalhadores e que contém as normas que são consideradas as mais pertinentes. São as convenções que se equiparam aos tratados internacionais e que criam normas para os Estados que as ratificarem.

O órgão máximo internacional encarregado das regulamentações sobre o direito do trabalho é a OIT, e trata das questões do trabalho dos presos em seus convênios nº 29 e 105. Assim, a OIT não proíbe de modo algum o trabalho nas penitenciárias mas sim, em contrapartida, determina restrições a respeito.[178]

O Brasil e Argentina são signatários das convenções 29 e 105 da OIT que versam sobre a repressão a qualquer forma de trabalho forçado. Assim, as disposições destes documentos passam a vigorar também no ordenamento jurídico de cada país signatário.

A convenção 29 de 1930 da OIT dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em qualquer forma, executando-se o serviço militar, o trabalho penitenciário supervisionado e o trabalho obrigatório em situações de emergência como guerras, incêndios etc[179]

A normativa citada dispõe que o trabalho penitenciário somente pode ser imposto aos condenados por sentença judicial, sendo que não se pode obrigar a trabalhar os detentos em espera de julgamento nem o presos por prisão administrativa. Logicamente a supervisão dos trabalhos dos presos ficam a cargo das autoridades penitenciárias. Especificamente, o convênio 105 estabelece que as empresas particulares podem empregar os presos que queiram trabalhar por vontade própria, devendo assegurar-se que suas condições de trabalho sejam similares aquelas relações de

emprego livre do sistema penitenciário, resultando indispensavelmente que que os trabalhadores penitenciários tenham consentido seu trabalho em favor de um empregador privado[180].

Visando elucidar qualquer dúvida que paira a cerca da convenção nº 29[181] que proíbe o trabalho forçado e obrigatório, em todas as suas formas, necessário a transcrição do disposto no art. 2º da convenção pois a mesma faz ressalva:

Art. 2 — 1. 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.

2. Entretanto, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ não compreenderá, para os fins da presente convenção:

a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude das leis sobre o serviço militar obrigatório e que só compreenda trabalhos de caráter puramente militar;

b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais dos cidadãos de um país plenamente autônomo;

c) qualquer trabalho ou serviço exigido de um indivíduo como consequência de condenação pronunciada por decisão judiciária, contanto que esse trabalho ou serviço seja executado sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas e que dito indivíduo não seja posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas privadas;(grifo nosso)

Desta forma, o autor[182] elenca exemplos e a forma como a OIT se posiciona sobre o tema:

Alguns exemplos que a mesma agência fornece para promover a cerca do trabalho para um entidade privada como parte de um programa de educação ou

capacitação, o trabalho em oficinas da prisão para produzir bens vendidos a entidades privadas no mercado aberto, trabalho fora da penitenciária para uma entidade privada como parte de um programa de reinserção social, entre outros.

Para a Organização Internacional do Trabalho é fundamental que a o trabalho penitenciário se realize em condições que se aproximem aquelas de uma “relação de trabalho livre”, em virtude dos princípios antes vistos relacionados com a dignidade humana.

Assim, se uma empresa quiser fazer uso do trabalho prisional, recomenda-se que em matéria econômica as condições resultem similares as dos trabalhadores livres, assim como devem gozar das mesmas condições em matéria de saúde, segurança do trabalho, higiene e seguridade social.

É de se destacar que o próprio órgão internacional admite a possibilidade de que o salário percebido pelos trabalhadores privados da liberdade se pratiquem descontos em decorrência da comida e alojamento.

No âmbito do direito comparado há vários organismos internacionais que editaram diversas normas a respeito do tema do trabalho do presidiário como a Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.) e a Organização das Nações Unidas (O.N.U.). [\[183\]](#)

Há ainda a Convenção de Genebra, realizada após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1949, que tratou, entre outras coisas, do trabalho dos prisioneiros de guerra.

Portanto, de acordo com Casella (1980) a Organização Internacional do Trabalho editou duas Convenções que rezam sobre o trabalho forçado ou obrigatório dentro dos estabelecimentos prisionais. Foram elas: as Convenções da Organização Internacional do Trabalho de número 29 e de número 50. Há ainda quatro Recomendações, sendo duas datadas de

1930 e outras duas datadas de 1936 que também cogitaram do trabalho obrigatório ou forçado dentro dos presídios.

A Convenção da Organização Internacional do Trabalho relativa ao trabalho forçado ou obrigatório, de número 29, foi aprovada na 14ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, na Suíça, no dia 10 de maio de 1930. Estabelece a disciplina para a eliminação progressiva do trabalho forçado ou obrigatório, especialmente ao conceituar o que é o trabalho forçado ou obrigatório, exclui assim, deste modelo, qualquer trabalho ou serviço exigido por meio de uma condenação judicial.

Um ponto de vista bastante pertinente a cerca da obrigatoriedade do trabalho nas prisões é que não se pode confundir esta obrigatoriedade do trabalho com a imposição de trabalhos forçados, tendo em vista que é por meio do trabalho ao qual se destina a finalidade de sua futura reinserção social.

Barakat afirma que apesar do trabalho estar entabulado na LEP e na convenção nº 29 da OIT como obrigação, seu efetivo exercício não pode ser imposto ao detento, pois inexistente a possibilidade de trabalhos forçados por imposição constitucional, conforme dispõe o art. 5ª, XLVII da Constituição Federal, que estabelece: “Não haverá penas (...) c) de trabalhos forçados”[\[184\]](#).

Sidio Rosa de Mesquita Júnior[\[185\]](#) contesta com veemência essa obrigatoriedade do trabalho prisional:

O condenado poderá recusar-se ao desenvolvimento do trabalho, não podendo ser sancionado por esta conduta. O único efeito da recusa será a apreciação desse fato como elemento negativo, no momento em que for apreciado o mérito do mesmo, a fim de conceder algum benefício.

5.2 Lei de Contrato de Trabalho argentino (LCT) e Consolidação das Leis Trabalhistas Brasileira (CLT), e o amparo ao trabalho desenvolvido pelos reclusos.

São correntes as ilações a cerca da existencia da relação de emprego nas atividades laborativas realizadas pelos detentos dentro e fora do estabelecimento prisional. Aos que se filiam ao entendimento de que os trabalhos por eles desenvolvidos devem estar respaldados por todas as garantias trabalhistas previstas na legislação, o Estado e as empresas privadas que se utilizam dessa mão de obra estão sujeitos a Legislação Trabalhista.

De acordo com Tito Barichello^[186] sob a ótica dos que comungam do entendimento de que presente os requisitos norteadores da relação de emprego, pessoalidade, não eventualidade, bunordinação e onerosidade, o detento passaria a ter sua atividade regrada pela legislação laboral, dessa forma faria jus a todo disposto no art. 7º da Carta Magna, “tais como: fundo de garantia por tempo de serviço; seguro desemprego; salário mínimo fixado em lei; piso salarial; décimo terceiro, etc.”

O art. 28, §2º da LEP preceitua que o trabalho do preso não está sujeito ao regime da CLT. Os trabalhos desenvolvidos pelos presos, por contratação pelo Estado ou Empresas privadas em parceria com o Estado, não se sujeitam as garantias laborais prevista na legislação trabalhista. Resalta-se por imperioso, que, nestes casos, a empresa privada não pode contratar diretamente com o preso, mas apenas diretamente com o Estado, através de contrato administrativo.^[187]

Para a autora, grande parte da doutrina entende que a Lei de Execuções Penais, no que diz respeito aos direitos trabalhistas, não foi recepcionada pela Constituição Federal, pois nossa Carta magna veda qualquer tipo de discriminação entre os trabalhadores.

Aos adeptos de tal exegese, poder-se-ia partir da premissa que o art. 28,§2º da LEP seria inconstitucional, por ferir preceitos de nossa *lex matter*, entre os quais, o da isonomia do art.5º, Caput, que entabula: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”^[188]

A norma não pode ser utilizada para diferenciar cidadãos, estabelecendo benesses, privilégios e, por conseguinte, desigualdades, mas um instrumento que possibilite tratar equitativamente indivíduos, materializando-se um conteúdo político ideológico[189].

Essa mesma linha de pensamento é seguida por grande parte da doutrina e jurisprudência argentina como veremos a seguir.

Trata-se de um tema bastante sensível e digo também central no presente trabalho científico, tendo em vista que, a natureza jurídica do trabalho prisional, como vimos em tópico específico, não tem mais mesmas características do trabalho desenvolvidos por pessoas livres e que não devem sanção penal ao estado.

Mas o fato é que a Constituição brasileira e argentina vedam expressamente qualquer tipo de discriminação entre trabalhadores e mais especificamente a lei de execução penal argentina garante aos trabalhadores carcerários a aplicabilidade da legislação laboral.

Assim, segundo Aldacy Coutinho citado na Obra de Joeline Araujo Souza[190]preconiza:

Se na prestação de trabalho pelo apenado estiverem presentes todos os elementos de uma relação de emprego, pela realização de um trabalho subordinado com continuidade e pessoalidade, o pagamento deverá ser igual ou superior a um salário mínimo. A norma constitucional, em seu art. 7º, inciso IV, garante a percepção de um salário mínimo por todo trabalhador. Sendo norma de eficácia plena, implica automaticamente a não recepção da Lei de Execução Penal, que permite a realização de trabalho remunerado pelo apenado em valores inferiores ao mínimo legal, quando está caracterizada a relação de emprego.

A LEP (lei de execução penal), em tese, estaria estabelecendo um diferenciamento entre o trabalhador livre e o preso, no momento em que veda a aplicação das normas da CLT. Embora tenha supedâneo constitucional, a aplicabilidade do regime laboral para esses trabalhadores restaria prejudicado tendo em vista que a relação de emprego tem natureza de direito público-administrativo, posto que essa relação de trabalho necessita da intervenção do Estado para se concretizar.

A norma não pode ser utilizada para diferenciar cidadãos, estabelecendo benesses, privilégios e, por conseguinte, desigualdades, mas um instrumento que possibilite tratar equitativamente indivíduos, materializando-se um conteúdo político-ideológico.[\[191\]](#)

Em outra esteira, além de não estar sujeito a legislação trabalhista, a Lei de execuções penais brasileira, preceitua em seu art.29 que “O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo”.

Delineando excelentes feições a cerca do tema, Julio Fabbrine Mirabete[\[192\]](#)preceitua que:

O trabalho do preso não esta sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Não obstante as similitudes exigidas na Lei de Execução Penal ente o trabalho prisional e o livre, aquele deste se distancia quanto a natureza. Trata-se de um dever que decorre da falta de pressuposto da liberdade que se insere no conjunto de obrigações que integram a pena. Seu regime é de direito público, inexistente a condição fundamental para o trabalho espontâneo, que é a liberdade para formação para o contratao de trablaho, retirada que foi ao condenado à pena privativa de liberdade. Não tem o direito, pois, a férias, 13º salário e outros benefícios que se concedem ao trabalhador livre.

Sendo assim, o trabalho prisional não configura relação de emprego, posto que se trata de um regime especial, específico. O trabalho do preso

tem finalidades específicas baseadas na LEP, quais sejam, educativa e produtiva. O que se espera é a preparação do apenado para o convívio em sociedade, é a sua reintegração através da qualificação pelo trabalho.

O concreto hoje estabelecido de forma caterogira pela LEP é que o trabalho do preso não configura relação de emprego, não podendo, portanto, ser submetido a legislação laboral, bem como a remuneração do preso trabalhador não poderá ser inferior a a (3/4) três quartos do salário mínimo vigente. Além disto, o produto desta remuneração destinar-se-á: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e ainda não reparados; b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado.

De forma tácita o nobre doutrinador Paulo Lúcio Nogueira[193] se posiciona no sentido de que a as relações de empregos existentes entre dento e empresa privada/Estado não seria de competência das relações de emprego ao qual são salvaguardadas pela CLT, ao afirmar que o trabalho deverá ser remunerado no montante de no mínimo $\frac{3}{4}$ do menor salário vigente, com finalidade precípua de indenização das vítimas, auxiliar a família, despesas do condenado, etc.

Tal regramento vai à contra mão ao estabelecido pelo inciso IV do art.7º da Constituição da república Federativa do Brasil de 1988 que estebele como patamar de salário mímo. Este valor deveria ser a menor quantia paga a um trabalhador, no território nacional, pelo trabalho efetuado durante um mês de serviço.

De acordo com o referido inciso, o Salário-Mínimo é o menor valor garantido por lei, capaz de assegurar ao trabalhador e à sua família, uma sobrevivência digna, além de respeitar o trabalho por este realizado. Uma redução neste valor somente seria possível através de uma diminuição proporcional na jornada de trabalho do preso.

Odir Odilon Pinto da Silva e José Antônio Paganella Boschi[194], expressão de forma clara sobre a adequação a Lei de Execução Penal ao trabalho dos presos e afastando a incidência da Consolidação das Leis

Trabalhista do trabalho prisional, sem que possa ser considerada inconstitucional, vejamos:

Todavia, não nos parece inconstitucional a exclusão do condenado da proteção das leis trabalhistas. (...) Mesmo excluído da proteção trabalhista são aplicadas à organização e os métodos de trabalho as precauções legais relativas à segurança e a higiene.

Desta forma, percebe-se uma consonância constitucional entre a Lei de Execução Penal e a Consolidação das Leis Trabalhistas decorrentes do trabalho prisional. Partindo-se do pressuposto que o primado básico para qualquer relação de emprego que é a liberdade, não está presente na relação de trabalho existente no ambiente prisional. A autonomia do vontade do empregado tem que se coadunar com a independência de contratar e ser contratado, o que não ocorre no trabalho presidiário pois tal liberdade é diferida em um vínculo de direito público, visto como por alguns como obrigação e por outros como direito^[195]

O fim almejado com o trabalho prisional vai além do que se encontra no trabalho exercido por pessoas livres, pois no cárcere, o que se busca é seu retorno ao convívio social. As atividades laborais privadas dentro dos presídios tornam possível esse processo de reintegração, a medida também que a empresa explora a mão de obra carcerária e lucra com os serviços desenvolvidos pelos presos. Logo, pode-se afirmar que, ainda que tenha o elemento volitivo por parte do preso, não configura relação de emprego por ter finalidade diversa dessa.

A título de exemplo, Joeline Araujo trás a baila a relação laboral de estágio, onde encontram-se presentes os requisitos da relação de empregos contidas na Consolidação das Leis Trabalhistas, tais como subordinação, continuidade, pessoalidade, alteridade e ainda assim não se configura como tal, por ter finalidade diversa. Mesmo com o advento da lei 11.788/08, que trouxe novas regulamentações ao contrato de estágio, não se considera que haja o vínculo empregatício, visto que o seu objetivo é complementar o ensino e a aprendizagem.^[196]

Este exemplo trazido pela autora, nos mostra como é entendido a justificativa jurídica da não aplicabilidade da legislação laboral para o trabalho do apenado. Como visto, a formalização do contrato de trabalho dos presos é formalizada de forma triangular, estando presente neste triângulo como forma de aperfeiçoar a relação jurídica o preso, o Estado e a instituição privada em parceira com o Estado. Para o preso, deve-se ressaltar a função dignificadora do trabalho. Logo, independentemente de o seu trabalho ser realizado no âmbito interno ou externo do presídio, havendo o tripé Estado, parceiro privado e apenado, não configura relação de emprego, nem cabe a aplicação da CLT.[\[197\]](#)

Em que pesem as argumentações dadas que possam justificar ou não as garantias trabalhistas do preso, certo é que deve ser observados os direitos trabalhistas reconhecidos pela Carta Magna em seu art. 7º, posto que se tratam de direitos sociais do trabalhador, seja ele livre ou não. Nesse sentido leciona Dirley da Cunha Júnior[\[198\]](#):

Os direitos sociais são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este se coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Ou seja, os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, consistente em uma prestação positiva em benefício do indivíduo, de modo a garantir-lhes o mínimo existencial. E pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é o melhor fundamento para a aceitação de um direito subjetivo público aos recursos mínimos concernentes.

A Constituição federal, ao inserir os direitos sociais no título II que trata dos direitos fundamentais, afirma que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, que dão aos seus titulares direito de exigir do Estado estas garantias indispensáveis ao ser humano. Isso vale para todos os trabalhadores, quais sejam livres ou reclusos, posto que não se pode fazer diferenciação entre os diversos tipos de labor. Isto posto, infere-se que é obrigação do Estado oferecer trabalho ao apenado, e para isso pode-se valer de contratos com parceiros privados.

Como bem salienta Fábio Rodrigues^[199], o direito do trabalho é universal, ou seja, fazendo parte do direito patrimônio jurídico de todas as pessoas. cabe afirmar que a titularidade do direito ao trabalho é universal, o que implica dizer que está voltada abertamente à todas as pessoas humanas. Sendo assim, Jorge Luiz Souto Maior^[200] ressalta que:

(...) o direito como instrumento não é só o direito legislado. A visão do direito como instrumento fornece todas as armas que se encontram no próprio direito. Com efeito, em uma sociedade democrática a Constituição, necessariamente, consagra os muitos valores constantes das diversas ideologias político-sociais.

Logo, utilizando-se do direito do trabalho como instrumento de luta pela justiça social, culmina com a constitucionalização das normas protetivas do trabalho e a normatização de seus princípios fundamentais, possibilitando a interpretação das normas infra com base nesses postulados.

Então, enquanto não haja legislação específica própria que regule esta modalidade laborativa, extrai-se direitos previstos na Carta Magna para regular esta relação de trabalho. Porém, deve-se atentar às características de cada direito posto, visto que, em razão de sua própria natureza, para distinguir a aplicação ao trabalho do preso ou não.

Na Argentina, a lei 24.660 (lei de execuções de penas privativas de liberdade), sancionada em 1966, trazem os princípios gerais do direito do

trabalho para os presos, de forma que contempla o trabalho de modo dual, tanto que não é apenas concebido como um direito, mas sim uma dever para os sujeitos condenados, por tanto é parte de um tratamento que tem, uma finalidade destinada a ressocialização.[\[201\]](#)

O Capítulo VII da norma regulamentadora do direito do trabalho, no seu art.107[\[202\]](#) estabelece um conjunto de condições básicas para o desenvolvimento de princípios de cumprimentos obrigatórios determinados aos que trabalham nas prisões, são eles “a) não será imposto como castigo; b) não será aflitivo, denigrante, infamante nem forçado; c) tenderá a formação e melhoramento de hábitos laborais; d) procurará a capacitação do interno para seu desempenho em vida livre; e) se programará tendo em conta as aptidões e condições psicofísicas dos internos, as tecnologias utilizadas em condições de liberdade e as demandas do mercado de trabalho; f)deverá ser remunerado; g) se respeitará a legislação laboral e da seguridade social vigente”.

Perceba que a alínea “g” do artigo 107 dispõe que o trabalho dos presos se respeitará a legislação trabalhista e da seguridade social vigente, de modo que o trabalhador preso pode ter todos os direitos laborais garantidos a qualquer cidadão Argentino.

Uma sentença da Câmara Nacional de Recurso Penal decidiu que os direitos laborais dos presos são iguais as das pessoas em liberdade.[\[203\]](#)

Ainda é matéria sensível tanto no Brasil quanto na Argentina, mas os reconhecimentos aos direitos trabalhistas aos reclusos estão cada vez mais em evidência e sendo discutida na doutrina e jurisprudência.

A Câmara Nacional de Recurso Penal, o mais alto Tribunal Penal do país, em alguns dos seus julgados determinou que uma pessoa privada de sua liberdade, que estiver trabalhando, detinha os mesmos direitos laborais estabelecidos na lei de contrato de trabalho, incluindo os demais direitos acessórios tais como gratificação natalina e as férias. Além disso, determinou que se elabore um regime laboral para os presos, que se leve em conta as especificidades da privação de liberdade.[\[203\]](#)

Sentença da Câmara Nacional de Recurso Penal:

0000004551-1

Execução penal. Inconstitucionalidade art. 121 inc. "c" ley 24.660.

Se o trabalho carcerário es dever e um direito dos condenados, deverá ser remunerado e respeitar a legislação laboral vigente, e não é razoável nem igualitário que sua remuneração se veja diminuída por motivos de "gastos" cuja natureza é difícil precisar, pois a manutenção do interno é um dever do Estado, e o previsto no art. 121 inc. "c" lei 24.660 é diverso aos fins ressocializadores da pena, e aos princípios enunciados em seu art. 120 e art.14 bis CN.(Dres. Yacobucci, Mitchell, García). Magistrados: Mitchell, García, Yacobucci. Registro n° 14946.2. Acuña, Juan Alberto s/recurso de casación. 14/08/09. Causa n°: 9422. Cámara Nacional de Casación Penal.Sala : II.[\[204\]](#)

0000060761-1

Execução penal. Hábeas corpus. Internos. Agravamento ilegal das condições de detenção. Trabalho. Remuneração. Descuentos. Direitos laborais. Igual remuneração por igual terefa. Todo preso não pode ser ignorado ao direito de toda pessoa a ter uma oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceitado, que o nosso país goza de um estatus de proteção constitucional (art. 14 bis CN y Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Os descontos salarias com sustento no parecer n° 20/2013 emanado pelo coordenador penitenciário se contrapõe com as disposições contidas na Lei 24.660 (art. 107 e cc) que estabelece que o trablaho em cárcere deverá respeitar e adequarse a legislação laboral e da seguridade social vigente. Para qualquerr preso que trabalhe não podem deixar de governar com normas- entre outros- o direito a remuneração e a regra de assimilação ao trabalho livre, com todos seus alcances, (vrg. Abono de família, obra social, cobertura frente a acidente de trabalho, capacitação laboral, agremiações)

por força do princípio da progressividade. (Dres. Slokar, David y Ledesma). Magistrados : Ledesma, David, Slokar. Registro nº 2490.14.2. Képych Yúri Tibériyevich s/rec. de casación. 1/12/14.Causa nº : 1318/13.Cámara Federal de Casación Penal. Sala : II.[\[205\]](#)

Segundo Mariano Albrisi[\[206\]](#), em concreto, a decisão da justiça determinou que tem-se que haver um regime laboral para os detentos com idênticos direitos que são garantidos de uma pessoa livre, fazendo com que os presos que trabalham gozem de gratificação natalina e férias, e demais direitos da lei de Contrato de Trabalho.

A normativa previa que 25% fossem utilizados para “custear os gastos quem causarem ao estabelecimento prisional”, mas a Corte Supreme de Justiça da nação a declarou inconstitucional, uma vez que, segundo ele, o Estado deve assumir a manutenção dos detentos, de modo que esta soma não deve ser retida.

Jurisprudência Argentina sobre o tema:

0000026521-1

Execução penal. Inconstitucionalidade art.121 inc.”c” Lei 24.660.

Se o trabalho carcerário é um dever e um direito dos condenados, deverá ser remunerado e respeitar a legislação laboral vigente, e não é razoável nem equitativo que sua remuneração se veja diminuída com motivo de “gastos” cuja natureza é difícil precisar, pois a manutenção do interno é um dever do Estado, e a previsão do art.121 inc.”c” lei 24.660 é alheio aos fins ressocializadores da pena, e aos princípios enunciados em seu art.120 e o art.14 bis CN. O voto favorável acrescentou que o art.121 inc c estabelece um tributo de forma incompatível com os arts.4 e 6 CN.(Dres. Yacobucci, Mitchell, García -voto concorrente-).Magistrados : Yacobucci, García, Mitchell.Registro nº 18339.2. Aguirre, Ramón Alejandro

s/recurso de inconstitucionalidade.19/04/11.Causa n° : 13195. Cámara Nacional de Casación Penal.Sala : II.[207] 0000135241- 1

Voces: Pena privativa de liberdade. Remuneração. Descontos. Artigo 121, inciso "c", lei 24.660. Inconstitucionalidade.

Sumario: Resulta inconstitucional a normativa prevista pelo art. 121, inc. "c" da lei 24.660 porque o trabalho prisional é um dever e um direito dos condenados, e portanto deve ser remunerado respeitando a legislação laboral vigente, não se mostrando razoável nem equitativo que sua remuneração, dois quais já deduzem as contribuições correspondentes a seguridade social, seja diminuída por motivos de "gastos" cuja natureza é difícil precisar, e muito menos se pode interpretar que seu destino seja para manutenção no interno, pois isto é uma obrigação que tem o Estado, quem deve assegurar que se promovam todos os bens indispensáveis para sua subsistência no estabelecimento carcerário, em cumprimento com a regra do art.18 in fine da Carta Magna. Assim mesmo, permitir a decução da remuneração do condenado, colidi com o dever enuciado no art. 14 bis CN.,o trabalho gozará da proteção das leis, que lhes assegurem condições dignas e equitativas de labor.(Voto del Dr. Fégoli, adhieren los Dres. David y Mitchell). Magistrados: David, Fégoli, Mitchell. Registro n° 9639.2. Trotta, Juan Marcelo s/recurso de casación de inconstitucionalidad. 8/03/07.Causa n°: 7209.Cámara Nacional de Casación Penal. Sala: II. Citas: C.N.C.P.- Sala II, "Morales, Alberto s/rec. de casación", Reg. n° 9636, causa n° 7222, rta. el 8/03/07; Sala III, "Gamboa, Miguel J. s/rec. de casación", Reg. n° 1319, causa n° 7081, rta. el 08/11/06 -voto del Dr. Tragant-; "Irustra, Bárbara D. s/rec. de casación", Reg. n° 1298, causa n° 7010, rta. el 6/11/06.[208]

No Brasil a Jurisprudência é fraca, mas se posiciona no sentido de que a CLT não se aplicam em tais relações:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. TRABALHO DO PRESIDÁRIO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Jurisprudência desta Corte fixou o entendimento de que o trabalho realizado pelo presidiário em decorrência do cumprimento da pena é regido pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.214/84), ante a sua finalidade educativa e produtiva, visando à sua reinserção social. Ainda que o trabalho do presidiário seja prestado para empresa privada autorizada por estabelecimento prisional e esteja presente o aspecto econômico da prestação de serviços, o labor exercido sob tais condições decorre do conjunto de deveres que integram a pena, carecendo da voluntariedade de que são revestidas as relações dirimidas pela Justiça do Trabalho. Estando a relação entre o condenado e o Estado sujeita às regras da Lei de Execução Penal, resta evidente a incompetência da justiça do trabalho para apreciar as demandas relativas ao trabalho realizado por detento em razão de cumprimento de pena. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (RR - 80900-48.2009.5.15.0151 , Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 28/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017[209])

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRABALHO REALIZADO POR PRESIDÁRIOS A EMPRESA PRIVADA AUTORIZADA POR ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RELAÇÃO JURÍDICA VINCULADA À LEI Nº 7.214/84 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL). CUMPRIMENTO DE PENA. FINALIDADE EDUCATIVA, PRODUTIVA E DE REINSERÇÃO SOCIAL. Nos termos da Lei nº 7.214/84 (Lei de Execução Penal), o trabalho do apenado está relacionado ao cumprimento da pena e possui finalidades educativas e produtivas, visando à sua reinserção social. Trata-se o

trabalho prisional de um direito e de um dever do condenado, pois, além de estar ligado à própria pena, como meio de ressocialização e remição da pena, possui caráter de obrigatoriedade, o qual decorre da falta do pressuposto da liberdade e da voluntariedade. Ainda que o trabalho do presidiário seja prestado para empresa privada autorizada por estabelecimento prisional e esteja presente o aspecto econômico da prestação de serviços, permanece como prevalecente o seu aspecto reabilitador, de natureza essencialmente penal, determinando, portanto, que esteja inserido no âmbito de competência desta Justiça especializada. Nesse sentido, tem se inclinado a jurisprudência desta Corte superior, que, em casos análogos ao dos autos, decidiu que a relação institucional estabelecida entre os presidiários e o estabelecimento prisional ou a empresa privada autorizada pelo estabelecimento prisional está vinculada à Lei de Execução Penal (LEP), e, dessa maneira, refoge à competência desta Justiça especializada. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido. (RR - 60600-88.2008.5.15.0090 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 24/06/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2015[210])(grifo nosso)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Embargos de declaração desprovidos por inexistirem vícios a serem sanados **ACÓRDÃO** 2ª Turma.GMJRP/pp Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-ED-RR-60600-88.2008.5.15.0090, em que é Embargante PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO e Embargada TATTER OFICINA DE MODA E CONFECÇÕES LTDA. O Ministério Público do Trabalho da 15ª Região interpõe embargos de declaração à decisão desta Turma, em que se negou provimento ao seu recurso de revista, no qual se discutia a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar esta ação civil pública, na qual se discute

o trabalho dos presidiários regidos pela Lei nº 7.210/84. É o relatório. V O T O - Esta Segunda Turma conheceu do recurso de revista do Ministério Público do Trabalho da 15ª Região por divergência jurisprudencial e, no mérito, negou-lhe provimento, por entender que a decisão do Regional, na qual se reconheceu a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar esta ação civil pública, na qual se discute o trabalho dos presidiários regidos pela Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) a empresa privada autorizada por estabelecimento prisional, está em harmonia com a jurisprudência desta Corte superior. Nos embargos de declaração, o parquet alega que "toda a discussão nos presentes autos gira em torno do conceito de "relação de trabalho", como determinante da competência da Justiça do Trabalho, e das justificativas para inserir em seu campo de ação o trabalho do apenado prestado em benefício de empresas privadas" (pág. 3). Aduz que "questiona-se a possibilidade de a reclamada, pessoa jurídica de direito privado, contratar mão de obra, sem qualquer embargo da legislação trabalhista, submetendo-se, em regra, tão somente à disciplina da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84)" (pág. 5). Argumenta que "com o advento da EC nº 45, que alterou a redação do art. 114 da CF/88, ampliou-se significativamente a competência da justiça do Trabalho para alcançar controvérsias decorrentes da relação de trabalho (art. 114, I e IX da CF/88)" (págs. 6 e 7) e que "apenas a Justiça do Trabalho possui competência para dizer se a requerida - TATTER OFICINA DE MODA E CONFECÇÕES LTDA - ao tomar trabalho de presos - agiu para desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação das leis trabalhistas, nos termos do art. 9º, da CLT" (pág. 7). Verifica-se que toda argumentação deduzida nos embargos de declaração não encontra respaldo nas hipóteses previstas nos artigos 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil e 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho, motivo pelo qual não podem prosperar.

[...] ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração. (ED-RR- 60600-88.2008.5.15.0090 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 26/08/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/09/2015)[211](grifo nosso)

Esse julgado a seguir mostra uma decisão rara na justiça do trabalho Brasileira que reconheceu em primeira instancia a competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos concernentes a relação de trabalho dos trabalhadores presidiários, vindo a ser reforma em instancia superior:

RECURSO DE REVISTA. TRABALHADOR PRESIDÁRIO. DECISÃO REGIONAL QUE DECLARA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA APRECIAR A MATÉRIA. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA (PENAL OU TRABALHISTA) DO TRABALHO DA PESSOA PRESA, A FIM DE SE CONFERIR OS EFEITOS DA LIMINAR DEFERIDA NO PROCESSO STF-MC-ADI-3684/DF QUE, EM INTERPRETAÇÃO CONFORME DADA AO ART. 114, I, IV E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO ATRIBUIU À JUSTIÇA DO TRABALHO COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÕES PENAIS. REGRA DE COMPETÊNCIA. JUIZ DA AÇÃO X JUIZ DA EXECUÇÃO. A Lei de Execução Penal determina que o trabalho do preso está imbuído do caráter finalista da execução - buscar a ressocialização do condenado - e dos poderes disciplinares que lhe são próprios - finalidade educativa - incidindo até mesmo nessa quando o trabalho é prestado para as empresas privadas, a caracterizar a prestação de serviços, não só e nem essencialmente, pelo seu aspecto econômico, mas, sim, reabilitador. Portanto, de natureza essencialmente penalista, principalmente em razão do controle sobre a conduta do preso e da relação disciplina-benefício a permitir o trabalho como forma até de prêmio pelo progresso pessoal na reabilitação. Constata-se também que o trabalho da pessoa presa pode

se dar ao menos interna e externamente ao estabelecimento prisional. Na primeira hipótese, por disposição expressa contida na LEP, não se aplica o regime da CLT. Dessa forma, considerado o princípio da legalidade e o caráter finalista-sancionador-disciplinar-reabilitador do trabalho da pessoa presa, tratar-se-ia de relação essencialmente atrelada ao direito penal, quando muito afeita a vizez administrativo ou civil e, por isso, não submetida à competência desta Justiça Especializada. Não obstante esse aspecto, o art. 36 da LEP admite o trabalho externo em empresas privadas até para os presos em regime fechado, hipótese em que somente se reconheceria a competência material dessa Justiça Especial na muito improvável incidência do art. 9º da CLT, o que não é o caso dos autos. Assim, em atenção ao julgamento proferido pelo STF na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3684/DF, que dando interpretação conforme ao art. 114, I, IV e IX, da Constituição Federal, reconheceu não haver atribuição à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais e ao caráter não definitivo dessa decisão, é de se declarar a incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento da demanda, determinando o envio dos autos à MM Vara Criminal competente. (RR - 107240-81.2007.5.06.0011 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 18/02/2009, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2009)[212]

Segundo o art. 120 da lei 24.660, o trabalho do interno será remunerado, salvo as exceções previstas no art. 111 do mesmo diploma legal. O art. 120 dispõe que “O trabalho do interno será remunerado, salvo os casos previstos no art. 111. Se os bens ou serviços produzidos se destinarem ao Estado ou a entidades de bens públicos, o salário do interno não será inferior a três cotas partes do salário mínimo. Nos demais casos ou quando a organização do trabalho estiver a cargo de uma empresa mista ou privada a remuneração será igual ao salário da vida em liberdade

correspondente a categoria profissional que se trate. Os salários serão pagos nos termos estabelecidos na legislação vigente”.

Enquanto isso, especificamente o art. 121 estabelece os descontos e retenções que serão aplicados sobre o salário, enquanto que o sistema de acréscimo se encarrega de diagramar a distribuição dessa remuneração estabelecendo uma série de descontos e retenções, e por sua vez os arts. 123 a 126 estabelecem um sistema de acumulação e somas das economias geradas pelo trabalhador.!

A advogada Magali Huñis^[213], membro da Associação do Pensamento Penal, afirma que uma pessoa ao ser julgada por haver infringido a lei, não invalida o exercício dos demais direitos. O único direito restringido é o da liberdade. O acesso ao trabalho, não é apenas um direito de todos as pessoas, mais também das pessoas privadas da liberdade, como a educação. É uma ferramenta fundamental para inserir na sociedade e em especial, para atenuar os efeitos e o estigma de quem passou pela prisão. A lei 24660 (de execução da pena privativa de liberdade) estabelece que o trabalho é um direito da pessoas privadas de sua liberdade.

Ao que foi exposto pela advogada Magali Huñis, ela informou ainda que o Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridade Social da Argentina, convocou membros da sociedade civil, como organizações sociais, para integrar uma comissão especial para formular propostas para redação de um projeto de lei que regule a relação laboral no contexto carcerário.

Foi proposto que a remuneração seja idêntica a que percebe um trabalhador que realiza a mesma atividade em liberdade e, em nenhum caso, inferior ao salário mínimo, que se ofertem capacitação com as tecnologias usadas no ambiente livre e da procura do mercado de trabalho agora considerado, que o empregador seja o estado e que a organização e oferta dos cursos de capacitação laboral fiquem nas mãos do Ministério do Trabalho, Emprego e seguridade Social da Nação, que o Estado Nacional e provincial apoie o detento que dê suporte a suas atividades produtivas por conta própria ou por sistema de cooperativas, que se outorguem aposentadorias e pensões, obra social e proteção dos riscos laborais.

Também foi proposto que se garantisse expressamente, o efetivo exercício dos direitos emergentes da liberdade sindical.

Durante uma palestra sobre o trabalho nas penitenciárias, organizado pelo centro de estudos de Execução Penal, na Universidade de Buenos Aires, Elsa Porta, Ex Juíza da Câmara Nacional de Apelação do Trabalho da Cidade de Buenos Aires, manifestou que o que perseguiu a lei 24.660 ou a aplicação da lei de execução da pena privativa de liberdade é a reinserção ou a inclusão dos internos, sendo o trabalho e a educação os pilares essenciais para o cumprimento dos objetivos que a norma se destina[214].

Explicou também que o convenio nº 29 da Organização Internacional do Trabalho define o que se considera trabalho forçoso, embora não o considera como tal, o que é prestado em virtude de uma sentença condenatória ditada pela autoridade judicial, a condição de que se é realizado sob a vigilância e controle da autoridade pública e que o indivíduo não seja posto a disposição de particulares, companhias e empresas privadas. Em seguida descreveu o trabalho do Ente Cooperador Penitenciário (Encope) sob a Direção Nacional do Serviço Penitenciário Federal. A lei 24.372 legisla que o ENCOPE tem por finalidade “promover o melhor funcionamento e modernização dos métodos operacionais das oficinas de trabalho para os internos alojados sob jurisdição da Direção Nacional do Serviço Penitenciário Federal[215].

Para Porta, o vínculo estabelecido entre o interno e o Encope não se rege pelas normas de emprego público. A lei 24.660 reiteradamente alude a legislação laboral vigente, e na opinião da autora essa legislação aboral vigente são as normas do direito laboral privado. Essa é uma das possíveis exceções contempladas na lei de contrato de trabalho quando em seu artigo segundo estabelece que a norma não será aplicada aos dependentes da Administração Pública Nacional, provincial ou municipal, exceto que por ato expreso os inclua na mesma ou em regime das convenções coletivas de trabalho[216].

O site jornalístico Argentino, diário “El Tiempo[217]” publicou uma matéria com a seguinte intitulação: os direitos trabalhistas são devidos aos

detentos? Fazendo referências as sentenças prolatadas pela Câmara Nacional de Cassação Penal que garantiu direitos trabalhistas aos detentos, onde trazem questionamentos e posicionamentos bastantes salutares para o enfrentamento e desenvolvimento da pesquisa, pois mostram um pouco do senso crítico e comum do enfrentamento da matéria no meio social. Feitas essas considerações, julgo importante ressaltar um trecho dessa matéria:

A Câmara Nacional de Apelação Penal ditou uma sentença reconhecendo aos presos o direito de perceber uma remuneração igual ao que percebem os homens livres pelos trabalhos que realizam como interno, em favor de particulares ou da unidade penitenciária aplicando o princípio da igualdade de remuneração por igual tarefa, consagrado no art.14 bis da Constituição Argentina. Argumentou ainda que as leis asseguram ao trabalhador uma série de direitos tipicamente laborais. É de se deixar claro que é toda pessoa, nem todo cidadão, nem todos habitantes em solo argentino. Os presos são pessoas que eventualmente trabalham, mas que não são trabalhadores no sentido da Constituição Nacional, portanto não se aplica o art.14 bis.

O fato de trabalhar no sentido de produzir bens ou serviços, não está na presença de um trabalhador no sentido constitucional que incide claramente, um empregado e um empregador, homens que por sua razão se decidiu com intenção, vontade e discernimento, que é conivente livremente pela primeira vez com o outro para trabalhar em nome deste último, que se apropria dos frutos de seu trabalho em troca de remuneração, cada um tomando uma série de direitos e obrigações explícitas e implícitas uma pessoa privada sua liberdade é muitas vezes impedidos de exercer ou cumprir.

Quando este último ocorre, a situação é estranha ao art.14 bis e a todo direito laboral, por exemplo, a

situação dos convocados ao serviço militar obrigatório. O mesmo acontece com os prisioneiros: são pessoas que eventualmente trabalham mas não são “trabalhadores”, na acepção da Constituição Argentina porque não se aplica a seu respeito o art.14 bis.

O disposto pelo tribunal, ele expressou fortes argumentos Dr. Horacio Guillermo Rodríguez, um ex-juiz do Trabalho, parece longe na aplicação da lei no caso submetido à sua jurisdição ou não aplicação por ser inconstitucional, para passar a ordenar e encomendar a criação de normas cujo ditado corresponde a outros poderes do Estado, não que parece ser um excesso de poderes.

É um erro para aplicar os condenados o direito do trabalho, porque tem um estatuto jurídico especial próprio do direito administrativo penal, que tem pouco ou nada a ver com o direito do trabalho. Em vez disso, os réus poderiam analisar a possibilidade para desenvolver um regime de trabalho que, ao lado do trabalho é organizado intramuros, atendendo ao peculiar âmbito em que se desenvolve, adota um regime de leis locais e instrumentos internacionais regem a matéria.

Como se percebe, a falta de uma legislação laboral específica a realidade carcerária de cada país, trás junto consigo uma gama de problemas a serem enfrentados pelos presos, sociedade e o Estado. As relações laborais dentro das prisões existem e merecem ser regulamentada, delimitando, conceituando e trazendo regras específicas em consonância com as regras e princípios das normais e convênios internacionais sobre o tema e a própria constituição, pois antes de ser um direito subjetivo ao trabalho, é um direito fundamental e faz parte do direito social do homem.

5.3 Jornada de trabalho.

A jornada de trabalho do preso está definida na LEP em seu art.33^[218] devendo ser igual o superior Quanto à jornada de trabalho deve ser igual ou próxima daquela exercida em trabalho livre, assim, não será inferior a seis, nem superior a oito horas (com descanso nos domingos e feriados), conforme estabelece o artigo 33 da Lei de Execução Penal. No entanto, é possível que seja estabelecido outro dia da semana para o descanso, mas isso somente em casos de serviços de manutenção e conservação do estabelecimento penal, pois alguns serviços requerem horários especiais, como por exemplo, enfermagem, limpeza, etc.^[219]

O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (28, § 2º LEP), pois o mesmo sequer tem a liberdade de escolha.

Devemos lembrar que o trabalho do preso deve ser remunerado, cujo valor não será inferior à $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo. Contudo, essa remuneração deve atender à reparação do dano do crime, assistência à família, entre outros objetivos previstos na LEP.

Vanessa Afonso Chaves citando Paulo Lucio Nogueira expõe sobre a possibilidade do trabalho do preso em regime fechado e o nobre Paulo Nogueira tece críticas a respeito:

A LEP reza que o trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviços ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra fuga e em favor da disciplina (vide artigo 36 da Lei nº 7210/84). Contudo, Paulo Lúcio Nogueira coloca que "parece inadequado ao próprio regime fechado e ao próprio tipo de condenado, cujo trabalho deve estar restrito ao estabelecimento e não externamente". Assim, existem várias decisões, aquelas que sustentam que o legislador foi infeliz, como diz

Nogueira, e aquelas que sustentam não haver problema algum, desde que tomadas as devidas cautelas[220].

No que tange os requisitos autorizadores para prestação do trabalho externo, disposto no art. 37 da Lei de Execução Penal, dispõe que “dependerá de autorização expressa da direção do estabelecimento prisional, e que a atividade deservida pelo preso dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de um sexto da pena”. A jurisprudência tem se manifestado, também, no sentido de precisar fazer uma seleção dos presos que estejam em regime fechado ou semi-aberto, para evitar problemas, como por exemplo, a fuga. Tanto é assim que é feito o exame criminológico[221].

Também, para o alcance do benefício do trabalho externo, é mister que o apenado que esteja em regime semi-aberto tenha cumprido 1/6 (um sexto) da pena que lhe foi imposta, e isto está previsto no já mencionado artigo 37 da Lei de Execução Penal.

O trabalho externo será revogado (artigo 37, parágrafo único) quando o preso vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave (art. 50) ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos no artigo 37 da LEP. A revogação é função da administração, pois é ela competente para autorizar o trabalho externo. Porém, quando concedida irregularmente será cassada pelo Juiz da execução no procedimento judicial.

5.4 Contribuições previdenciárias do preso.

Como já visto alhures, a legislação brasileira e argentina garante aos presos todos os seus direitos conservados, não atingidos pela perda da sua liberdade.

Desta maneira, assim como o art.3º da LEP garante ao condenado e internado a conservação de todo os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, o art. 38 do CP estabelece os mesmos direitos, o código penal impõe

ainda o trabalho do preso será remunerado sendo-lhe garantidos os benefícios da previdência social.

Na Argentina, a Lei 24.660 em seu art. 107 “f” e “g” dispõe que o trabalho do preso deverá ser remunerado e se respeitara a legislação laboral e de seguridade social vigente.

No Brasil, existe o auxílio-reclusão, que nada mais é do que um benefício social previdenciário garantido aos dependentes do trabalhador preso de baixa renda, que ainda esteja na condição de segurado da previdência social, ou seja, tem que estar contribuindo pra previdência social, ou estar no período de graça.

Em cartilha o MPRO explanou de forma bem sucinta e didática o direito do preso aos benefícios da previdência social:

A legislação traz essa orientação ao incluir, entre os direitos do preso, os da Previdência Social, conforme artigos 39 do Código Penal e 41, inciso III, da Lei de Execução Penal. Embora o trabalho do preso não fique sujeito à Consolidação das Leis do Trabalho, ele faz jus aos benefícios previdenciários, entre eles: aposentadoria, salário-família, seguro de acidente do trabalho e auxílio-reclusão aos dependentes. Segundo o artigo 23, inciso VI da Lei de Execução Penal, cabe à assistência social promover tais benefícios em favor do preso.

Para tanto, é necessário que o preso se inscreva no Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de contribuinte facultativo, e promova o pagamento referente a sua quota, exceto o benefício de auxílio-reclusão aos dependentes, que exige que o preso seja contribuinte da Previdência, antes do seu recolhimento à prisão, de forma facultativa ou não.

Entende-se por contribuinte facultativo aquele que possui idade superior a dezesseis anos e não exerça atividade vinculada obrigatória a qualquer regime

previdenciário. Assim, o preso se enquadra nessa categoria porque não exerce atividade remunerada e o seu vínculo de emprego é pela Lei de Execução Penal[222].

A previsão legal do auxílio-reclusão está no art. 201, IV da Constituição Federal Brasileira.

Esse tipo de auxílio gera muito desconforto por parte da população porque acreditam que tal benefício previdenciário é dado ao preso só por sua condição de preso, podendo esse dinheiro ser revertido para famílias necessitadas. Isso não traduz a verdade.

O auxílio-reclusão é, como dito acima, um benefício previdenciário concedido aos dependentes do trabalhador preso e desde que sejam de baixa renda. Perceba que estamos falando do trabalhador preso e não do preso que trabalha. Ademais, estamos falando também que tal benefício é pago aos dependentes do preso, não ao próprio preso. Tem que se levar em consideração também que o benefício só é pago aos dependentes porque o preso encontrava-se contribuindo para previdência social, ou seja, não é qualquer cidadão que seja privado de sua liberdade que terá direito a precepção do auxílio-reclusão.

A título de esclarecimento, impende destacar que em uma interpretação sistêmica do art.482[223], alínea “d” da Consolidação das Leis Trabalhistas veda expressamente a rescisão do contrato de trabalho antes do transito em julgado da condenação ou que a execução da pena tenha sido suspensa, devendo, portanto, o empregador aguardar antes de proceder com a demissão.

Para melhor entender a matéria, é necessário frisar que o trabalhador preso é aquele que trabalha e contribuiu para previdência social e por algum delito cometido vai preso. Este sim tem seus dependentes como beneficiários do benefício previdenciário do auxílio-reclusão, pois contribui junto a previdência social.

Como bem aponta em artigo publicado por Mízia Corrêa[224]:

O benefício do auxílio-reclusão tem por finalidade reprimir o risco social proveniente do afastamento do trabalhador de sua atividade laboral, não importando o motivo do recolhimento à prisão. O objetivo principal é assegurar aos dependentes um meio de manutenção enquanto persistir o fato originário.

O art.1º da lei 8.213/91 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social preconiza que a Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente[225].

Insta frisar que para concessão do benefício, o preso necessita de ter contribuído para previdência social por um período de 24 meses, chamado de carência, vez que a o benefício do auxílio-reclusão se enquadram nas mesmas regras da pensão por morte conforme disposto no art.80[226] da supracitada lei. E por serem aplicáveis as regras da pensão por morte ao auxílio-reclusão, tal benefício só será concedido aos dependentes do preso se o mesmo não tiver recebendo remuneração da empresa e nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou abanono de permanência do serviço.

Desta forma, devemos entender que o benefício previdenciário em tela é uma garantia dada aos que contribuíam para previdência social que tem por finalidade amparar os familiares do preso dando-lhes um mínimo de dignidade diante da ausência do segurado social.

6. ENFRENTAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AO TRABALHO

DOS PRESOS

6.1 Mão de obra carcerária.

Conceituando a mão de obra carcerária, o Ministério Público do Estado de Goiás elaborou uma cartilha sobre a mão de obra carcerária e conceituou da seguinte forma:

É a utilização de mão de obra dos presos, inclusos em qualquer regime de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto) para o trabalho, o qual será executado dentro ou fora do estabelecimento prisional, conforme convênio firmado com a instituição responsável[...][\[227\]](#)

A mão de obra carcerária, além de ser de suma importância para o desenvolvimento da pessoa do preso e para sua futura reinserção social, objeto já bastante abordado no presente trabalho, é de grande valor competitivo para as empresas que visam lucro maior em detrimento de uma mão de obra mais barata.

Quando as empresas buscam parceria com o estado para utilizarem dos serviços de mão de obra carcerária, não está apenas ajudando para um trabalho de reinclusão social. A iniciativa de grande parte das empresas que aderem a este tipo de contratação garante a elas a não incidência da Consolidação das Leis Trabalhistas nos contratos, tendo em vista que a Lei que rege os trabalhos dos presos é a Lei de Execução Penal.

Embora não sujeitas a CLT, o trabalhador do preso deve ser remunerado, porém, essa remuneração pode ser inferior ao salário mínimo vigente, podendo chegar a $\frac{3}{4}$ do salário, reduzindo bastante o custo do empregador.

Além de poder perceber o salário inferior ao mínimo nacional, o trabalhador preso não faz jus a férias, 13º salário nem os encargos de uma demissão sem justa causa.

6.2 Atratividade fiscal das empresas no contrato da mão de obra carcerária.

As empresas que visam a contratação da mão de obra carcerária tem uma série de benefícios, além de desenvolver seu papel social, tem grandes reduções financeiras para contratação.

Na folha de pagamento dos trabalhadores presos não incidem alguns encargos sociais devidos a trabalhadores comuns, que são eles: FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço); Aviso prévio indenizado ou não; Indenização adicional (Art. 9º Lei 7.238/84); Repouso semanal remunerado; Feriados e dias santificados; Férias + 1/3 Constituição Federal; Auxílio enfermidade; 13º salário; Licença paternidade; Contribuição previdenciária. Sendo obrigatório seguro contra acidente de trabalho.

Como se percebe, as vantagens da contratação da mão de obra carcerária são para ambas as partes, o preso, por que tem sua dignidade restaurada e tem maiores possibilidades de ser inserido com dignidade na sociedade, a empresa porque além de poder promover a ressocialização do preso, tem vantagens fiscais que reduzem os custos da contratação e também para o estado que pode com o trabalho do preso desafogar mais rapidamente a malha carcerária, e sobre todos esses aspectos foram ditas excelentes colocações:

Já as vantagens para o parceiro privado, na contratação da mão-de-obra carcerária, se fazem primeiro porque obtém mão-de-obra mais barata que a do trabalhador livre; segundo, porque fica isento de alguns encargos trabalhistas do qual o preso, pelo seu trabalho peculiar, diferenciado, não faz parte. Além disso, o Estado cede gratuitamente, sem pagamento em pecúnia, o espaço dentro dos

presídios para que a empresa monte as oficinas de trabalho, por vezes não cobrando água e luz, a título de estimular a finalidade social deste instituto.

Atrela-se a esses fatores incentivos fiscais que poderiam ser ofertados pelo Estado, a exemplo do que já ocorre com as empresas que aderem ao PAT (Programa de Alimentação do trabalhador), quais sejam: isenção total dos encargos fiscais, dedução do imposto de renda referente ao valor correspondente ao PAT, ou seja, 4% de restituição no Imposto de Renda sobre o valor investido[228].

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, aplicam-se aos contratos de trabalho com os presos o métodos e programas de saúde de segurança do trabalho e higiene observados para o trabalho em geral[229].

De acordo com os convênios e parcerias publico privadas que as empresas possam fazer juntos aos órgão do Estado para regulamentação dos trabalhos dos presos, outras regalias fiscais podem ser oferecidas as empresas de forma a fomentar a geração de emprego aos presos. É sempre bom destacar que nenhum dos programas que visem garantir a saúde, higiene e segurança do trabalho podem ser suprimidos visando atrair empresas a fazer uso da mão de obra carcerária.

Regras mínimas devem ser respeitadas para que possa garantir a integridade e dignidade dos presos, não lhes submetendo a nenhum trabalho degradante, aviltante e humilhante. Tais garantias estão expostas nos regulamentos internacionais como a OIT.

7. CONCLUSÃO.

Se tem defendido nesta tese a importância do Estado implementar políticas públicas mais efetivas por meio de legislação e formação de parcerias para o favorecimento do trabalho aos apenados como forma de garantir um grande impacto social na vida do apenado e da sociedade como um todo.

A crescente transformação social impede que qualquer tema consiga ser esgotado, principalmente este que pouco se tem na literatura e muito se tem a falar.

Porém, é de se concluir que muitas dificuldades foram enfrentadas durante a história da humanidade para que hoje possamos ter um modelo penitenciário, ainda que falho, mas operante e visando garantir aos presos e seus familiares um mínimo de dignidade.

O trabalho é esse instrumento de incersão social na vida do preso e é através dele que é oportunizado as pessoas segregadas de sua liberdade uma forma de reingresso social e econômico.

Várias abordagens e aspectos distintos sobre o mesmo tema foram apontados para que pudéssemos ter uma visão de todos os lados e poder criar dentro de si questionamentos válidos para serem debatidos.

O trabalho inegavelmente é a forma mais intangível de trazer dignidade ao homem, estando ele segregado de sua liberdade ou não. O trabalho se mostra válido e qualquer situação que o homem se encontre.

O preconceito sobre o trabalho desenvolvido pelos presos e a sua condição a margem de uma sociedade faz com que o tema proposto no presente trabalho não seja abordado de forma mais eficaz por estudiosos. Existe uma falta de interesse muito grande em tratar o tema, e essa falta de interesse foi sentida durante a confecção do trabalho acadêmico.

O fato é que o trabalho desenvolvido pelos presos existe e merece ser visto, tratado e discutido da melhor forma. Fechar os olhos para essa realidade não vai muda-la. Acredito ainda que a sensação de impunidade gerada no ceio da sociedade e a revolta social diante de um crime, faz com que a sociedade e até mesmo a setor público não se empenhem em políticas publicas voltadas para essa parcela da população que vivem segregados socialmente.

A forma sistemática como foi abordado o tema evidenciou a necessidade de uma legislação específica para essa relação laboral bem

como mostrou a necessidade latendo do estado promover mais políticas publicas para garantir maior segurança jurídica aos dententos.

8. REFERÊNCIAS

ALCAZÁR, Juan Alberto Huaylupo. La función social del trabajo humano en la competitividad y la calidad del mercado globalizado. 2001. ANALISIS. Disponible em:< <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan033567.pdf>>. acesso en: 26/09/2015.

ALVIM, Rui Carlos Machado. O trabalho penitenciário e os direitos sociais. São Paulo: Atlas, 1991. 99p.

AULIU, Eduardo C. de Luján. Consideraciones sobre el trabajo penitenciario en Argentina. Publicado em 12/12/2014. Disponível em:< <http://aldiaargentina.microjuris.com/2014/12/12/consideraciones-sobre-el-trabajo-penitenciario-en-argentina/>>. Acessado em 25/10/2015.

BALMACEDA, Daniel. El sufrido origen de la palabra trabajo. Diponible en:<<http://blogs.lanacion.com.ar/historia-argentina/palabras/el-sufrido-origen-de-la-palabra-trabajo/>> publicada 01.05.12; acesso em: 22/09/2015.

BARACAT, Eduardo Milléo (coord.) Direito Penal do Trabalho: Reflexões atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 330 p.

BASILE, César Reinaldo Offa. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho na interpretação e aplicação das normas trabalhistas. USP. Dissertação Mestrado. SÃO PAULO. 2009. Disponível en:< file:///C:/Users/comp/Downloads/Cesar_Reinaldo_Off_Basile.pdf>. acesso en:28/09/2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. Trabalho decente: Análise jurídica da exploração do trabalho- trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

Buenos Aires, 19 de Junio de 1996. Disponible en:<<http://www.infojus.gob.ar/24660-nacional-ley-ejecucion-pena-privativa-libertad-Ins0004112-1996-06-19/123456789-0abc-defg-g21-14000scanyel>>. Acesso em: 13/12/2015.

BULOS, Uadi Lâmmego. Curso de direito Constitucional. 8ª ed. Rev e atual. De acordo com a emenda constitucional nº76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Luiza Rocha; SILVA, Juliana leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. IN_____ Revista do CAAP, Belo Horizonte, 2010.

CALVO, Adriana, et al. Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho. In_____Assédio moral organizacional e a dignidade da pessoa humana.são Paulo:Ltr.2010.149P.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco, As Misérias do Processo Penal, São Paulo: editora Pillares, 2006.

CARNELUTTI, Francesco, Lições Sobre o Processo Penal, volume 1, 1ª edição, Campinas: Bookseller, 2004.

CARVALHO NETO, Inacio, Aplicação da Pena, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho.3ª.ed. Niterói/Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

CHAVES, Vanessa Afonso. O trabalho do preso na execução penal. N.18.agost.2014.

Acessado.em.21/03/2017.Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4110#_ftn10>.

CODO, W. et alii. *Indivíduo: Trabalho e Sofrimento – Uma Abordagem Interdisciplinar*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Legislação oferece vantagens a quem emprega a mão de obra de detentos*. Disponível em:< <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79863-legislacao-oferece-vantagens-a-quem-emprega-a-mao-de-obra-de-detentos>>. Acesso em 10.04.2017.

CORSI, Éthore Conceição. *Pena: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17376&revista_caderno=3>. Acesso em 29 mar 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª.ed. São Paulo: Ltr, 2008.

DERECHO AL DÍA. *Trabajo em cárceles*. Año XI-Edición 196. Disponível em:<<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/trabajo-en-carceles/+4420>> acesso em 19/11/2015.

DIEGO, Julián Arturo de. *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*.- 5 a ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

DRUMOND, Valéria Abritta Teixeira. *O papel do trabalho na construção da identidade do trabalhador*. P.2 disponible em:< <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D2-11.pdf>> acesso em:23/09/2015.

EL TIEMPO. *¿Le corresponden derechos laborales a los detenidos?* Disponível em:< <http://www.diarioeltiempo.com.ar/le-corresponden-derechos-laborales-a-los-detenedos.html>> Publicado 14/05/2015. Acesso em 15/11/2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2º ed. Edt Renovar: 2006.

FALCONI, Romeu, Lineamentos de Direito Penal, 3ª edição, São Paulo: editora Ícone, 2002.

FELBERG, Rodrigo. A Reintegração Social dos Cidadãos-Egressos: Uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas. São Paulo: Atlas, 2015.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3ª Ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; Trad. Lúcia M. Pondé Vassallo. Petrópolis, Vozes, 1977.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. Direito do trabalho e direitos humanos. São Paulo: BH Ed. e Distribuidora de Livros, 2006.

GOLDKORN, Roberto B. O. O poder da vingança. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

GOMES, Fábio Rodrigues. O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRISOLIA, Julio Armando. Manual de Derecho Laboral. 5ª.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.

GRISOLIA, Julio Armando. Programa desarrollado de la matéria laboral (derecho del trabajo y de la seguridad social).13ª.ed. Buenos Aires; Estudios, 2014.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro.. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jul 2010. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815#_edn1> acesso em 02 abr.2017.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología

HASSEMER; MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología . Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

HUÑIS, Magali. Trabajo y encierro: las relaciones laborales en las cárceles argentinas. Disponível em:< <http://www.argnoticias.com/sociedad/item/27266->

[trabajo-y-encierro-las-relaciones-laborales-en-las-c%C3%A1rceles-argentinas](#)>. Publicado em 21/03/2015. Acesso em 15/11/2015

JESUS. Damásio E. de. Direito Penal, v.1: parte Geral.31.ed. São Paulo:Saraiva, 2010

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 3ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

JUNIOR, José Carlos Miranda Nery. Cartilha Mão de Obra Carcerária; Goiânia: Ministério Público, 2011. disponível em:<
http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/cartilha_mao_de_obra.pdf>. Acesso em 10 de abril.2017.

LEAL, João José, Direito Penal Parte Geral, 3º edição, Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004.

LIRA, Luis. Derechos Fundamentales del trabajo: La Dignidad como fundamento.2010. Disponível em:
<<http://www.monografias.com/trabajos78/derechos-fundamentales-trabajo/derechos-fundamentales-trabajo2.shtml>> publicado em 08/01/2010. Acesso em 15/11/2015.

LISZT, Franz Von, A Idéia do Fim no Direito Penal, 1º edição, São Paulo: Rideel, 2005.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe, 3ª. Ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser Ver. Da trad. Zélia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.ed. 12. Tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Mendes.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.Curso de Direito Constitucional. 9ª Ed. Rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, Parte Geral, 22ª edição, São Paulo, editora Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei 7210, de 11.7.1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, art.1ª 120 do CP.-26.ed.rev.e atual.até 5 de janeiro2010-São Paulo:Atlas,2010.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Dos sistemas penitenciários. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n.108, jan.2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12621 acesso em 05.04.2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. [et al]. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho. 3ª Ed. São Paulo: Ltr, 2011.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro >. Acesso em: 03 de abr. de 2017.

NORONHA, M. Magalhães, Direito Penal, volume 1, 35ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. A origem e história das penas: o surgimento da pena privativa de liberdade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez.2013. Disponível: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14030>. Acesso em 02 abril 2017.

OLIVEIRA, Adriano Bezerra Caminha de. O Trabalho Como Forma De Ressocialização do Presidiário. Monografia Título de Especialista. Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza-CE, 2007, p.62. disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.penal->

[d.proc.penal/o.trabalho.como.forma.de.ressocializacao.do.presidiario\[2007\].pdf](#) acesso em 03/11/2015.

OLIVEIRA, Maria Julia Bittencourt de. A Ressocialização do apenado através do trabalho, em face do principio da dignidade da pessoa humana. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6996>. Acesso em 03/11/2015.

OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. Direito ao trabalho do preso: Uma oportunidade de ressocialização e uma questão de responsabilidade social. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7647>. Acesso em 30 out 2015.

ORSINI, Juan Ignacio. Derecho Social. In: _____ El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto. 2012. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27039/Documento_completo.pdf%3Fsequence%3D1>. acesso em: 30/09/2015.

PAULA, Gáudio Ribeiro de; OLIVEIRA, Maxwell Caixeta de. O Trabalho do Preso e seus Direitos: Uma Perspectiva da Situação no Distrito Federal. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 25 de out. de 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4454/o_trabalho_do_preso_e_seus_direitos_uma_perspectiva_da_situacao_no_distrito_federal> acessado em 25/10/2015.

PESSOA, Eudes Andre. A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro . In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623>. Acesso em: 22 out 2015.

PIERANGELLI, José Henrique. Códigos penais do Brasil: evolução histórica. Baurujalovi, 1980.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime e a pena na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. _____. Contravenções penais. 2.ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1978. _____.Crimes de mera conduta. São Paulo: Revistas dos tribunais,1968.

PORTIERI, Alexandre. Brasil- Trabalho do Preso. ADITAL. publicado em 14/07/2009,disponível.em:<<http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=39787&langref=PT&cat=>>. Acessado em 25/10/2015.

PRADO, Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Juliano Quelho Witzler. O trabalho prisional remunerado – enquanto instrumento de ressocialização do preso - aspectos legais e ponderações sobre a questão no Mato-Grosso do Sul. Trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharel em Direito. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. 2007. Disponível em:< file:///C:/Users/comp/Downloads/trabalhoprisional-150906194431-lva1-app6891.pdf> . acesso em 10/10/2015.

RIEZNIK, Pablo. Trabajo, una definición antropológica. Dossier: Trabajo, alienación y crisis en El mundo contemporáneo, Razón y Revolución nro. 7, verano de.2001,reedición.electrónica.Disponível:<<http://www.razonyrevolucion.org/textos/revryr/prodetrab/ryr7Rieznik.pdf>> acesso em:22/09/2015.

ROCHA, Andrea Presas, et al. Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho. In ____A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego. São Paulo: Ltr.2010.149P.

RODRIGUEZ, Antonia Belmares. La Naturaleza Juridica del Trabajo Penitenciario. Tesi de doctorado. Universidad Autonoma de Nuevo Leon. 2013. disponível em:< <http://eprints.uanl.mx/3253/1/1080256807.pdf>>. Acessado em: 25/10/2015.

Servicio Penitenciario Federal Argentino. Departamento de Estadística, Censo e. Investigación. Operativa. Disponível em:<<http://www.spf.gob.ar/www/estadisticas2/catcms/86/Trabajo>> acesso em 05.04.2017.

SHITANTI, Tomaz M., Curso de Direito Penal, Parte Geral, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

SILVA, Haroldo Caetano da, Manual de Execução Penal, 2ª edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2002.

SILVA, J. P. da A Crise da Sociedade do Trabalho em Debate. Revista de Cultura e Política Lua Nova. São Paulo: CEDEC, nº 35, 1985.

Sociología del Trabajo. Esfuerzo humano y trabajo. Disponible em:<http://html.rincondelvago.com/sociologia-del-trabajo_2.html>. acesso em: 22/09/2015.

SOHR, Olivia. Cinco puntos para entender el trabajo en las cárceles., publicado 5 dic 2014. Disponível em:< <http://chequeado.com/el-explicador/cinco-puntos-para-entender-el-trabajo-en-las-carceles/>>. Acesso em 10/11/2015.

SOUZA, Joeline Araujo. Trabalho do preso: regime jurídico. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3810, 6 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26045>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

SOUZA, Paulo S. Xavier, Individualização da Penal: no estado democrático de direito, porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

Wikipédia. Trabajo (sociología). Etimología. Disponible em:< [https://es.wikipedia.org/wiki/Trabajo_\(sociolog%C3%ADa\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Trabajo_(sociolog%C3%ADa))>. acesso en: 22/09/2015.

NOTAS:

[1] WIKIPÉDIA. Trabajo (sociología)

[2] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. [et al]. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho. 3º Ed. São Paulo: Ltr, 2011.

[3] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op, cit.

[4] Sociología Del trabajo... Esfuerzo humano y trabajo; p.4.

[5] RIEZNIK, Pablo: Trabajo, una definición antropológica. Dossier: Trabajo, alienación y crisis en El mundo contemporáneo, Razón.y.Revolución.nro.7, verano.de.2001, reedición n.electrónica.Disponível:<<http://www.razonyrevolucion.org/textos/revryr/prodetrab/ryr7Rieznik.pdf>> acesso en:22/09/2015.

[6] BALMACEDA, Daniel. El sufrido origen de la palabra trabajo. Disponível em: <<http://blogs.lanacion.com.ar/historia-argentina/palabras/el-sufrido-origen-de-la-palabra-trabajo/>> publicada 01.05.12; acesso em: 22/09/2015.

[7] BALMACEDA, Daniel. Op, cit.

[8] GRISOLIA, Julio Armando. Manual de Derecho Laboral. 5.ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2014, p.30.

[9] GRISOLIA, Julio Armando. Op.cit, p.1. et seq.

[10] MOURA, Marcelo. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2014, p.51.

[11] Ibidem.p.52.

[12] MOURA, Marcelo. Op.cit., p.56 et seq.

[13] NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.126.

[14] MOURA, Marcelo. Op cit., loc cit.

[15] ARGENTINA. Ley de Contrato de Trabajo. Art.4º da Ley nº 20.744.

[16] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 3ª.ed. Niterói/Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.5.

[17] MARX, Karl. O Capital, v. I, p. 372. **Apud.** DRUMOND, Valéria Abritta Teixeira. O papel do trabalho na construção da identidade do trabalhador. P.2 disponível em: < <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D2-11.pdf>> acesso em: 23/09/2015.

[18] CELSO LAFER, no prefácio à edição brasileira da obra de ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro, p. 13. **Apud.** DRUMOND, Valéria Abritta Teixeira. O papel do trabalho na construção da identidade do trabalhador.

[19] ENGELS, Friedrich. O papel do trabalho na transformação do macaco em homem. 2. ed. São Paulo: Global Editora, 1984. p. 9. **Apud.** CELSO LAFER, op, cit.

[20] RIEZNIK, Pablo. Trabajo, una definición antropológica. Dossier: Trabajo, alienación y crisis en El mundo contemporáneo, Razón y Revolución nro. 7, verano de 2001, reedición electrónica.

- [21] FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. Direito do trabalho e direitos humanos, 2006. p. 104.
- [22] CASSAR, Vólia Bomfim. Op cit, p.4.
- [23] DIEGO, Julián Arturo de. Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social. 2002, p.29.
- [24] SILVA, J. P. da A Crise da Sociedade do Trabalho em Debate. p. 171-1.
- [25] CODO, W. et alii. Indivíduo: Trabalho e Sofrimento – Uma Abordagem Interdisciplinar, p. 50.
- [26] CASSAR, Vólia Bomfim. Op cit, p.525.
- [27] BOBBIO, Norberto. **Apud.** MENDES, Gilmar Mendes.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª Ed. Rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- [28] BASILE, César Reinaldo Offa. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho na interpretação e aplicação das normas trabalhistas. USP. SÃO PAULO. 2009. **Apud.** KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. 1. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- [29] ORSINI, Juan Ignacio. Derecho social. 2012.
- [30] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15º.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.52.
- [31] ALCAZÁR, Juan Alberto Huaylupo. 2001.
- [32] SARDEGNA, Paula Costanza...[et. A]. Artículo 14 bis Constitución Nacional. –a.ed. Buenos Aires: laley, 2007.320p.
- [33] CALVO, Adriana, et al. Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho.. São Paulo: Ltr.2010.p.21
- [34] CALVO, Adriana, et al. Op, cit..
- [35] BRITO FILHO, José Cláudio. Trabalho Decente. 2013.p27.
- [36] ROCHA, Andrea Presas, et al. Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho. In_____A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego.2010.p32.

[37] LIRA, Luis. Derechos Fundamentales del trabajo: La Dignidad como fundamento.2010.

[38] BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo: AIRR - 563-55.2010.5.15.0016 Data de Julgamento: 15/06/2016, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2016.

[39] FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimonio mínimo, 2º ed. Edt Renovar: 2006.

[40] BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito Constitucional, 2014, p.56.

[41] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho.2008.p.75.

[42] AULIU, Eduardo C. de Luján. Consideraciones sobre el trabajo penitenciario en Argentina. Publicado em 12/12/2014.

[43] AULIU, Eduardo C. de Luján. Op, cit.

[44] AULIU, Eduardo C. de Luján. Op, cit.

[45] DIEGO, Julián Arturo de. Op cit. p. 48.

[46] GRISOLIA. Op cit.p42.

[47] ORSINI, Juan Ignacio. Op.cit.

[48] ORSINI, Juan Ignacio. Op, cit.

[49] GRISOLIA, op.cit. loc.cit.

[50]GRISOLIA, Julio Armando. Programa desarrollado de la matéria laboral (derecho del trabajo y de la seguridad social).2014. p.31.

[51]GRISOLIA, Julio Armando. Op, cit.

[52]PESSOA, Eudes Andre. A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro. 2011.

[53] BULOS, Uadi Lammêgo. Op cit p. 511 et esq.

[54]MENDES, Gilmar Mendes.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op cit

[55]Servicio Penitenciario Federal Argentino. Departamento de Estadística, Censo e Investigación Operativa. Disponible

em:< <http://www.spf.gov.ar/www/estadisticas2/catcms/86/Trabajo>> acesso em 05.04.2017.

[56]Servicio Penitenciário Federal. Aprendizaje de Oficios. In_____Ente Cooperador _____ Penitenciário. Disponível em:< <http://www.spf.gov.ar/www/aprendizaje>> acesso em 05.05.2017.

[57]MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, art.1ª a 120 do CP.-26.ed.rev.e atual.até 5 de janeiro2010-São Paulo:Atlas,2010.p.229

[58]CAPEZ, Fernando. **Apud** PIMENTEL, Manoel Pedro. Op cit.

[59]CAPEZ, Fernando. Op, cit.

[60]CORSI, Éthore Conceição. Pena: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena. In: Âmbito Jurídico

[61]GOLDKORN, Roberto B. O. O poder da vingança. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

[62]CORSI, Ethore Conceição. Op.cit.

[63]CORSI, Ethore Conceição. Op.cit.

[64] CORSI, Ethore Conceição. Op.cit.

[65] CORSI, Ethore Conceição. Op.cit.

[66]FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3º Ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

[67]CORSI, Ethori Conceição. Opc.cit.

[68]Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (1738-1794), um aristocrata milanês, é considerado o principal representante do Iluminismo Penal

[69]MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe, 3ª. Ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser Ver. Da trad. Zélia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

[70]CORSI, Ethori Conceição. Opc.cit.

[71]FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Lígia M. PondéVassallo. Petrópolis, Vozes, 1977.

[72] CORSI. Ethori Conceição. Op.cit. loc.cit

[73] CORSI, Ethore Conceição. Op.cit.

[74] OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. A origem e história das penas: o surgimento da pena privativa de liberdade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez.2013

[75] JESUS. Damásio E. de. Direito Penal, v.1:parte Geral.31.ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 563 **Apud**; MARQUES, José Frederico, Tratado de Direito Penal, São Paulo, Saraiva,1956,v.3,p.103, **Apud**; SOLER, Derecho penal argentino, Buenos Aires, TEA,1970, v.2,p.342.

[76] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, art.1ª a 120 do CP.-26.ed.rev.e atual.até 5 de janeiro2010-São Paulo:Atlas,2010.p.232, **Apud**; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Estrutura do direito penal.2.ed. São Paulo:José Bushatsky,1970.

[77] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, art.1ª a 120 do CP.-26.ed.rev.e atual.até 5 de janeiro2010-São Paulo:Atlas,2010.p.232

[78] GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro.. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jul 2010.

[79] PRADO, Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 567.

[80] CARNELUTTI, Francesco, As Misérias do Processo Penal, São Paulo: editora Pillares, 2006, P. 103.

[81] CARNELUTTI, Francesco. Op, cit.

[82] SILVA, Haroldo Caetano da, Manual de Execução Penal, 2ª edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2002: P. 35.

[83] PRADO, Luiz Regis Prado, op.cit, p. 553.

[84] BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 72.

[85] LISZT, Franz Von, Op.cit, p. 56.

[86] LISZT, Franz Von. Op. Cit. P. 67.

[87] SOUZA, Paulo S. Xavier, Individualização da Penal: no estado democrático de direito, porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 70.

[88] GRECO, Rogério. Código Penal: comentado, 5ª. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2011.

[89] HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología, p. 226.

[90] CORSI, Éthore Conceição. op.cit, loc.cit.

[91] NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005.

[92] GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. Op.cit, loc.cit.

[93] SILVA, Haroldo Caetano. Op. Cit, loc.cit.

[94] SHITANTI, Tomaz M., Curso de Direito Penal, Parte Geral, 2º edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 184.

[95] NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005.

[96] HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 231.

[97] MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, Parte Geral, 22º edição, São Paulo, editora Atlas, 2005, p. 244.

[98] NORONHA, M. Magalhães, Direito Penal, volume 1, 35º edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223.

[99] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit.p.74.

[100] FALCONI, Romeu, Lineamentos de Direito Penal, 3º edição, São Paulo: editora Ícone, 2002, p. 249.

[101] SOUZA, Paulo S. Xavier. Op. Cit.p.70.

[102] SOUZA, Paulo S. Xavier. Op, Cit.p.70.

[103] SOUZA, Paulo S. Xavier. Op. Cit.p.71.

[104] GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. Op. Cit. Loc. Cit.

- [105] NERY, Déa Carla Pereira. Op.cit.loc.cit.
- [106] GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. Op. Cit. Loc. Cit.
- [107] CARNELUTTI, Francesco, Lições Sobre o Processo Penal, volume 1, 1º edição, Campinas: Bookseller, 2004, P. 73.
- [108] SOUZA, Paulo S. Xavier. Op, cit. p. 75
- [109] SILVA, Haroldo Caetano. Op cit.p. 35.
- [110] CARVALHO NETO, Inácio. Op, cit. p.15.
- [111] SHITANTI, Tomaz M.p.184.
- [112] MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, Parte Geral, 22º edição, São Paulo, editra Atlas, 2005, p. 244.
- [113] BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1, 9º edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88.
- [114] FALCONI, Romeu. Op, cit, p. 249.
- [115] FALCONI, Romeu. Op, cit. p.249.
- [116] LEAL, João José. Direito Penal Parte Geral, 3º edição, Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004, p. 380.
- [117] NERY, Déa Carla Pereira. Op.cit.loc.cit.
- [118] NERY, Déa Carla Pereira. Op, cit.
- [119] GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. Op. Cit, loc, cit.
- [120] SILVA, Haroldo Caetano da, Manual de Execução Penal, 2º edição, Campinas: Ed. Bookseller, 2002: P. 36.
- [121] CARVALHO NETO, Inacio, Aplicação da Pena, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 16.
- [122] BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1, 9º edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88.
- [123] COSTA JR, Paulo José da. Direito Penal Curso Completo, 7º edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 119.

[124] LEAL, João José, *Direito Penal Parte Geral*, 3º edição, Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004, p. 383.

[125] LEAL, João José, *Direito Penal Parte Geral*, 3º edição, Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004, p. 383.

[126] SOUZA, Paulo S. Xavier, *Individualização da Penal: no estado democrático de direito*, porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 85.

2 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19.

[128] Parte da dogmática jurídico-penal que estuda o crime como fato punível, do ponto de vista jurídico, para estabelecer e analisar suas características gerais bem como suas formas especiais de aparecimento. Trata-se do alicerce do Direito Penal.

[129] PIMENTEL, Manoel Pedro.

[130] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Op. Cit.p.235.

[131] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. op, cit.p.236.

[132] MORAES, Henrique Viana Bandeira. Dos sistemas penitenciários. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI,n.108,jan.2013.Disponível.em:http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12621 acesso em 05.04.2017.

[133] MORAES, Henrique Viana Bandeira. Op, cit.

[134] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Op. Cit.p.236.

[135] MORAES, Henrique Viana Bandeira. Op, cit. Loc, cit.

[136] MORAES, Henrique Viana Bandeira. Op, cit.

[137] MORAES, Henrique Viana Bandeira. Op, cit.

[138] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000; p . 96.

[139] PINHO, Rodrigo Cesar Rabello. *Apreciação crítica do anteprojeto de lei modificativa da parte geral do Código Penal de 1940 no tocante às penas privativas de liberdade*. *Justitia* 117/126.

[140] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Op. Cit.p.236

- [141] MIRABETE, Julio Fabbruni, FABBRINI, Renato N. Op. Cit.p.236
- [142] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op, cit. p . 98
- [143] RODRIGUEZ, Antonia Belmares. La Naturaleza Juridica del Trabajo Penitenciario, 2013, p.101.
- [144] RODRIGUES CAMPOS, Ismael. Trabajo Penitenciario. Editorial Codeabo. Monterrey N.L. México, 1987. p. 16. **Apud.** RODRIGUEZ, Antonia Belmares. Op cit, loc cit.
- [145] PAULA, Gáudio Ribeiro de; OLIVEIRA, Maxwel Caixeta de. O Trabalho do Preso e seus Direitos: Uma Perspectiva da Situação no Distrito Federal. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 25 de out. de 2007.
- [146] CABRAL, Luiza Rocha; SILVA, Juliana leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. IN_____ Revista do CAAP, 2010, p.157
- [147] ALVIM, Rui Carlos Machado. O trabalho penitenciário e os direitos sociais.1991, p. 25.
- [148] Ibidem, p.28.
- [149] PAULA, Gáudio Ribeiro de; OLIVEIRA, Maxwel Caixeta de. Opc cit.
- [150] PAULA, Gáudio Ribeiro de; OLIVEIRA, Maxwel Caixeta de. Opc cit.
- [151] PAULA, Gáudio Ribeiro de; OLIVEIRA, Maxwel Caixeta de. Opc cit.
- [152] AULIU, Eduardo C. de Luján. Consideraciones sobre el trabajo penitenciario en Argentina. 2014.
- [153] AULIU, Eduardo C. de Luján. Op, cit.
- [154] El sistema carcelario en Argentina. (Autor desconhecido). Disponível em:< <http://www.monografias.com/trabajos89/sistemacarcelarioargentina/sistemacarcelarioargentina3.shtml#eltrabajo>> acesso em 05.04.2017.
- [155] El sistema carcelario en Argentina. (Autor desconhecido). Disponível em:< <http://www.monografias.com/trabajos89/sistemacarcelarioargentina/sistemacarcelarioargentina3.shtml#eltrabajo>> acesso em 05.04.2017.
- [156] FELBERG, Rodrigo. A Reintegração Social dos Cidadãos-Egressos: Uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas. São Paulo: Atlas, 2015, p.70.

[157] OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. Direito ao trabalho do preso: Uma oportunidade de ressocialização e uma questão de responsabilidade social.

[158] OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. Op, cit.

[159] OLIVEIRA, Maria Julia Bittencourt de. A Ressocialização do apenado através do trabalho, em face do princípio da dignidade da pessoa humana. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009.

[160] OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. Op cit.

[161] AULIU, Eduardo C. de Luján, op cit.

[162] AULIU, Eduardo C. de Luján, op cit.

[163] Organização Internacional Do Trabalho (OIT)

[164] BARICHELO, Tito lívio. Direito Penal do Trabalho: reflexões atuais/ coordenador: BARACAT, Eduardo Milléo. In ____ O trabalho na Prisão. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 315.

[165] PORTIERI, Alexandre. Brasil- Trabalho do Preso.

[166] MIRABETE, Júlio Fabrini. Execução penal. 2004, p. 91/92.

[167] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.p.249.

[168] MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei 7210, de 11.7.1984. p. 95.

[169] PIERANGELLI, José Henrique. Códigos penais do Brasil: evolução histórica. Bauru: jalovi,1980.

[170] OLIVEIRA, Adriano Bezerra Caminha de. O Trabalho Como Forma De Ressocialização do Presidiário, p.46.

[171] Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

[172] CABRAL, Luiza Rocha; SILVA, Juliana Leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. IN_____ Revista do CAAP, 2010, p.158.

[173] BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 10 de abril 2017.

[174] CABRAL, Luiza Rocha; SILVA, Julianna Leite. Op. Cit. Loc.cit.p.158.

[175] FELBERG, Rodrigo. Opc cit, p.35.

[176] PAULA, Gáudio Ribeiro de; OLIVEIRA, Maxwell Caixeta de;. Op cit, loc cit.

[177] BARACAT, Eduardo Milléo. Direito Penal do Trabalho-Reflexões atuais, p.202.

[178] AULIU, Eduardo C. de Luján. Op cit, loc cit.

[179] BARACAT, Eduardo Milléo. Op cit.p.203.

[180] AULIU, Eduardo C. de Luján. Op cit.

[181] OIT. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em 27.04.2017.

[182] AULIU, Eduardo C. de Luján. Op cit.

[183] PAULA, Gáudio Ribeiro de; OLIVEIRA, Maxwell Caixeta de; OLIVEIRA, Maxwell Caixeta de; PAULA, Gáudio Ribeiro de. Op cit, loc cit.

[184] BARACAT, Eduardo Milléo. Op cit. p.301.

[185] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Execução Criminal: teoria e prática. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 97.

[186] BARICHELLO, Tito Lívio. Direito Penal do Trabalho: reflexões atuais/ coordenador: BARACAT, Eduardo Milléo. In____O trabalho na Prisão. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 315.

[187] SOUZA, Joeline Araujo. Trabalho do preso: regime jurídico. 2013.

[188] BARICHELLO, Tito Lívio. Ibid.,p.315.

[189] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.ed. 12. Tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

[190] COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol. 32, p.07-20, 1999. **Apud**. SOUZA, Joeline Araujo. Op cit.

[191] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.3.ed.12.tir.São Paulo: Malheiros.2004.

[192] MIRABETE, Julio Fabbrine. Comentários a Lei de Execução Penal: Lei 7210, de 11.7.1984, p.38.

[193]NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à Lei de Execução Penal: Lei 7210, de 11.7.1984, p.38.

[194]SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. Comentários à Lei de Execução Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1986. p. 18.

[195] BARICHELLO. Op.cit.p.318.

[196] SOUZA, Joeline Araujo. Op cit.

[197] SOUZA, Joeline Araujo. Op cit.

[198] JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 3ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 716-718

[199]GOMES, Fábio Rodrigues. O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 143.

[200] MAIOR, Jorge Luiz Souto. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000.

[201] AULIU, Eduardo C. de Luján. Op cit.

[202] Ley. 24.660.ART 107. - El trabajo se regirá por los siguientes principios:

- a) No se impondrá como castigo;
- b) No será aflictivo, denigrante, infamante ni forzado; c) Propenderá a la formación y al mejoramiento de los hábitos laborales;
- d) Procurará la capacitación del interno para desempeñarse en la vida libre;
- e) Se programará teniendo en cuenta las aptitudes y condiciones psicofísicas de los internos, las tecnologías utilizadas en el medio libre y las demandas del mercado laboral;
- f) Deberá ser remunerado;
- g) Se respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente.

[203] SOHR, Olivia. Cinco puntos para entender el trabajo en las cárceles., publicado 9 dic 2014.

[204] ARGENTINA, Cámara Nacional de Casación penal.

[205] ARGENTINA, Cámara Nacional de Casación penal.

[206] ALBRISI, Mariano. Régimen laboral carcelario en Argentina: “El mundo del revés”. Publicado en 14/01/2015.

[207] ARGENTINA, Cámara Nacional de Casación penal.

[208] ARGENTINA. Cámara Nacional de Casación Penal.

[209] BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 80900-48.2009.5.15.0151 , Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 28/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017

[210] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 60600-88.2008.5.15.0090 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 24/06/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2015

[211] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (ED-RR- 60600-88.2008.5.15.0090 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 26/08/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/09/2015)

[212] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 107240-81.2007.5.06.0011 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 18/02/2009, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2009

[213] HUÑIS, Magali. Trabajo y encierro: las relaciones laborales en las cárceles argentinas. Publicado 21/03/2015.

[214] DERECHO AL DÍA. Trabajo em cárceles. Año XI - Edición 196. Disponible:< <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/trabajo-en-carceles/+4420>>.

[215] DERECHO AL DÍA.. op, cit.

[216] DERECHO AL DÍA.. op, cit.

[217] EL TIEMPO. ¿Le corresponden derechos laborales a los detenidos?
Publicado 14/05/2015.

[218] Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.

[219] CHAVES, Vanessa Afonso. O trabalho do preso na execução penal.
Publicado em 21/03/2017.
Acessado em 21/03/2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4110#_ftn10>.

[220] CHAVES, Vanessa Afonso. **Apud**, NOGUEIRA, P. L. Comentários à lei de execução penal. p.47. O trabalho do Preso na execução Penal.

[221] CHAVES, Vanessa Afonso. O trabalho do preso na execução penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VII, n. 18, ago 2004.

[222] NERY JUNIOR, José Carlos Miranda (coord). Cartilha Mão de Obra Carcerária. Goiânia: Ministério Público, 2011. p.13. disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/cartilha_mao_de_obra.pdf>. Acesso em 10 de abril. 2017.

[223] BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de Maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas.

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;

[224] CORRÊA, Mízia. O preso trabalhador e o Trabalhador preso. In _____ considerações acerca do auxílio reclusão.

[225] BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

[226] BRASIL. Op, cit.

[227] NERY JUNIOR, José Carlos Miranda (coord). Cartilha Mão de Obra Carcerária. Goiânia: Ministério Público, 2011. p.8.

[228] SOUZA, Joeline Araujo. Op.cit. loc.cit.

[229] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Legislação oferece vantagens a quem emprega a mão de obra de detentos. Disponível em:< <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79863-legislacao-oferece-vantagens-a-quem-emprega-a-mao-de-obra-de-detentos>>. Acesso em 10.04.2017.

AS MEDIDAS DE AUSTERIDADE NO CONTEXTO DA CRISE ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

MARIA PILAR PRAZERES DE ALMEIDA:
Advogada. Graduada em Direito pela
Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: O presente artigo trata da análise do advento de medidas de austeridade fiscal e econômica em confronto com o princípio da Vedação ao Retrocesso Social, em especial à luz dos parâmetros delineados no âmbito do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, no Comentário Geral nº 19 (sobre o direito à seguridade social) pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Por fim, analisa-se o caso da Emenda Constitucional 95 de 2016.

Palavras-chave: Austeridade Fiscal; Direitos Sociais; Vedação ao Retrocesso Social; Comentário Geral nº 19 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU; Emenda Constitucional 95 de 2016.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da Progressividade dos Direitos Sociais. 2. Da Vedação ao Retrocesso Social. 3. Do Histórico de Aproximação dos Direitos Humanos com a Economia. 4. Dos Parâmetros da ONU. 5. Conclusão.

Introdução.

Atualmente, vive-se um momento conturbado política e economicamente no Brasil. Diante da necessidade de diminuição dos gastos públicos, propostas de diminuição de direitos sociais são pautas frequentes. Medidas de austeridade fiscal e econômica surgiram neste contexto, vindo a diminuir a proteção social, o que viola frontalmente a progressividade dos direitos sociais e o princípio da vedação ao retrocesso.

Trata-se de um tema que permeia as principais discussões atuais sobre os direitos humanos: a relação entre crise econômica, em especial as medidas de austeridade adotadas pelos países e a proteção de direitos, principalmente os direitos sociais, econômicos e culturais, diante dos custos dos direitos.

Inicialmente, se analisará estes conceitos de progressividade dos direitos sociais e o princípio da vedação ao retrocesso.

A seguir, se apontará os critérios para diminuição de direitos sociais, previstos no Comentário Geral nº 19 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU e se analisará a Emenda Constitucional 95 de 2016.

1. Da Progressividade dos Direitos Sociais.

No âmbito global, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é considerado um marco por ter dado enfoque aos direitos econômicos, sociais e culturais, vencendo a resistência daqueles que tratavam os direitos sociais como meras recomendações, sem qualquer força normativa.

Conforme André de Carvalho Ramos, “o PIDESC reconheceu que os direitos sociais em sentido amplo são de realização progressiva, devendo os Estados dispor do máximo dos recursos disponíveis para a sua efetivação, o que não exclui a obrigatoriedade de sua promoção e, após, a proibição de retrocesso social.”.

O art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos versa sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, mencionando o compromisso dos Estados Partes de adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, para alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

De acordo com André de Carvalho Ramos, a Convenção deu ênfase à implementação dos direitos civis e políticos, apenas mencionando o vago compromisso dos Estados com o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Posteriormente, esses direitos foram objeto do Protocolo de San Salvador.

Ressalte-se que um dos princípios de interpretação da Convenção é o *pro homine*, expressamente previsto no art. 29, que impõe uma interpretação de modo a não suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção. Assim, sempre se privilegia uma interpretação de maximização da proteção de direitos humanos.

Em relação ao Protocolo de San Salvador, este estabelece que o Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos devem levar em conta a natureza progressiva da vigência dos direitos protegidos pelo Protocolo.

2. Da Vedação ao Retrocesso Social.

André de Carvalho Ramos conceitua o princípio da vedação ao retrocesso:

Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição do retrocesso, também chamada de “efeito cliquet” ou princípio do não retorno da concretização, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente de aprimoramentos e acréscimos.

O STF já reconheceu a aplicação deste princípio no que toca aos direitos sociais, no MS 24.875, em que o Min. Celso de Mello apontou uma verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional.

Na Opinião Consultiva 03/83, que trata das restrições à pena de morte, solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte salientou que a vedação ao retrocesso também se aplica aos direitos civis e políticos.

Assim, para a efetivação de políticas de austeridade não se pode desconsiderar o princípio da vedação do retrocesso social, como ocorreu com a edição da Emenda Constitucional 95 de 2016, que trouxe o congelamento dos gastos públicos com os direitos sociais para os próximos 20 anos.

3. Do Histórico de Aproximação dos Direitos Humanos com a Economia.

A aproximação dos Direitos Humanos e da Economia se deu em virtude da preocupação com a redução da proteção diante de insuficiência de recursos financeiros, o que pode levar a um profundo descaso em relação aos direitos humanos nas pautas governamentais, tornando-os irrelevantes.

Os órgãos de Direitos Humanos do Sistema Global se preocupam, em especial, com os movimentos para trás, com as medidas de retrocesso no âmbito de proteção dos direitos humanos.

Historicamente, este movimento de aproximação dos defensores de direitos humanos com a economia iniciou-se com as crises no capitalismo.

Trata-se de uma relação complexa e obscura esta interação entre a estrutura básica dos direitos humanos e a quantidade de recursos disponíveis para implementá-los.

Classicamente, entendia-se que, de acordo com a distinção entre direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais, os primeiros não precisavam de nenhuma qualificação financeira, enquanto os últimos dependiam exclusivamente de aportes financeiros.

Atualmente, esta correlação encontra-se superada já que os direitos civis e políticos também demandam prestações positivas para sua implementação, como por exemplo a utilização de urnas para o exercício do direito ao voto, o que também traz custos.

Sobre este tema o Supremo Tribunal Federal já entendeu que as urnas eletrônicas estão protegidas pela vedação do retrocesso político, não podendo retornar-se para o voto impresso.

Por outro lado, os direitos sociais também possuem uma faceta negativa, já que devem ser respeitados, o que não demanda contraprestação estatal positiva sob este enfoque.

Defende-se que se deve preservar um núcleo mínimo dos direitos sociais, econômicos e sociais, ainda que os principais tratados internacionais de direitos humanos prevejam que sua implementação está limitada aos recursos financeiros, principalmente quando se tratar de países em desenvolvimento.

Sabe-se que a partir da década de 1970, a discussão sobre desenvolvimento ganhou força. Os países em desenvolvimento, entre eles o Brasil, justificaram-se aos organismos internacionais, defendendo que necessitavam de algum tipo de

negociação financeira ou de outros arranjos econômicos que facilitassem sua implementação.

Com a crise financeira asiática de 1997, os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos passaram a debater ainda mais a temática. Na sequência, com a recessão financeira mundial de 2008, aprofundou-se a problemática já que inclusive países desenvolvidos, como os países europeus, aplicaram medidas de austeridade econômica e fiscal, reverberando nos direitos sociais conquistados.

Como forma de proteção ao núcleo essencial de direitos sociais, deve-se incluir proibições constitucionais às medidas do movimento neoliberal e priorizar os cortes em gastos excessivos, além de realizar alterações orçamentárias equilibradas que limitem as despesas de capital.

4. Dos Parâmetros da ONU.

Sabe-se que, no sistema capitalista, crises econômicas são frequentes e devem ser levadas em consideração pelos estudiosos de direitos humanos já que reverberam mais severamente naqueles menos abastados e mais vulneráveis às diversas intempéries.

Quando das discussões acerca do Projeto de Emenda Constitucional que foi aprovado e transformou-se na Emenda Constitucional 95 de 2016, o Relator Especial da ONU para extrema pobreza e direitos humanos, Philip Alston, foi expresso e direto ao afirmar que “os planos do governo de congelar o gasto social no Brasil por 20 anos são inteiramente incompatíveis com as obrigações de direitos humanos do Brasil”.

O Relator alertou que “O efeito principal e inevitável da proposta de emenda constitucional elaborada para forçar um congelamento orçamentário como demonstração de prudência fiscal será o prejuízo aos mais pobres nas próximas décadas.”.

Não se trata de ingenuidade ou de imprudência com os gastos públicos, pois, se houver uma crise financeira, poderão ser adotadas medidas de ajustes fiscais, mas estas devem ser cuidadosamente justificadas e obedecer aos parâmetros elencados no Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

Dentre estes parâmetros encontram-se: a busca por outros meios alternativos antes da implementação de medida mais severa; não deve haver discriminação nas políticas, em especial quanto à origem social ou status da propriedade; deve haver a participação da sociedade na formulação da política, mediante consulta prévia.

Acerca desta temática, o Comentário Geral nº 19 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, no §42, nos traz os critérios que devem ser adotados para que estas medidas de austeridade sejam consideradas convencionais:

“Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte. El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”.

No caso específico do Brasil em relação à aprovação da Emenda Constitucional 95 de 2016, nenhum destes critérios foi observado, o que impõem

o reconhecimento de sua inconvenção e sua inconstitucionalidade, por violação das cláusulas pétreas (art. 60, §4º da Constituição Federal).

O Relator Especial da ONU Philip Alston se manifestou ainda: “Se adotada, essa emenda bloqueará gastos em níveis inadequados e rapidamente decrescentes na saúde, educação e segurança social, portanto, colocando toda uma geração futura em risco de receber uma proteção social muito abaixo dos níveis atuais.”.

Ademais, resta evidenciado que esta medida governamental utilizada como pretexto, diante da crise econômica e recessão, é eivada de vícios graves na sua elaboração, desconsiderando toda a normativa internacional ratificada pelo Brasil, em especial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Por fim, questiona-se a própria efetividade de tais medidas de controle nas contas públicas, como o fez com maestria o Relator Philip Alston:

“Estudos econômicos internacionais, incluindo pesquisas do Fundo Monetário internacional, mostram que a consolidação fiscal tipicamente tem efeitos de curto prazo, reduzindo a renda, aumentando o desemprego e a desigualdade de renda. E a longo prazo, não existe evidência empírica que sugira que essas medidas alcançarão os objetivos sugeridos pelo Governo”.

5. Conclusão.

Assim, observa-se que no contexto de crise econômica, a adoção de medidas de austeridade fiscal devem ser realizadas de maneira responsável e comprometida com os direitos humanos, a fim de que a conta do insucesso da economia não recaia exclusivamente sobre aqueles mais vulneráveis socialmente.

Como parâmetros seguros, devem ser observados os critérios do Comentário Geral nº 19 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, o qual foi absolutamente desconsiderado na elaboração da Emenda Constitucional 95 de 2016, que tratou do congelamento dos gastos públicos com os direitos sociais para os próximos 20 anos. Portanto, esta Emenda Constitucional é inconvenção

e inconstitucional, violando cláusulas pétreas, o princípio da vedação ao retrocesso e a progressividade dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2ª Edição, 2015.

Entrevista com Relator Especial da ONU para extrema pobreza e direitos humanos, Philip Alston, para o Canal CONECTAS. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EC_SSTBOMDo. Acesso em: 29 de dezembro de 2017.

Comentário geral nº 19 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f19&Lang=en. Acesso em: 29 de dezembro de 2017.

Brasil: Teto de 20 anos para o gasto público violará direitos humanos, alerta relator da ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-teto-de-20-anos-para-o-gasto-publico-violara-direitos-humanos-alerta-relator-da-onu/> Acesso em 29 de dezembro de 2017.

O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NO BRASIL

BEATRIZ DE ANDRADE CHAVES: Advogada Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna.

RESUMO: Crescem a cada ano as demandas indenizatórias decorrentes de falhas atribuídas aos médicos no exercício da profissão, ocasionadas, muitas vezes, pela precariedade do próprio sistema de saúde aliado ao despreparo de alguns profissionais. Nesse contexto, impõe-se o debate acerca da utilidade da contratação do seguro de responsabilidade civil do médico, tema extremamente complexo e cercado de alta indagação jurídica, sendo apresentada sua natureza jurídica e aspectos mais importantes, além de breve análise do tema no Direito dos Estados Unidos, onde se encontra amplamente difundido. Sabe-se que o médico assume uma obrigação tão-somente de empregar sua habilidade e diligência a fim de alcançar um resultado, cabendo ao paciente/familiares a prova de que o resultado negativo teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. A par do encarecimento da assistência médica e de eventual deteriorização da relação médico-paciente, a contratação do seguro de responsabilidade visa garantir economicamente tanto o paciente quanto os próprios médicos e hospitais, gerando uma maior tranquilidade para o atendimento e fortalecendo a autoconfiança do profissional. Contudo, não garante a qualidade da prestação do serviço médico, constituindo mero paliativo aos problemas vivenciados por médicos e pacientes, além de uma forma de socializar os riscos inerentes ao tratamento.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Erro Médico; Contratação de seguro.

ABSTRACT: The number of claims for indemnities involving medical error has been rising, often due to the inefficient health system along with underprepared doctors. In this context, there has been much debate about the usefulness of contracting the medical malpractice insurance, an extremely complex subject that also involves legal inquiries. This paper presents the legal nature of the medical malpractice insurance and its most important aspects, as well as a brief analysis of the subject in the United States, where it is widely disseminated. It is known that

the physician only assumes an obligation to employ his skills and diligence in order to achieve a result, and in case there is any negative result, the patient / family member must prove that it was due to the physician's negligence, recklessness or malpractice. Despite of expensive healthcare and the possible deterioration of the doctor-patient relationship, the contracting of medical malpractice insurance aims to guarantee financially the patient, as well as the doctors and hospitals, generating a positive experience and strengthening the professional's self-confidence. However, it does not guarantee the quality of the medical service, consisting of a short-term measure to the problems experienced by doctors and patients, as well as a way of socializing the risks inherent to the treatment.

Keywords: Civil responsibility; Medical error; Hiring insurance.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Responsabilidade civil médica. 1.1. Responsabilidade contratual médica. 1.2. Natureza jurídica do contrato médico. 1.2. A culpa na responsabilidade civil do médico e Código de Defesa do Consumidor. 2. O seguro de responsabilidade civil decorrente de erro médico. 2.1. Breves considerações sobre o contrato de seguro. 2.2. O seguro de responsabilidade civil. 2.3. O seguro de responsabilidade civil profissional. 3. O seguro de responsabilidade civil por erro médico nos Estados Unidos. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

É cada vez maior o número de demandas indenizatórias instauradas em decorrência de falhas cometidas pelos profissionais de Medicina no exercício de sua profissão.

Tal crescimento é impulsionado pela rápida modernização da sociedade, que propicia, de um lado, maior volume de informações aos pacientes, que se tornam cada vez mais conscientes de seus direitos, e, de outro, a desmistificação da figura do médico como profissional infalível.

Acresça-se a isto a precariedade do sistema de saúde do país e o despreparo de muitos daqueles que, recém-formados em faculdades que se

multiplicam sem qualquer critério, se vêem cara-a-cara com o desafio de curar pessoas, sem que qualquer formação de qualidade lhes tenha sido oferecida.

Em conseqüência disso, cresce entre os médicos a insegurança e o medo de uma responsabilização advinda de um trabalho que convive, todo o tempo, e por sua própria natureza, com o risco.

Nesse contexto, surge a importância do debate a que o presente estudo se propõe, qual seja, a análise do seguro de responsabilidade civil do médico como instrumento de proteção dos riscos profissionais a que o referido profissional encontra-se submetido.

A relevância social e jurídica do tema reside no fato de a Medicina ser uma profissão que lida com os bens mais caros ao ser humano e ao ordenamento jurídico, a saber, a vida e a saúde.

Impende ressaltar que, muito embora o tema da responsabilidade civil por erro médico tenha despertado o interesse de muitos juristas nos últimos tempos, já contando com vasta bibliografia, a adoção do sistema do seguro derivado dessa responsabilidade, ao contrário do que acontece em outros países, como os Estados Unidos, ainda é extremamente restrita entre os médicos brasileiros.

Isso acontece porque no Brasil não há obrigatoriedade de adoção do seguro de responsabilidade civil do médico e a matéria que envolve o tema é extremamente complexa e cercada de alta indagação jurídica.

Instaura-se, então, uma discussão acerca da viabilidade ou não da implementação do seguro por responsabilidade médica no sistema brasileiro, questionamento esse que o presente artigo buscará solucionar.

1 – RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1.1 - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL MÉDICA

A responsabilização emerge da necessidade social de ver assegurado o cumprimento, por todos, dos deveres, antes de tudo morais, de não prejudicar o outro e de responder pela prática dos próprios atos.

A responsabilidade jurídica pode ser dividida em responsabilidade civil e responsabilidade penal. Assim as diferencia AGUIAR DIAS:

se a responsabilidade civil pretende reprimir o dano privado, restabelecendo o equilíbrio 'individual' perturbado, a responsabilidade penal tem a finalidade de restabelecer o equilíbrio 'social' perturbado, indagando antes da punibilidade do agente e da anti-socialidade de seu procedimento.^[1]

A responsabilidade civil pressupõe a existência de um dano, de um prejuízo ao patrimônio de alguém, que necessite ser restabelecido.

O dever de reparar incide também no campo profissional. Dessa forma, todo aquele que, no exercício de sua profissão, causa algum tipo de dano ou prejuízo ao outro, é chamado a repará-lo.

Por oportuno, impende destacar que, atualmente, encontram-se superadas as discussões outrora existentes, sendo pacífico o entendimento de que a responsabilidade médica é, via de regra, contratual.

Hipóteses há, no entanto, em que a responsabilidade médica não será originária de contrato. Ensina RUY ROSADO DE AGUIAR JR. que a mesma "será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência".^[2] Aqui se incluem, portanto, os casos de atendimento emergencial realizados pelo médico.

Ainda que assim não fosse, tal diferenciação possui pouca ou nenhuma importância prática, haja vista que a obrigação de reparar o dano é imposta ao seu causador, independentemente de ter sido produzida dentro ou fora do contrato.

1.2 – NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO MÉDICO

Na relação contratual, a obrigação assumida pode ser tanto de resultado como de meios. Tal distinção, vale ressaltar, não é dada pela lei. Sobre o tema, explica JURANDIR SEBASTIÃO:

Para os efeitos de responsabilidade e ressarcimento, em resumo e como regra geral, a diferença destina-se em saber quem assumiu o risco em caso de frustração (não atingimento do fim) ou de prejuízo (dano), diante do resultado negativo. Se o risco foi assumido por quem contrata (paciente, no caso da Medicina), cumpre a este provar a culpa do contratado (médico) pelo dano resultante – será contrato de meios. Se o risco é do contratado (médico, no caso da Medicina), cumpre a este, para eximir-se de sua responsabilidade (uma vez que não atingiu o resultado desejado), provar que o insucesso decorreu de fato que escapou de sua esfera de ação, quer por culpa do próprio contratante, quer porque derivado de força maior ou de caso fortuito – será contrato de resultados.^[3]

Assim, por obrigação de resultados, deve-se entender aquela em que o devedor assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o qual haverá o inadimplemento. Já na obrigação de meios, o devedor se obriga tão-somente a empregar sua técnica, habilidade, diligência e prudência a fim de alcançar um resultado, sem, entretanto, se vincular à sua obtenção.

Na obrigação de resultados, a culpa contratual é presumida, havendo hipóteses, como é o caso do transportador, em que a responsabilidade chega a ser objetiva, de tal modo que, inadimplida a obrigação, não obtido o resultado, o devedor fica obrigado a reparar o dano. De outro lado, na obrigação de meios, só haverá inadimplemento, e o conseqüente dever de indenizar, se o credor conseguir provar que o resultado almejado não foi obtido em virtude da ausência de diligência daquele que se encontrava obrigado.

Via de regra, o médico não se compromete, no exercício de suas funções, a um determinado resultado, sendo sua obrigação, portanto, de meios.^[4] Exige-se dele, assim, apenas que conduza o tratamento utilizando-se de todos os meios necessários para atingir a cura do paciente, agindo com técnica adequada e empenho profissional.

Nesse sentido, ensina SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual.^[5]

Ao paciente, ou a seus herdeiros, cabe a prova de que o resultado negativo do tratamento teve por causa negligência, imprudência ou imperícia do médico.

Daí a conclusão de que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e que prescinde de comprovação de culpa.

Compartilhamos desse entendimento, na medida em que julgamos que não seria mesmo razoável exigir do profissional médico a obtenção da cura em todos os casos a ele submetidos, uma vez que o exercício da Medicina depende das reações naturais do corpo, que variam de indivíduo a indivíduo.

1.3 – A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A responsabilidade civil nos casos de erro médico possui suas bases na teoria subjetiva, que estabelece a necessidade de comprovação da culpa do agente para que nasça o dever de indenizar.

Referida conclusão possui seus alicerces no art. 951 do Código Civil brasileiro, que enuncia que:

o disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda aos casos de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho. (grifos nossos).

Daí a conclusão de que, para o sucesso do pleito de ressarcimento formulado pela vítima de erro médico, faz-se imprescindível a comprovação pela mesma de existência de qualquer das modalidades de culpa, a saber, imprudência, negligência ou imperícia, na conduta do profissional.

Aqui, impende salientar as inúmeras inovações trazidas pelo nosso Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/91), dentre as quais se inclui a consagração da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço (arts. 12 e 14).

A teoria da responsabilidade do agente com base em sua culpabilidade, contudo, foi ressalvada pelo aludido Código, ao prever, em seu art. 14, §4º, que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”.

Como esclarece RUI STOCO, “ampliou-se, para os profissionais da área médica, o espectro probatório, cabendo ao reclamante provar-lhe a culpa, ainda que o serviço prestado tenha supedâneo em contrato entre eles firmado”.^[6]

Nesse aspecto, convém esclarecer que a exceção trazida pelo Código do Consumidor abarca apenas os profissionais liberais, não se estendendo aos hospitais e demais estabelecimentos de saúde, respondendo estes de maneira objetiva pelos atos de seus prepostos.

De se destacar, ainda, o ensinamento de RUI STOCO ao esclarecer que “a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege Aquilia et levíssima culpa venit*), pois, em se tratando de vidas humanas, não há lugar para culpas ‘pequenas’”.^[7]

2 - O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO

2.1 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE SEGURO

O seguro é tipo de contrato no qual uma pessoa se obriga, mediante o pagamento de um prêmio, a pagar determinada quantia a outra, que pode ser tanto o contratante, como outra pessoa por este indicada, ante a ocorrência de evento futuro e incerto. É contrato bilateral, oneroso, aleatório, consensual e por adesão.^[8]

CAIO MÁRIO conceitua o contrato de seguro como “o contrato por via do qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante recebimento de um prêmio, a indenizá-la ou a terceiros, de prejuízos resultantes de riscos previstos”.^[9]

O contrato de seguro encontra-se tratado no Capítulo XV, “Do seguro”, do Título VI, “Das várias espécies de contrato”, do Livro I, “Do direito das obrigações”, da parte especial do Código Civil de 2002.

Dispõe o art. 757 que “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados.”.

O contrato de seguro possui requisitos subjetivos, objetivos e formais que devem ser observados.

Os requisitos subjetivos dizem respeito às qualidades que são exigidas das partes contratantes para que sua participação no negócio jurídico seja válida. Apenas a pessoa jurídica pode ser seguradora. Conforme previsão do parágrafo único do art. 757 do Código Civil em vigor, somente às entidades legalmente autorizadas é facultada a possibilidade de ser parte no contrato como segurador, sendo tal atividade reservada às sociedades anônimas, às sociedades mútuas, às cooperativas, estas últimas apenas no que toca aos seguros agrícolas (Decreto-lei nº2.063/40, art. 1º), bem como às instituições de previdência social, em relação a seus associados ou à categoria laboral nelas compreendidas. Já a parte segurada sujeita-se, em princípio, ao requisito da capacidade civil.

Quanto ao requisito objetivo, embora haja quem defenda que o objeto do contrato de seguro seja a própria coisa, a doutrina majoritária enverga-se no sentido de que o mesmo reside no interesse segurável, no risco, que pode incidir em todo bem jurídico.^[40] Saliente-se que, uma vez que sujeito está o contrato de seguro à disciplina geral dos contratos, deve seu objeto ser lícito.

Relativamente aos requisitos formais, tem-se que a existência do contrato de seguro pode ser comprovada através do pagamento do prêmio pelo segurado, mas a sua natureza exige documento escrito, em que sejam estabelecidas suas condições específicas. O instrumento do contrato de seguro é a apólice. Com a entrega desta, o contrato considera-se perfeito.

São várias as espécies de seguros, das quais podem-se citar o seguro de vida, o seguro contra acidentes, o seguro de fogo, o seguro de transporte, o seguro agrário, o seguro mútuo, o seguro de responsabilidade civil, a capitalização e o denominado *performance bond*.

Em nosso estudo, por certo, deter-nos-emos ao estudo mais aprofundado do seguro de responsabilidade civil.

2.2 – O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, cabe ressaltar que o contrato de seguro de responsabilidade civil encontra-se tratado em nosso Código Civil, no art. 787, que dispõe que “no seguro de responsabilidade civil, o segurador se responsabiliza pelo pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”.

JOSÉ AGUIAR DIAS define o seguro de responsabilidade afirmando que o mesmo:

consiste no contrato em virtude do qual, mediante prêmio ou prêmios estipulados, o segurador garante ao segurado o pagamento de indenização que porventura lhe seja imposta com base em fato que acarreta sua obrigação de reparar o dano.^[11]

Já CAIO MARIO enuncia ser o seguro de responsabilidade civil aquele que “tem por objeto transferir para o segurador as consequências de danos causados a terceiros, pelos quais possa o segurado responder civilmente”.^[12]

Seu objeto, pois, não é o ato ilícito culposo pelo qual responda o segurado, mas o reflexo patrimonial que representará a indenização derivada deste ato.

Sobre essa modalidade de seguro, esclarece MARIA HELENA DINIZ que:

o seguro de responsabilidade civil transfere para a seguradora a obrigação de pagar as perdas e danos decorrentes de ato lesivo de segurado, liberando-o, assim, do risco de ser responsável pelo ressarcimento dos prejuízos que causou, mantendo a integridade de seu patrimônio.^[13]

O seguro de responsabilidade civil é facultativo e terá as coberturas e as exclusões que em cada contrato forem definidas. Assim, incumbirá à seguradora arcar com a indenização a que for o segurado condenado, até o limite do teto

contratual. O valor que ultrapassá-lo deverá ser custeado pelo segurado, sob pena de enriquecimento sem causa.

Alguma dúvida surge na doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade daquele que sofreu o ato lesivo do segurado e, portanto, terceiro na relação contratual, demandar diretamente o segurador.

Tal questionamento, convém ressaltar, só tem lugar em caso de seguro facultativo de responsabilidade civil, vez que, nos casos de seguro obrigatório de responsabilidade civil a indenização é paga diretamente pelo segurador ao terceiro prejudicado (art. 788 do CC/02).

Aqueles que entendem não ser possível a ação direta do terceiro contra o segurador sustentam que o terceiro não é parte do contrato de seguro, nem é o seu beneficiário, não possuindo com o segurador qualquer relação jurídica.

Nesse sentido se posiciona BECHARA SANTOS:

Com efeito, a proposição esbarra no próprio fundamento de que, não sendo o terceiro parte do contrato de seguro, não seria crível poder ele acionar o segurador que, junto com o segurado, formam as únicas partes desse negócio jurídico bilateral, fato que, por si só, arreda, desassombradamente, qualquer *legitimatío* ativa, ad causam ou ad processum, desse terceiro, como também faz da seguradora parte ilegítima para ser demandada pelo terceiro, posto que *res inter alios acta*.^[14]

Um outro argumento que vem fortalecer essa posição é o fato de o seguro por responsabilidade civil constituir um seguro que pressupõe, primeiro, a caracterização da responsabilidade do segurado e o pagamento, para, só então, haver um reembolso à vítima, já que o risco aqui, como já dito, consistiria na repercussão patrimonial da responsabilidade civil.

Já aqueles que concordam com uma ação direta em face do segurador, argumentam que se a indenização não for entregue diretamente à vítima, corre o risco de ser desviada pelo segurado. Acrescentam as vantagens de se precisarem as obrigações do segurador, bem como de tornar a sentença condenatória a ele

oponível e a de dispensar o segurado do desgaste de uma demanda judicial. Asseveram, por fim, que referida ação estaria em consonância com o princípio da economia processual.^[15]

Nossa jurisprudência parece inclinar-se no sentido dessa última corrente, posição com a qual compartilhamos, vez que lastreada pelo princípio da celeridade processual, sendo, portanto, a que melhor atende a função social de contrato.^[16]

2.3 – O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

Uma das modalidades do contrato de seguro de responsabilidade civil é a profissional, que vem ganhando destaque nos últimos tempos. Integra essa modalidade o seguro de responsabilidade civil por erro médico.

Sendo a Medicina atividade profissional que lida com bens supremos do indivíduo, a saber, a vida e a saúde, os possíveis danos gerados pelo médico no exercício de sua arte atingem maior proporção em relação a outros profissionais sendo, conseqüentemente, de mais difícil reparação.

Destarte, muitas vezes as forças pecuniárias do médico não são suficientes para reparar o dano causado, o que não o exime do dever de indenizar.

Assim, o seguro de responsabilidade civil do médico é um meio de gerar receita com fins de cobrir eventuais despesas decorrentes de um procedimento médico que venha a causar dano a um paciente. Seu objetivo é assegurar ao contratante, até o limite da importância segurada, o reembolso das reparações pecuniárias pelas quais o mesmo vier a ser considerado responsável, contratual ou extracontratualmente, em razão de suas ações ou omissões, decorrentes única e exclusivamente da Prestação do Serviço de Assistência à Saúde, conforme sua habilitação, concedida pela autoridade competente, nos termos da legislação vigente.^[17]

A adoção do seguro de responsabilidade civil do médico possui vantagens e desvantagens que merecem ser destacadas.

Argumentos daqueles que sustentam a instalação do seguro médico são, dentre outros, o fato de o mesmo garantir economicamente a família do paciente,

ao mesmo tempo em que assegura financeiramente médicos e hospitais. A implantação deste seguro, portanto, seria benéfica aos patrimônios tanto dos segurados, quanto das vítimas do erro médico.^[18]

Alega-se, ainda, que o seguro de responsabilidade civil médica gera tranquilidade para o atendimento médico, que retira do profissional o medo do erro, fortalecendo, conseqüentemente, a autoconfiança do médico

A respeito do seguro de responsabilidade civil por erro médico defende o professor GENIVAL VELOSO DE FRANÇA ser o mesmo:

a única forma que dá ao responsável condições de responder pelos ônus do dano causado, quase sempre distante de suas reais possibilidades”, acrescentando ainda que “para o paciente o sistema de seguro também significa livrar-se de um processo penoso e confuso, a proteção contra a deficiência técnica, contra seus riscos e contra a eventual falibilidade do profissional.^[19]

No campo das desvantagens geradas pela adoção do seguro médico, o primeiro fato relevante é o encarecimento da assistência médica, principalmente no tocante aos melhores profissionais. Isso se dá porque aqueles médicos mais renomados são também os mais procurados por pacientes portadores de doenças mais graves. Por isso mesmo, serão tais profissionais considerados como de maior risco para as seguradoras, o que acarretará um prêmio de seguro mais caro aos mesmos. Tal fato gera ainda como consequência o gradativo abandono pelos profissionais daquelas especialidades que acarretam maior risco ao profissional médico.

Outro aspecto do seguro de responsabilidade civil por erro médico que acarreta na elevação de custos para o profissional reside no fato de que as seguradoras exigem uma enorme quantidade de exames complementares para que seja comprovado que não ocorreu erro de diagnóstico. Tal exigência leva os médicos a requisitarem, muitas vezes, exames desnecessários, que em nada auxiliam no tratamento do paciente, fazendo apenas onerá-lo.

Outra desvantagem do seguro em comento que pode ser citada é o estímulo ao processo contra o médico ao invés de sua redução, uma vez que o

paciente perceberá maior facilidade em ser ressarcido, muitas vezes confundindo mero descontentamento com erro; junte-se a isso a deterioração da relação médico-paciente, já que ambos passarão a conviver constantemente com a desconfiança.

Mais, a adoção de tal seguro inibe a modernidade, na medida em que poucos serão os médicos que se arriscarão a utilizar terapêuticas inovadoras ou de alto risco.

Entendemos que o conjunto de prós e contras da adoção do seguro de responsabilidade civil por erro médico só pode ser analisado e sopesado dentro do contexto da sociedade na qual se pretende ver o mesmo inserido.

3 - O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NOS ESTADOS UNIDOS

O medical malpractice insurance ou seguro por má prática médica encontra-se amplamente difundido no exterior, sobretudo nos Estados Unidos da América. Nesse país, a adoção do referido seguro tornou-se praticamente uma regra que não comporta exceções. É dizer, dificilmente se encontrará um médico que se arriscará a exercer sua atividade profissional sem estar previamente garantido pela contratação desse tipo de seguro.

Com efeito, os números relativos ao seguro de responsabilidade civil por má prática médica nos Estados Unidos são expressivos.

MIGUEL KFOURI NETO, citando WEILER^[20], destaca que o volume desse tipo de seguro nos Estados Unidos passou de sessenta milhões de dólares, em 1960, para cerca de sete bilhões de dólares em 1988. Saliente-se, nesse aspecto, que as bases utilizadas para o cálculo do custo de tal modalidade de seguro são o número de processos iniciados em decorrência de erro médico (frequência da reclamação) e o valor que as indenizações concedidas alcançam (severidade da reclamação). Ambos os fatores apresentaram crescimento vertiginoso nas últimas décadas.

Enquanto em 1960, a cada grupo de 100 (cem) médicos apenas 1 (um) profissional era acionado por má prática nos Estados Unidos, atualmente esse número já é de 1 (um) profissional acionado para cada grupo de 25 (vinte e cinco).

A má prática produz uma das duas ou três maiores recompensas jurídicas anuais do sistema legal norte americano.^[21] Tal fato contribui para o aumento da frequência das reclamações, por gerar, em algumas pessoas, a expectativa ilusória de que tão alta soma de dinheiro tenha sido recebida por vítima de negligência médica sem maior gravidade, quando, via de regra, os mais elevados montantes são direcionados a pacientes seriamente prejudicados, que aguardam um longo período de tempo pela indenização pleiteada.

Também o valor da média das indenizações concedidas pelo Poder Judiciário do já mencionado país cresceu de cerca de US\$ 40.000 (quarenta mil dólares), na década de 1960, para US\$150.000 (cento e cinquenta mil) na década de 1980.

O pagamento de indenizações consideráveis, em virtude de culpa médica, somente é possível porque, nos Estados Unidos, médicos e hospitais são garantidos por seguro profissional.

No que se refere ao prêmio do seguro, cumpre destacar que o mesmo varia significativamente de acordo com a especialidade do médico e o local onde o mesmo exerce sua atividade profissional. Assim é que, por exemplo, os prêmios pagos anualmente à seguradora por um clínico geral em Arkansas ou um alergologista em Indiana são cerca de 100 (cem) vezes menores do que os desembolsados por um neurocirurgião da Flórida ou um obstetra em Nova York.^[22]

FARAH e FERRARO noticiam que a revista *Time*, edição de 13.12.1999, revelou que os médicos norte americanos pagam, em média, sessenta mil dólares anuais às seguradoras.^[23]

O contexto social em que se insere o sistema de saúde norte americano, vale ressaltar, diverge bastante do brasileiro. A primeira e mais importante diferença reside no fato de que os médicos daquele país são, regra geral, adequadamente remunerados. Outros fatos que merecem ser citados são os de

que, lá, as fundações que mantêm imensos hospitais recebem doações elevadas e os planos de saúde estipulam contribuições substanciais.

Assim é que, dentro dessa realidade, aparecem as seguradoras, que integram um sistema que se autofinancia e que proporciona relativa tranquilidade aos médicos segurados.

No entanto, o alto crescimento do custo do seguro de responsabilidade civil por má prática médica põe em risco essa mencionada tranquilidade. Já há casos de profissionais que abandonaram a profissão por não possuírem condições financeiras de arcar com os prêmios exigidos. Outros procuram transferir fraudulentamente seu patrimônio para o nome de terceiros, na busca de fugir da eventual obrigação de indenizar que lhes for imposta. Existem mesmo aqueles que informam a seus pacientes que não possuem seguro, numa tentativa de cientificá-los de que eles não terão como reclamar, em caso de culpa médica.

WALTER ANTONIO POLIDO, reproduzindo reportagem de LUIZ MENDONÇA, alega que:

nos Estados Unidos está ficando cada vez mais caro (e até inviável) o seguro de responsabilidade civil dos médicos. E entre esses profissionais, os obstetras vêm assumindo posição de destaque nas tarifas das seguradoras. Por isso mesmo ganha crescente popularidade entre aqueles especialistas o slogan: 'Os advogados que partejem os bebês'.^[24]

Diante da existência de inegáveis problemas no sistema de controle de má prática dos Estados Unidos, mudanças legislativas têm sido ordenadas como um esforço para aliviar os problemas sentidos pelos médicos.

LUZIA CHAVES VIEIRA esclarece que “a reforma estatutária no sistema de julgamento civil foi direcionada para cada um dos três pontos-chave. A sensibilidade aos reclamantes, a determinação da responsabilidade do médico, a mensuração dos danos pagáveis.”^[25]

Busca-se, com isso, sobretudo, atenuar o problema do litígio, tão presente no sistema norte americano.

A conselheira do Conselho Federal de Medicina brasileiro, Dra. REGINA RIBEIRO PARIZI CARVALHO, mostra-se resistente ao sistema norte americano, alegando, para isso que:

A experiência dos Estados Unidos, país onde essa proposta frutificou, tem mostrado que, além de deteriorar ainda mais a relação de confiança entre médicos e pacientes, a adoção dessa medida estimulou uma verdadeira 'indústria' de processos, pois passou a contar com intermediários nessa relação, que só visam interesses pecuniários. Como decorrência, o sistema de saúde americano aumentou seus custos e restringiu o mercado de trabalho para algumas especialidades consideradas de maior risco, como Anestesiologia, Cirurgia Plástica, entre outras, onde o valor de prêmio é inacessível para a maioria dos médicos.^[26]

Diante das informações trazidas no presente capítulo, o que se percebe é que a adoção generalizada do seguro de responsabilidade civil por má prática médica nos Estados Unidos não gerou a eliminação ou mesmo diminuição do erro médico punível. Ao contrário, o que os dados aqui reunidos demonstram é que no mencionado país a adoção dessa modalidade de seguro não impediu sequer o aumento da litigiosidade.

Daí a conclusão de que a adoção do seguro em comento não garante a qualidade da prestação do serviço médico, constituindo mero paliativo aos problemas vivenciados por médicos e pacientes.

4 - O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NO BRASIL

No Brasil, o mercado segurador já oferece a médicos e hospitais a possibilidade de contratar Seguro de Responsabilidade Civil Profissional. Todavia, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a procura por essa modalidade de seguro em nosso país ainda é extremamente pequena.

Tal situação pode ser explicada levando-se em conta as condições econômicas, sociais e culturais do país.

A esse respeito, pronuncia-se GUSTAVO TEPEDINO:

Não é da tradição brasileira a contratação dos seguros de responsabilidade civil pelo médico ou pelos hospitais, talvez pelo fato de os montantes das indenizações impostas pelo Judiciário ainda não representarem uma ameaça à atividade profissional. Deve-se ter em linha de conta, é bem verdade, o aumento vertiginoso da litigiosidade na experiência brasileira na última década, prenúncio de uma modificação nesse estado de coisas. Já se verifica nos grandes centros, particularmente em São Paulo, ainda que sem controle estatístico preciso, a difusão dos seguros profissionais na área médica. De todo modo, embora se encontrem disponíveis, no mercado brasileiro, apólices apropriadas para a cobertura (sem limites legais) por danos causados por atividades profissionais, tal modalidade de seguro tem recebido reduzidíssima procura.^[27]

Com efeito, o que a experiência vem evidenciando é que o povo brasileiro, de modo geral, ainda não possui o costume de recorrer ao Judiciário para obter a reparação do dano sofrido. Consequentemente, os médicos acabam por conceber a ideia de serem condenados em um processo judicial como hipótese bastante remota, razão pela qual não vislumbram a necessidade ou conveniência de se contratar um seguro de tal natureza.

Ademais, na atual conjuntura brasileira, seria praticamente inviável o repasse do preço do prêmio desse tipo de seguro aos pacientes, ressalvados os poucos casos relativos aos clientes de clínicas particulares. No entanto, a grande maioria dos médicos brasileiros encontra-se ou atendendo junto ao Sistema Único de Saúde, empregada em hospitais ou vinculada a planos de saúde.

É o que depreende da análise da realidade do nosso Sistema Único de Saúde, responsável pela esmagadora maioria dos atendimentos médicos

realizados aqui, e que se encontra em situação calamitosa em diversas localidades, o que demonstra a flagrante impossibilidade de se embutir no valor da consulta o custo do prêmio.

A respeito do tema, elucidam os técnicos do Instituto de Resseguros do Brasil:

Ora, perguntamos, por que tal tipo de seguro ainda não foi estendido ao profissional liberal, no caso o médico? Porque o médico que detém clínica particular suficiente, que exerce medicina privada, medicina do ponto de vista liberal, esse médico representa hoje uma faixa mínima no confronto com a grande maioria assalariada dos médicos do país.^[28]

No Brasil, para uma cobertura de R\$100.000,00 (cem mil reais), enquanto um homeopata tem que desembolsar o valor mensal de R\$33,00 (trinta e três reais), o prêmio pago por um médico cirurgião plástico é de R\$221,00 (duzentos e vinte e um reais) por mês. Como se vê, também em nosso país a variação do prêmio pago ocorre em função da especialidade e do risco.

Em Setembro de 2003 a Associação Médica Brasileira, o Conselho Federal de Medicina, a Federação Nacional dos Médicos e a Confederação Médica Brasileira posicionaram-se expressamente contra a adoção do seguro de responsabilidade civil do médico, classificando-o como “terapia ineficaz”.

As referidas instituições médicas entendem que esse tipo de seguro garante unicamente o aspecto financeiro da demanda, não alcançando as questões éticas que o problema envolve, além de não impedir que as sanções disciplinares previstas no Código de Ética Médica sejam aplicadas.

Também o Conselho Regional de Medicina de São Paulo – Cremesp, através de sua então presidente, REGINA RIBEIRO PARIZI DE CARVALHO, pronunciou-se em desfavor da adoção de um seguro contra erro médico. Sustenta, para isso, que a opção pelo referido seguro equivale a uma escolha pelo conflito, o que colocaria em sério risco a confiança mútua que precisa existir entre médico e paciente. Acrescenta, ainda, que tal escolha gera dificuldades no exercício profissional e onera o sistema de saúde do país.^[29]

Pesquisa feita por IRANY NOVAH MORAES^[30], em que foram ouvidos 53 médicos brasileiros, apontou maioria igualmente contra a adoção de seguro médico no país.

Coadunamos com a parte da doutrina que entende que a adoção do seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil não se mostra a melhor solução. A uma, pela impossibilidade de o sistema de saúde brasileiro arcar com o encarecimento do serviço médico que tal adoção acarreta; a duas, pelo fato de que o número de demandas indenizatórias propostas em razão de erro médico não se encontra ainda em níveis preocupantes no país; e a três, e principalmente, pelo fato de a adoção de tal seguro não constituir solução para o grave problema que é o erro médico, se limitando ao aspecto financeiro do problema e em nada fortalecendo a relação de confiança que há de existir entre médico e paciente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, procuramos analisar os aspectos que envolvem o seguro de responsabilidade civil por erro médico e a viabilidade de sua adoção no Brasil.

Para isso, primeiramente destrinchamos seus elementos básicos, quais sejam, a responsabilidade civil médica e o contrato de seguro.

Vimos que a responsabilidade médica possui caráter contratual de obrigação de meios e natureza subjetiva.

A respeito do contrato de seguro, foi constatado que o mesmo consiste em uma maneira de socializar o risco. O seguro de responsabilidade civil é instituto criado pelo progresso social e a necessidade de assegurar os interesses de vítima, agente e sociedade. Assim, a adoção de um seguro de responsabilidade civil profissional aparece como forma, de um lado, de assegurar financeiramente o médico, certificando-se, de outra mão, que o paciente, em caso de dano, será devidamente ressarcido. Ganha a sociedade, vez que não sofre com o desequilíbrio econômico de qualquer das partes.

Todavia, conforme pudemos verificar, a adoção deste tipo de seguro, na prática, acarreta algumas desvantagens, tais como o encarecimento da prestação do serviço médico e a tendência ao aumento da litigiosidade.

Desvantagens existem e foram enumeradas no presente trabalho.

Como forma de situar o instituto do seguro de responsabilidade civil médica, foi realizada exposição comparativa, através da análise do panorama atual desse tipo de seguro nos Estados Unidos, país em que o mesmo encontra-se amplamente difundido, e no Brasil, onde sua adoção ainda é bastante restrita.

A experiência nos Estados Unidos demonstra que a adoção de tal seguro não soluciona o problema central que circunda a responsabilidade médica, qual seja, a existência de erro decorrente de negligência, imprudência ou imperícia médica, passível de indenização.

Com efeito, o seguro protege médico, paciente e sociedade unicamente de problemas patrimoniais advindos da responsabilização do primeiro por erro punível.

Entendemos, portanto, que a adoção do seguro de responsabilidade civil por erro médico constitui solução paliativa, visto que não enfrenta as questões éticas que a atividade médica apresenta.

A solução mais adequada, mais desejável, é a busca pela eliminação ou mesmo redução do erro médico punível, através de medidas preventivas, que visem a melhor qualificação dos profissionais, maior conscientização dos mesmos, melhores condições de trabalho, dentre outras.

Tais medidas se fazem imprescindíveis, especialmente no Brasil, país em que muitas vezes os danos causados por médicos decorrem das péssimas condições de trabalho a que se encontram submetidos.

Fato é que os médicos ainda possuem como principal caminho a observância dos deveres de diligência e cuidado no tratamento de seus pacientes.

Nesse contexto, de fundamental importância o dever do médico de informar seu paciente, obtendo dele o consentimento para a prática de todo ato

invasivo que este venha a sofrer. Trata-se o consentimento informado de verdadeira garantia para o médico, vez que reduz a probabilidade de demandas judiciais infundadas, já que gera o fortalecimento da relação de confiança entre médico e paciente.

De se destacar, por fim, que a cobertura do seguro de responsabilidade civil limita-se à indenização, não sendo capaz de eximir o médico das sanções administrativas a que se sujeita, ou mesmo de reparar o seu bom nome no caso de uma decisão judicial apressada.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade Médica**. Rio de Janeiro: José Confino, 1971.

CARVALHO, Regina Ribeiro Parizi. Parecer, Processo-consulta CFM 6696/98, aprovado em sessão plenária de 12.11.1999, Arquivos CFM-PR, 17(68), 2000.

CARVALHO, Regina Ribeiro Parizi. Seguro contra o erro médico e a opção pelo conflito. **O Estado de São Paulo**, 24.02.2001.

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Vol. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 7.v.

FARAH, Eduardo Elias e FERRARO, Leonora. **Como prevenir problemas com os pacientes**. 3. ed. São Paulo: Quest, 2000.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro médico**. 2. ed. Montes Claros: Unimontes, 2000.

Instituto de Resseguros do Brasil. **Revista do IRB**, ano 37, n.214, out.-dez. 1977, p. 13.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Responsabilidade civil do médico**. RT 718/33 e Rev. *Jurídica Síntese* 231, jun. 1997.

NETO, Miguel Kfourir. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. Revista e atualizada. São Paulo: RT, 2002.

NETO, Miguel Kfourir. **Culpa Médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: RT, 2002.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

POLIDO, Walter Antônio. **Seguro de responsabilidade civil geral no Brasil**. São Paulo: Editora Manuais Técnicos de Seguro, 1997.

SANTOS, Ricardo Bechara. **Direito de seguro no cotidiano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética**. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **“A responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea”**. Revista Trimestral de Direito Civil: vol. 2, abril/junho 2000.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade Civil Médica e Seguro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NOTAS:

[1] DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.7.

[2] JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Responsabilidade civil do médico*. RT 718/33 e Rev. *Jurídica Síntese* 231, jun. 1997.

[3] SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica civil, criminal e ética*. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 63.

[4] Há quem entenda, dentre os quais pode-se citar Aguiar Dias e Caio Mário da Silva Pereira, que a cirurgia plástica constitui exceção a este regra. Outros, como Humberto Theodoro Júnior, entendem que tal exceção abarca apenas as cirurgias plásticas estéticas.

[5] FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 392.

[6] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 539.

[7] STOCO, Rui. *Tratado de...* ob.cit., p. 539.

[8] Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra *Instituições de Direito Civil*: “Os caracteres jurídicos do contrato de seguro são: a) bilateral, porque gera obrigações para o segurado e para o segurador; b) oneroso, porque cria benefícios e vantagens para um e outro; c) aleatório, porque o segurador assume os riscos, sem co-respectividade entre as prestações recíprocas, e sem equivalência mesmo que se conheça o valor global das obrigações do segurado. (...); d) consensual, porque a forma escrita não é mais exigida para a substancia do contrato pelo novo Código Civil, que seguiu a tendência de considera-lo um contrato consensual (Orlando Gomes), com a sustentação de que o instrumento escrito é elemento de prova, suscetível de suprimento por outros meios (...); e) por adesão, uma vez que se forma com a aceitação do segurado, às cláusulas impostas pelo segurador na apólice impressa, não havendo discussão entre as partes (...). Devido a este caráter, incidem à hipótese os arts. 46 e 47 do Código do Consumidor (Lei 8.078/90), que determinam a interpretação mais favorável do contrato ao segurado, bem como supletivamente os arts. 423 e 424 do Código Civil, que protegem o aderente no contrato de adesão.”

[9] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 451.

[10] Firma posição isolada no sentido de ser a própria coisa, Waldemar Ferreira, em sua obra *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. 11. p. 494. Em sentido contrário, dentre outros, citam-se Pontes de Miranda, Caio Mário, Fran Martins e Orlando Gomes.

[11] DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 804.

[12] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de*, ob. cit., p. 470.

[13] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade Civil. Vol. VIII. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.203.

[14] SANTOS, Bechara Ricardo. *Direito de seguro no cotidiano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 505.

[15] Dentre eles Halperin e Aguiar Dias.

[16] Como exemplo da tendência da jurisprudência à adoção da corrente que admite a ação direta do terceiro contra o segurador, transcrevemos parte da fundamentação do voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no REsp 228.840-RS:

“De fato, me parece razoável a interpretação que afasta a ação direta porque não há contrato entre a vítima e o causador do dano. Esse argumento perde substância, ao meu sentir, pela simples razão de não ser possível desconhecer que o destino do contrato de seguro é, exatamente, cobrir o ressarcimento devido à vítima de ato ilícito praticado pelo segurado. Se o beneficiário do seguro nega-se a pagar a indenização, deixando de usar a cobertura do seguro, é razoável conferir legitimidade para que a seguradora cumpra o contrato, dando consequência ao agravo. Seria impor um retardo à prestação jurisdicional, em momento histórico que reconhece a instrumentalidade do processo.” (STJ, 3ª Turma, processo nº 228.840-RS, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ. 04.09.2000, p. 150)

[17] MORAES, Irazy Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 567.

[18] Dentre os quais pode-se citar Luzia Chaves Vieira e Roberto Lauro Lana.

[19] FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro médico*. 2.ed. Montes Claros: Unimontes, 2000. p.139.

[20] WEILER, Paul C. *Medical malpractice on trial, p. 2 e ss. Apud NETO, Miguel Kfourri. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001.p. 13.

[21] VIEIRA, Luzia Chaves de. *Responsabilidade...* ob. cit., p.135

[22] NETO, Miguel Kfourri. *Culpa...* ob. cit., p. 404.

[23] FARAH, Eduardo Elias e FERRARO, Leonora. *Como prevenir problemas com os pacientes*, 3. ed. São Paulo: Quest, 2000.p. 124.

[24] MENDONÇA, Luiz. *Jornal do Commercio*, 24 e 25.03.1989. *Apud* POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de Responsabilidade Civil geral no Brasil*, p. 699.

[25] VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade Civil Médica e Seguro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.138.

[26] CARVALHO, Regina Ribeiro Parizi. Parecer, Processo-Conconsulta CFM 6696/98, aprovado em sessão plenária de 12.11.1999, Arquivos CRM-PR, 17(68), 2000, p. 212.

[27] *A responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea*, in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 2, abril/junho 2000, p. 74.

[28] Instituto de Resseguros do Brasil. *Revista do IRB*, ano 37, n.214, out.-dez. 1977, p. 13.

[29] CARVALHO, Regina Ribeiro Parizi. Seguro contra o erro médico e a opção pelo conflito, *O Estado de São Paulo*, 24.02.2001.

[30] MORAES, Irany Novah. *Erro...* Ob. cit., . p. 569.

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO HÍGIDO E A POSSIBILIDADE DE RESISTÊNCIA DO EMPREGADO DIANTE DE CONDIÇÕES INSEGURAS DE TRABALHO

TAMARA DE SANTANA TEIXEIRA BURITI:
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós- Graduada em Direito do Estado pelo Instituto Excelência LTDA (Podivm) em parceria com a Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

RESUMO: O presente texto analisa o direito do trabalhador a um meio ambiente de trabalho seguro, observando os parâmetros normativos nacionais e internacionais aplicáveis à matéria, bem como a possibilidade do empregado oferecer resistência ao exercício da prestação de serviços diante de condições inseguras de trabalho.

Palavras-chave: Meio ambiente de trabalho. Direito ao meio ambiente de trabalho seguro. Direito de resistência do obreiro.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO; 3. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO; 3.1. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EM ÂMBITO INTERNACIONAL; 3.2. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NO ÂMBITO NACIONAL; 4. A INSEGURANÇA NO TRABALHO E O DIREITO DE RESISTÊNCIA DO TRABALHADOR; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O estudo da temática atinente ao meio ambiente de trabalho é de grande valia em face de ser no ambiente de labor que o indivíduo passa a maior parte de sua existência, como forma de garantir os meios de sua subsistência. Ademais, as elevadas e crescentes estatísticas de acidentes de trabalho típicos e doenças ocupacionais referendam a necessidade de tratar a segurança no labor como direito do obreiro, ensejando, inclusive, sua resistência diante de condições inseguras de trabalho.

É preciso salientar, nesse ponto, que a prestação de serviços em condições inseguras configura um quadro de afronta direta não só às normas trabalhistas positivadas no ordenamento jurídico, mas também à própria teleologia do Direito do Trabalho, que, desde sua criação, tem o objetivo de assegurar direitos e garantias ao empregado, conferindo maior dignidade ao labor humano.

Por tudo isso, então, o presente artigo dedica-se ao estudo do direito ao meio ambiente de trabalho seguro e da possibilidade de o empregado oferecer resistência ao exercício de uma prestação de serviço insegura, considerando as normas internacionais e nacionais relacionadas à matéria. Visa, ainda, evidenciar que o exercício do trabalho de modo seguro reafirma o trabalho como fonte de dignidade e cidadania, não se resumindo a um meio de produção de riqueza.

2. O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Com base na Lei n. 6938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), é possível conceituar o meio ambiente como “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Majoritariamente, o conceito de meio ambiente é unitário, sendo imprópria a sua apresentação em espécies ou classes, sob pena de gerar o esvaziamento de sua principiologia de unidade e de indivisibilidade do meio ambiente, que constituem preceitos basilares do Direito Ambiental^[1].

Por outro lado, visando à maior didática da matéria e considerando os parâmetros normativos trazidos no direito positivado, a doutrina majoritária divide o meio ambiente em natural, artificial, cultural e meio ambiente do trabalho. Todavia, é preciso salientar que há parcela minoritária da doutrina que inclui o meio ambiente do trabalho na classificação ambiente artificial^[2]. Feita essa ressalva, em razão do objeto do presente estudo, maiores considerações serão realizadas apenas em face do meio ambiente do trabalho.

O tratamento específico dedicado pela doutrina ao meio ambiente do trabalho traduz um apurado olhar voltado à realidade brasileira. De logo, consiste no reconhecimento de que o trabalho caracteriza uma maneira própria de interação do homem com a natureza, capaz de nela causar relevantes

alterações[3]. Outrossim, está em consonância com o expreso reconhecimento pela Constituição Federal de 1988, art. 200, inciso VIII[4], de que o meio ambiente de trabalho está inserido no conceito amplo de meio ambiente.

Após tais considerações, é possível conceituar o meio ambiente de trabalho como o conjunto de condições físicas e psíquicas em que é desempenhada a prestação do labor. É, por isso, um conceito bastante amplo, apto a abarcar as instalações físicas da empresa e demais locais de trabalho, mesmo que externos; as relações interpessoais de qualquer espécie travadas em virtude do serviço; e, ainda, a política de recursos humanos na qual a empresa lastreia sua gestão pessoal e empresarial[5].

O meio ambiente de trabalho, assim, consiste no local em que as pessoas realizam suas atividades laborais de conteúdo alargado, voltadas a garantir a própria subsistência do indivíduo. Justamente em face dessa característica, é o meio ambiente de trabalho local presente no cotidiano do trabalhador, no qual dedica grande parte do tempo de sua existência e onde se realiza enquanto profissional e, também, como pessoa humana. É com base nessa premissa, inclusive, que se estabelece o conceito de cidadania pelo exercício do trabalho, o que reforça a necessidade de uma proteção adequada e efetiva do meio ambiente de trabalho.

É imprescindível, portanto, que seja um ambiente marcado pela salubridade e pela ausência de fatores capazes de comprometer a incolumidade física e psíquica dos trabalhadores. Nesse contexto, então, releva notar a existência de um direito fundamental a um meio ambiente de trabalho hígido.

3. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO

O mais fundamental dos direitos humanos, consagrado em todas as Declarações internacionais, é o direito à vida, suporte para a existência e gozo dos demais direitos. Todavia, o direito à vida requer vida com dignidade e qualidade. Assim, para que o trabalhador possa, de fato, desfrutá-la com qualidade, são necessárias condições seguras e salubres de trabalho.

Não por outro motivo, portanto, é possível observar a existência de parâmetros normativos indicativos da existência de um meio ambiente de trabalho seguro tanto em nível internacional quanto em nível nacional. No âmbito

do direito doméstico, inclusive, a proteção ao meio ambiente de trabalho é exaustivamente realizada, sendo tratada, de logo, na Constituição Federal, e pormenorizada em dispositivos infraconstitucionais. É o que se passa a analisar.

3.1. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Principalmente após as Revoluções Industriais e o fim da Primeira Guerra Mundial, ficou claramente delineada a situação de intensa exploração da mão de obra pelo capital e a flagrante precarização da relação de trabalho. Nesse contexto, houve a necessidade de ruptura do paradigma então vigente, reafirmando o homem, inclusive o trabalhador, enquanto sujeito de direitos[6].

A caótica situação social dos trabalhadores ensejou a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) por meio do Tratado de Versalhes. Seu surgimento é um marco histórico, pois demonstrou a atenção internacional para a questão social do trabalhador, bem como a incessante promoção de um meio ambiente de trabalho sadio[7]. A OIT, desde seu início, capitaneia uma luta constante pela necessidade da ampla efetivação do trabalho decente e pela defesa dos direitos humanos no âmbito das relações laborais, sendo, por tal motivo, importante antecedente histórico na criação da Organização das Nações Unidas (ONU)[8].

Assim, com o término da Segunda Guerra Mundial, houve a criação das Nações Unidas (ONU), em 1945, sendo da sua razão de ser o combate à existência de novas guerras e o fomento ao progresso e a melhores condições de vida à população, o que, evidentemente, considera a necessidade de justiça e paz social.

Como consequência, em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu art. 23 estabelece que *“toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e a proteção contra o desemprego”*. Muito embora seja uma Declaração, consagrou-se como instrumento de “soft law”, de modo que, sob o ponto de vista formal, não é instrumento jurídico vinculante, mas vem sendo utilizada como vetor interpretativo de tratados e convenções internacionais, bem como seu teor é parâmetro a ser considerado para a aprovação e interpretação das normas domésticas dos Estados[9].

Há, ainda, no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que estabelece em seu art. 7º *“o direito de toda pessoa gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: (...) b) a segurança e a higiene do trabalho”*.

Já no bojo do sistema regional de proteção dos direitos humanos, o Protocolo de San Salvador, mais recente, que é caracterizado por trazer em seu teor direitos econômicos, sociais e culturais, também no mesmo sentido, tem previsão em seu art. 7º, alínea “e” o direito à segurança e higiene no trabalho.

A Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, de 1995, a seu turno, em seu art. 25, traz minuciosas considerações sobre o direito à saúde e à segurança no trabalho para os países membros do MERCOSUL, dentre eles o Brasil.

Cumpram-se mencionar, além disso, que diversas foram as Convenções editadas no âmbito da OIT com o intuito de salvaguardar o meio ambiente de trabalho, sendo muitas delas ratificadas pelo Brasil, o que referenda a preocupação da OIT em relação à temática do meio ambiente de trabalho [\[10\]](#).

Todavia, é o principal marco em matéria de saúde e segurança no trabalho a Convenção n. 155 da OIT, firmada em 1981 e ratificada pelo Brasil em 1992. Ela traz em seu corpo conceitos cruciais ao deslinde da temática, a exemplo da ampla aceção do “local de trabalho” (art. 3º, “c”), bem como o entendimento da “saúde” não só como a ausência de doenças, mas sim como *“os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”* (art. 3º, alínea “e”), de forma semelhante à atual concepção da Organização Mundial de Saúde (OMS) sobre o tema.

Além disso, revela a necessidade de fomento a uma política nacional de cada Estado-membro no sentido de evitar acidentes de trabalho e o surgimento de doenças ocupacionais. Traz previsão da greve ambiental como direito do trabalhador diante de condições inseguras de trabalho (art. 13), da responsabilidade ambiental conjunta de todos os tomadores de serviço na concretização de um meio ambiente de trabalho hígido (art. 17) e indica as maneiras pelas quais é concretizado o afastamento da exposição do trabalhador dos agentes agressivos a sua saúde (art. 16).

Saliente-se que as convenções, por sua própria natureza de Tratado multilateral, já ensejam o adimplemento por seus Estados-membros. É que o comprometimento do Estado em nível internacional é digno de cumprimento após a incorporação pelo rito o qual se obrigou, não podendo, em regra, nem mesmo invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um Tratado, consoante previsão da Convenção de Viena sobre Tratados, art. 27.

Ademais, o art. 5º, §2º da Constituição Federal traz uma cláusula de abertura, capaz de ampliar a noção de bloco de constitucionalidade, ao preconizar o respeito a outros direitos e garantias de Tratados e Convenções dos quais a República Federativa do Brasil seja parte, ainda que não previstos na Constituição Federal de 1988. Tais diplomas, portanto, servem de parâmetro normativo a ser respeitado pela legislação infraconstitucional, bem como são dignos de efetividade e exigibilidade enquanto direitos subjetivos^[11].

Merece menção, ademais, a existência de expressivo entendimento doutrinário segundo o qual as normas internacionais possuem a natureza de indisponibilidade absoluta no contexto das relações de trabalho. Significa dizer que possuem natureza cogente, não podendo ser reduzidas ou afastadas por convenção das partes na formação e execução do contrato de trabalho, nem mesmo pela pactuação coletiva, na qual se pressupõe o equilíbrio entre os entes coletivos. Compõem, em verdade, o rol de temas caracterizadores do que se convencionou chamar de patamar mínimo civilizatório, sem o qual se nega a viabilidade da vida digna em sociedade^[12].

Nesse contexto, então, releva notar que o direito a um meio ambiente de trabalho seguro, reiteradamente previsto nos Tratados e Convenções internacionais dos quais o Brasil é parte, assume caráter obrigatório, não sendo justificável qualquer esquiva em concretizá-lo no plano prático. Assim, já na seara internacional, possui o empregador o dever de implementar um ambiente de trabalho seguro, mormente diante da eficácia horizontal (ou diagonal), direta e imediata dos direitos fundamentais, que são perfeitamente aplicáveis no âmbito das relações entre particulares, tal como a relação de trabalho (art. 5º, §1º, Constituição Federal^[13]).

3.2. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NO ÂMBITO NACIONAL

No âmbito do direito doméstico, é direito fundamental dispor de um meio ambiente de trabalho saudável, nos termos do art. 225 da Constituição Federal, que dispõe expressamente ser direito de todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, *“bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*.

Sabe-se que o legislador, mormente o constituinte, não escolhe palavras inúteis. Logo, a expressão “todos” utilizada no dispositivo em tela traduz o alcance geral da norma e reforça a universalidade do direito ao meio ambiente, característica essas inerentes aos direitos fundamentais. Além disso, por estar o meio ambiente do trabalho inserido no amplo conceito de meio ambiente, sua proteção engloba, conseqüentemente, todos os seres humanos, o que reforça sua fundamentalidade^[14].

Acrescente-se que, com o intuito de garantir a proteção do meio ambiente do trabalho, o art. 200, inciso VIII, da Constituição Federal indica expressamente como uma das tarefas do Sistema Único de Saúde (SUS) “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

É, também, de suma importância a inteligência da norma contida no art. 7º, XXII da Constituição Federal de 1988, que expressamente assegura aos trabalhadores o direito *“à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”*. Esse dispositivo, de forma direta, indica que o empregado tem direito a uma contínua e permanente melhora de suas condições de trabalho, sobretudo no que toca à redução dos riscos inerentes à prestação de serviço. Ou seja, não é suficiente uma redução de riscos única e pontual na linha do tempo (princípio do risco mínimo progressivo)^[15], diante das necessidades inerentes do direito fundamental tutelado, bem como de se considerar e incorporar a atualização das técnicas de proteção à saúde do obreiro.

O art. 7º, inciso XXIII da Constituição Federal garante, ainda, o pagamento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade pelo empregador como forma de compensação pelo labor em condições adversas à saúde do obreiro (salário-condição). Sua finalidade, na origem, era, também, a de estimular a neutralização dos agentes nocivos por parte do empregador, para que, como consequência, cortasse os gastos com tais adicionais. Todavia, na atualidade,

objetivo dessa norma vem sendo desvirtuado, em razão da “monetização do risco”, sobretudo porque o valor dos adicionais é tão ínfimo que, por vezes, mostra-se mais interessante manter os agentes nocivos em vez de promover sua neutralização[16].

É garantido, ainda, “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, com base no art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal. Com tal regra, frisou o legislador o dever de responsabilização por parte do empregador quando com sua conduta, seja dolosa ou culposa, colaborar para a ocorrência do acidente de trabalho. Nessa senda, reforça o dever do empregador em garantir um meio ambiente de trabalho seguro, portanto.

Releva notar, com base nas normas acima arroladas, que o legislador constituinte deu especial atenção à necessidade de um ambiente de trabalho seguro. E esta tutela tem afinidade, inclusive, com a promoção da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, ambos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos III e IV da Constituição Federal), que devem guiar a atuação do Estado no âmbito legislativo, jurídico e executivo, bem como o empregador e o tomador de serviços[17].

Está em conformidade, também, com a orientação de que a ordem econômica deve se fundar não só na livre iniciativa, mas também na valorização do trabalho, observando como princípio a defesa do meio ambiente (art. 170, caput c/c inciso VI, da Constituição Federal), para que seja assegurada a existência digna para todos, nos termos da justiça social.

Há, ainda, diversas previsões constitucionais que reforçam o dever de proteção à saúde, a exemplo do art. 6º e 196 da Constituição Federal, os quais devem ser implementados em sua máxima efetividade, inclusive no que toca ao meio ambiente de trabalho, sob pena de atalhamento constitucional e de proteção insuficiente desse direito.

No plano infraconstitucional, a Lei 6938/1981 estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, voltada a melhor disciplinar a questão ambiental. Nesse passo, acolheu como um de seus objetivos a proteção da dignidade da pessoa humana, mediante, inclusive, a aplicação do princípio do acompanhamento do Estado na

qualidade ambiental. Em tal normativa, ademais, são trazidos conceitos que podem ser utilizados, na seara trabalhista, no âmbito do meio ambiente laboral[18], a exemplo do conceito de degradação da qualidade ambiental e da poluição ambiental, por aplicação da Teoria francesa do Diálogo das Fontes ou de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Especificamente no âmbito do Direito do Trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), possui extenso leque de normas voltadas a gerenciar o meio ambiente de trabalho, notadamente nos artigos 156 a 158, 160, 161, 184 e 200 da CLT. Inclusive, o art. 160 da CLT expressamente condiciona o início do funcionamento de empresa à prévia inspeção e aprovação das suas instalações pela autoridade competente em matéria de segurança e medicina do trabalho, referendando a relevância da questão ambiental para o exercício da atividade empresária.

Saliente-se, ainda, que as normas contidas na CLT são apenas regras mínimas a serem observadas no ambiente de trabalho, de modo que outros instrumentos normativos podem ser editados e utilizados para melhor reger preceitos nessa seara, conforme consta no art. 154, CLT.

Ademais, o art. 155, inciso I, CLT, permite ainda a regulamentação de seus dispositivos por normas produzidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, conhecidas como Normas Regulamentadoras (NRs), as quais também se mostram valiosas no estabelecimento de parâmetros específicos de condições de trabalho seguras e que possui o empregador o dever de cumprir e fazer cumprir (art. 157, I da CLT).

Frise-se que, em caso de descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalhador, é cabível a aplicação de penalidades administrativas, de competência do Ministério do Trabalho e Emprego. Além disso, seu descumprimento é tipificado como contravenção penal, de acordo com o art. 19, §2º, da Lei 8213/1991 – e só as matérias consideradas de tutela imprescindível são abraçadas pela esfera penal, que consiste naquilo que se consolidou como última “*ratio*”.

Cabe ser mencionado, ainda, pois oportuno, que, diante de sua extrema importância, as normas de medicina e segurança no trabalho, para doutrina e

jurisprudência majoritária, também são consideradas como de indisponibilidade absoluta, compondo a noção de patamar mínimo civilizatório^[19].

Até mesmo o novel dispositivo contido no art. 611-A, inciso XII da CLT, fruto da recente reforma trabalhista, que padece de graves vícios acerca de sua convencionalidade e constitucionalidade, teve que ser alterado pela Medida Provisória nº 808, de 2017, a fim de, alguma forma, compatibilizar-se com a normativa internacional a qual o Brasil se obrigou, bem como com as previsões constitucionais existentes. Veja-se:

Art. 611-A, CLT. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(...)

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, *desde que respeitadas, na **integralidade**, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;* (grifos aditados).

Ora, de fato, a matéria de meio ambiente do trabalho, em razão do princípio da adequação setorial negociada e do seu caráter de indisponibilidade absoluta, bem como pela dimensão objetiva e subjetiva dos direitos humanos, não deve ser passível de redução em sua protetiva pela autonomia privada coletiva. Todavia, após a ressalva trazida pela Medida Provisória, com a expressa menção da necessidade de respeito, na integralidade, das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em NRs do Ministério do Trabalho, é demonstrado o reconhecimento pelo legislador da impossibilidade de desconsiderar toda a normativa existente ao se elaborar instrumentos coletivos no âmbito da relação de trabalho.

Traz-se, com isso, um parâmetro objetivo de impugnação dos diplomas que estejam em desconformidade com essa previsão, calcada na expressa literalidade do dispositivo. Dessa forma, embora no entendimento da maioria da doutrina, com o qual concorda a autora, não seja possível a alteração do grau de insalubridade e a prorrogação de jornada em locais insalubres sem a prévia análise e anuência da autoridade competente do Ministério do Trabalho, sobretudo em virtude do retrocesso social havido em relação à normativa aplicável anteriormente, a literalidade da condição exposta limita a possibilidade de atuação dos atores coletivos aos termos das normas heterônomas estatais, cogentes, garantidoras da saúde e segurança no trabalho.

Nesse contexto, então, releva notar que há farta normativa positivada no ordenamento jurídico pátrio garantidora de um meio ambiente de trabalho hígido como direito do trabalhador, seja de modo expreso, seja por utilização de métodos hermenêuticos, a fim de melhor assimilar a finalidade da norma pelo operador do direito. Ademais, é a segurança no trabalho valor tão caro que são previstas sanções cíveis, administrativas e penais quando aviltada pelo empregador ou tomador de serviço. Portanto, inegável e irreparável o direito do obreiro ao trabalho seguro.

4. A INSEGURANÇA NO TRABALHO E O DIREITO DE RESISTÊNCIA DO TRABALHADOR

O “*jus resistantiae*” ou direito de resistência consiste na prerrogativa do empregado de se recusar a cumprir ordem ilegal ou que afronte seus direitos em sentido amplo, sendo a forma de o trabalhador garantir sua liberdade e dignidade. É, desse modo, um contraponto ao poder patronal, que deve respeitar não só os direitos típicos trabalhistas do empregado, mas também seus direitos fundamentais e da personalidade (art. 11 e seguintes do Código Civil combinados com o art. 5º, “caput”, e art. 5º, §1º e art. 7º da Constituição Federal), devendo empregado e empregador atuarem com boa-fé e lealdade, diante da existência de tais deveres anexos de conduta também no âmbito do contrato de trabalho (art. 421 do CC e art. 8º da CLT)[20].

Nesse ponto, o direito de resistência do obreiro perfeitamente pode ser manejado diante de um quadro de exposição a condições inseguras de trabalho, nos quais, segundo o entendimento já defendido neste trabalho, há afronta a

direito fundamental do empregado ao trabalho seguro. É, nesse ponto, uma aplicação do princípio ambiental da precaução. Assim, são exemplos de condições inseguras a ensejar o direito de resistência as irregularidades técnicas, o não fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPI), o descumprimento das normas de higiene, saúde e segurança e medicina no trabalho e das normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho, dentre outras[21].

Em casos de considerável insegurança para o desempenho das atividades laborais, deve ser aplicada a técnica de ponderação de interesses, concordância prática ou cedência recíproca entre o direito de propriedade, de continuidade da atividade e lucro do empregador (art. 5º, XXII da CF e art. 2º, CLT) e a vida e segurança do obreiro (tão amplamente tutelada na ordem internacional, constitucional e infraconstitucional), casuisticamente. Todavia, sempre considerando as peculiaridades do caso concreto, esses últimos valores tendem a prevalecer, diante da amplitude de alternativas de que goza o empregador de continuar o exercício de sua atividade pela implementação de modalidades seguras de técnicas para a sua atuação empresarial.

Dessa forma, diante de condições inseguras de trabalho, sobretudo em casos de grave e iminente risco, com base numa aplicação analógica das noções da NR 3, item 3.1.1 do MTE, o empregado poderá exercitar seu direito de resistência, tendo como alternativas: a) considerar rescindido o seu contrato e pedir a indenização pertinente (art. 483, a, c ou d da CLT); b) caso prefira, poderá apenas suspender a prestação dos serviços (art. 483, § 1º da CLT); c) e, ainda, optar por continuar ou não no serviço até final decisão do processo, se decidir acionar o Poder Judiciário para ter o reconhecimento de seu direito (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal c/c art. 483, § 3º da CLT) [22].

Todavia, considerando que é a busca do pleno emprego princípio da ordem econômica (art. 170, inciso VIII da Constituição Federal), a conservação dos postos de trabalho deve ser prestigiada sempre que possível[23], dando máxima eficácia às previsões constitucionais e fazendo reverência aos princípios da proteção, da continuidade da relação de emprego, do valor social do trabalho e, especialmente, da dignidade da pessoa humana.

Na mesma tentativa de conservar os postos de trabalho e, concomitantemente, oferecer resistência a condições sérias e iminentes perigo na

prestação de serviço em condições inseguras destaca-se a noção de greve ambiental, já essa de cunho coletivo. Consiste, em apertada síntese, no direito do indivíduo, exercido coletivamente, de se abster do labor para não ter sua saúde física e/ou psíquica posta em risco grave ou iminente[24].

Apesar de não existir previsão constitucional de sua possibilidade, a Constituição Federal dá ampla liberdade aos trabalhadores a fim de escolher os interesses que desejam tutelar mediante o exercício do direito de greve (art. 9º da Constituição Federal). Além disso, os preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais, como o de greve, não podem ser interpretados de forma restritiva, devendo ser interpretada a lei de Greve à luz da Constituição Federal, em uma autêntica e necessária filtragem constitucional que pode, nesse caso, relativizar seus requisitos para concretização diante da necessidade de tutela à vida e à saúde do trabalhador.

Acrescente-se, ainda, que o direito de resistência do trabalhador diante de condições inseguras de trabalho exercitado em nível coletivo tem previsão normativa no art. 13 da Convenção n. 155 da OIT[25], que permite que o empregado interrompa a prestação de serviço quando constatar que as condições de trabalho ocasionam risco grave e iminente para sua vida ou saúde. E tal normativa foi devidamente ratificada pelo Brasil, sendo inteiramente passível de aplicação no ordenamento pátrio.

Mais recentemente, a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, art. 25, item 11, trouxe também previsão de semelhante teor[26].

Por isso, considerando que ambos são diplomas internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faz parte, trata-se a greve ambiental de instituto perfeitamente aplicável à realidade brasileira, como já defendido no presente estudo.

Ademais, o entendimento mais recente do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que é possível a greve ambiental, desde que existentes riscos que vão além da insegurança comum. Assim, em casos de risco graves e iminentes, é possível a flexibilização dos requisitos trazidos na Lei 7.783/89[27].

É, também, tema que já se faz presente no âmbito do direito comparado, a exemplo do caso francês da recusa da prestação de serviço dos empregados da

companhia aérea *Air France* diante das inseguras condições de trabalho a bordo das aeronaves, tendo alcançado os efeitos pretendidos com a conduta obreira[28]. Logo, revela-se como tendência para a solução de conflitos envolvendo a segurança nas relações de trabalho.

Saliente-se que, se ao exercitar o seu direito de resistência, seja em nível coletivo, seja em nível individual, o empregado for dispensado, tal conduta patronal pode ser considerada ato discriminatório, ensejando o direito à reparação pelo dano moral para o obreiro. Permite-se, ainda, que o empregado exerça a faculdade de escolher entre a reintegração, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, ou a percepção da remuneração do período de afastamento em dobro, ambas corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros legais, na forma do art. 4º da Lei 9.029/1995[29].

Por fim, os casos de insegurança no meio ambiente de trabalho são vocacionados à atuação do Ministério Público do Trabalho, que tem a missão constitucional de garantir a defesa e promoção dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho e de realizar a tutela incessante da ordem jurídica e dos direitos metaindividuais, por aplicação dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal e do art. 83 da Lei Complementar 75/93.

Para tanto, conta com variados instrumentos, a exemplo do inquérito civil, do termo de ajustamento de conduta e da ação civil pública, a fim de: a) apurar as ilicitudes noticiadas; b) impedir a ocorrência, continuidade ou repetição de ilícito em matéria de segurança no trabalho, pelo manejo da tutela inibitória, mediante imposição de obrigações de fazer e não fazer (art. 5º, XXXV da CF e art. 497, parágrafo único do Código de Processo Civil); c) buscar a reparação dos danos havidos à coletividade lesada, pela via do dano moral coletivo, com amparo no princípio da reparação integral (art. 5º, V e X da CF, art. 13º da Lei 7347/85, art. 6º, do CDC; art. 186, 187 e 927 do CC).

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível concluir que o meio ambiente de trabalho seguro e hígido é um direito humano e fundamental assegurado por ampla

normativa internacional e pelo ordenamento doméstico, devendo, portanto, ser garantido em sua máxima efetividade e com eficácia direta, objetiva e imediata.

Assim, tem o empregado o direito de resistência diante de condições inseguras de trabalho, o que compreende desde a possibilidade de considerar existente a rescisão indireta de seu contrato de trabalho até a possibilidade de apenas suspender o exercício dos serviços.

Outrossim, é também possível a ocorrência de greve ambiental, com relativização dos requisitos contidos na lei de Greve, à luz de uma filtragem constitucional, pois o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente hígido, enquanto direitos fundamentais, são parâmetros de aplicação e interpretação da normativa infraconstitucional.

Por fim, é possível mencionar, ainda, o papel emblemático do Ministério Público do Trabalho, que, sobretudo na seara da tutela do meio ambiente de trabalho, tem relevante atuação no sentido de promover os direitos fundamentais dos trabalhadores, seja pela via extrajudicial, seja na via judicial, tendo como amparo a tutela inibitória e reparatória da comunidade lesada.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos – Coleção sinopses para Concursos**. Salvador: JusPodvim, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: . Acesso em: 10 julho de 2016.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: . Acesso em: 12 de julho de 2016.

_____. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 novembro 1981.

_____. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 de julho de 1992.

_____. Decreto n. 1254, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção n 155 da Organização Internacional do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 de setembro de 1994.

_____. Decreto n. 3321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo San Salvador”. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1999.

_____. Lei 20406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

CASAGRANDA, Mariana. Normas de proteção nacional e internacional do meio ambiente de trabalho. *In*: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Estudos aprofundados Ministério Público do Trabalho**. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 196.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª edição. São Paulo: LTr, 2014. p.214-215.

DESCONZI, Bruna Iensen. Meio ambiente do trabalho na administração pública: ênfase à atuação do Ministério Público do Trabalho. *In*: SABINO, João Filipe Moreira Lacerda; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org). **Direitos fundamentais do trabalho na visão de Procuradores do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 21.

FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 195.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Meio ambiente do trabalho e direitos fundamentais: responsabilidade civil do empregador por acidentes do trabalho, doenças ocupacionais e danos ambientais. **Revista O Trabalho**, n. 153, nov./2009. p. 5285.

GROTT, João Manoel. **Meio ambiente do trabalho – prevenção – a salvaguarda do trabalhador**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 82.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho: direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001. p. 28.

_____, Sandro Nahmias. Greve ambiental: Direito de exercício coletivo. **Revista LTr**. São Paulo, dezembro de 2015.

Notícia: **TST declara abusiva paralisação não caracterizada como greve ambiental** < http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/tst-declara-abusiva-paralisacao-nao-caracterizada-como-greve-ambiental?inheritRedirect=false >. Acesso em 08/12/2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011. p. 148.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

SANTOS, Adelson Silva dos. **Fundamentos do direito ambiental do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p. 81.

ZWICKER, Igor de Oliveira. O direito de resistência do empregado (*ius resistentiae*) diante de condições inseguras de trabalho. *In* **Jornal do 56º congresso brasileiro de Direito do Trabalho**. LTr.

NOTAS:

[1] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Meio ambiente do trabalho e direitos fundamentais: responsabilidade civil do empregador por acidentes do trabalho, doenças ocupacionais e danos ambientais. **Revista O Trabalho**, n. 153, nov./2009. p. 5285.

[2] DESCONZI, Bruna Iensen. Meio ambiente do trabalho na administração pública: ênfase à atuação do Ministério Público do Trabalho. *In*: SABINO, João Filipe Moreira Lacerda; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org). **Direitos fundamentais do trabalho na visão de Procuradores do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 21.

[3] CASAGRANDA, Mariana. Normas de proteção nacional e internacional do meio ambiente de trabalho. *In*: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Estudos aprofundados Ministério Público do Trabalho**. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 196.

[4] CF, Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
(...)
VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

[5] MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho: direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001. p. 28.

[6] CASAGRANDA, Mariana. Normas de proteção nacional e internacional do meio ambiente de trabalho. *In*: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Estudos aprofundados Ministério Público do Trabalho**. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 200.

[7] MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho: direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001. p. 47

[8] BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos – Coleção sinopses para Concursos**. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 106.

[9] BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos – Coleção sinopses para Concursos**. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 141.

[10] CASAGRANDA, Mariana. Normas de proteção nacional e internacional do meio ambiente de trabalho. *In*: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Estudos aprofundados Ministério Público do Trabalho**. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 202

[11] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

[12] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª edição. São Paulo: LTr, 2014. p.214-215.

[13] Constituição Federal de 1988, art. 5º. (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[14] SANTOS, Adelson Silva dos. **Fundamentos do direito ambiental do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p. 81.

[15] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011. p. 148.

[16] GROTT, João Manoel. **Meio ambiente do trabalho – prevenção – a salvaguarda do trabalhador**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 82.

[17] CASAGRANDA, Mariana. Normas de proteção nacional e internacional do meio ambiente de trabalho. *In*: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Estudos aprofundados Ministério Público do Trabalho**. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 205.

[18] GROTT, João Manoel. **Meio ambiente do trabalho – prevenção – a salvaguarda do trabalhador**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 87.

[19] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª edição. São Paulo: LTr, 2014. p.214-215.

[20] FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 195.

[21] ZWICKER, Igor de Oliveira. O direito de resistência do empregado (*jus resistantiae*) diante de condições inseguras de trabalho. *In* **Jornal do 56º congresso brasileiro de Direito do Trabalho**. LTr. p. 51.

[22] ZWICKER, Igor de Oliveira. O direito de resistência do empregado (*jus resistantiae*) diante de condições inseguras de trabalho. *In* **Jornal do 56º congresso brasileiro de Direito do Trabalho**. LTr. p. 51.

[23] ZWICKER, Igor de Oliveira. O direito de resistência do empregado (*jus resistantiae*) diante de condições inseguras de trabalho. *In* **Jornal do 56º congresso brasileiro de Direito do Trabalho**. LTr. p. 51.

[24] MELO, Sandro Nahmias. Greve ambiental: Direito de exercício coletivo. **Revista LTr**. São Paulo, dezembro de 2015. p. 14.

[25] Convenção 155 da OIT, art. 13: Em conformidade com a prática e as condições nacionais deverá ser protegido, de conseqüências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde.

[26] Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, art. 25, item 11: A legislação e as práticas nacionais deverão garantir que os trabalhadores possam se recusar a desenvolver suas atividades laborais, sempre que houver condições de risco grave e iminente, sem prejuízo para eles, conforme a legislação e usos nacionais.

[27] Notícia: **TST declara abusiva paralisação não caracterizada como greve ambiental** < http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/tst-declara-abusiva-paralisacao-nao-

[caracterizada-como-greve-ambiental?inheritRedirect=false](#) >. Acesso em 10/12/2017.

[28] MELO, Sandro Nahmias. Greve ambiental: Direito de exercício coletivo. **Revista LTr**. São Paulo, dezembro de 2015. p. 16.

[29] ZWICKER, Igor de Oliveira. O direito de resistência do empregado (*jus resistentiae*) diante de condições inseguras de trabalho. *In* **Jornal do 56º congresso brasileiro de Direito do Trabalho**. LTr. p. 51.

UMA ANÁLISE TEÓRICA DA TENTATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO GRUPO AGRENCO

MAURÍCIO SCHIBUOLA DE CARVALHO:
Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pós Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

RESUMO: O presente trabalho consiste em um estudo de caso da falência e da tentativa de recuperação judicial do Grupo Agrenco no Brasil. O estudo analisa os planos de recuperação judicial propostos, especialmente as cláusulas do 4º Plano de Recuperação Judicial. Assim, pode-se verificar, neste artigo, desde os motivos que levaram a empresa a buscar a recuperação judicial até as causas do seu insucesso.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Judicial. Falência. Grupo Agrenco. Lei nº 11.101/05.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Recuperação Judicial: 2.1. Conceitos e características; 2.2. Motivos determinantes para a crise; 2.3. Os planos para a recuperação da empresa: 2.3.1. Introdução e objetivo do Plano; 2.3.2. Credores da recuperação; 2.3.3. Premissas para a consecução do Plano; 2.3.4. Condomínio de credores; 2.3.5. Garantias fiduciárias; 2.3.6. Alienação de ativos e de unidades produtivas isoladas; 2.3.7. Novos financiamentos; 2.3.8. Operação e administração do Grupo Agrenco (Brasil); 2.3.9. Opção de compra de ações e opção de compra de ativos; 2.3.10. Condições resolutivas; 2.3.11. Pagamento aos credores; 2.3.12. Vencimento antecipado da dívida; 2.3.13. Disposições finais; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

A escolha do tema se deu pela complexidade do caso de tentativa de recuperação judicial e posterior falência do conglomerado de empresas do Grupo Agrenco: AGRENCO DO BRASIL S/A, AGRENCO SERVIÇOS DE ARMAZENAGEM LTDA., AGRENCO ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/A e AGRENCO BIOENERGIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ÓLEOS E BIODIESEL LTDA.

Tendo sido afetada pela crise econômica de 2008, a empresa Agrenco do Brasil S/A, originada da Agrenco NV – holding e sócia controladora -, foi atacada pela Operação Influenza, a qual consistiu numa investigação conjunta da Polícia Federal e da Receita Federal (brasileiras) de crimes financeiros, a exemplo

dos crimes de lavagem de dinheiro, práticas cambiais ilegais e fraudes em licitações.

Afirmou a empresa que, após dois dias da diligência da PF, passou a possuir dívida de R\$860 milhões de reais por causa da diminuição brusca no valor das ações negociadas na bolsa de valores. O impacto da Operação Influenza ocorreu devido a diversos fatores, dentre eles ter a PF apreendido, em sua sede, todos os seus documentos e registros, o que aconteceu 10 dias antes do fechamento do segundo trimestre de 2008. Por conseguinte, a empresa não entregou seu Informe Trimestral (ITR) à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), acarretando a suspensão da negociação de ações.

Diante desse cenário – ausência de possibilidade de entrega do ITR e desgaste da imagem pela imprensa – a empresa começou a ter de se desfazer rapidamente de bens, havendo a necessidade, assim, de ceder à pressão dos credores, os quais viraram verdadeiros algozes de última hora. Vale ressaltar que tal operação foi posteriormente anulada pelo Judiciário em razão da utilização de meios ilegais de colheita de provas^[1].

As respostas para as crises financeiras empresariais variam muito de acordo com o país afetado, comprovando a ausência de solução para o problema. Cada país tem encontrado respostas próprias à questão da recuperação judicial das empresas. Fábio Ulhôa demonstra essa diversidade de soluções de forma resumida:

Há os que procuram criar mecanismos preventivos (direito francês), enquanto outros só tratam da reorganização da atividade falida (alemão). Há os que se limitam a criar um ambiente favorável à negociação direta entre os envolvidos (norte-americanos) e também os que determinam a intervenção judicial na administração da empresa em dificuldade (italiano)^[2].

O princípio da continuidade das empresas e o da função social, os quais vigem no Brasil e regem o instituto da recuperação judicial, fazem com que o Estado tenha o dever de zelar pela saúde econômico-financeira dos estabelecimentos existentes em seu território, a fim de proteger não só a empresa, mas também seus empregados e a própria economia nacional.

Como consequência deste contexto, as empresas em questão foram compelidas a pleitear, em 2008, sua recuperação judicial, a qual será analisada. Inicialmente, o plano proposto foi aceito, contudo, as obrigações convencionadas não foram satisfeitas, de modo que levou a necessidade de alteração do mesmo, a qual dependia do crivo dos credores. Estes, entretanto, após a aceitação de

diversas alterações ao longo dos anos, discordaram da viabilidade da nova reestruturação apresentada.

Houve, em 2013, deste modo, a convalidação da recuperação judicial em falência em virtude da hipótese contida no inc. III do art. 73 da Lei 11.101/2005 (LRFE), a qual determina que: *“O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei”*. É a situação em que a Assembleia Geral de Credores rejeita o plano de recuperação judicial, neste caso, não sendo o mesmo aprovado em duas classes de credores: a dos com garantia real e a dos quirografários.

Embora a sentença de falência tenha constatado a não existência de abuso por parte dos credores, exercendo estes o direito subjetivo de voto, muito se especulou acerca da ocorrência de fraude por parte deles, tendo supostamente agido contrariamente à boa-fé e levando de maneira proposital a empresa à qualidade de massa falida.

2. Recuperação Judicial

2.1. Conceitos e características

A priori, faz-se mister, para começar o estudo, pontuar a necessidade de enxergar a empresa como pessoa jurídica complexa, envolvida por uma série de relações contratuais, cujos interesses não se restringem aos dos empresários. Diante da quantidade de interesses envolvidos – empresários, credores, Estado e sociedade -, surgiu-se a necessidade de regular a insolvência (estado de fato) das empresas, criando-se, portanto, a Lei 11.101/05 - Lei de Falências e Recuperação de Empresas brasileiras. Tal observação foi feita também pelo juiz da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo na sentença que negou o pedido de recuperação judicial da Agrengo em 2013, cabendo aqui transcrever o excerto:

O instituto da recuperação judicial foi concebido pela Lei 11.101/05 para promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (art. 47, da LF). O benefício concedido pela Lei aos empresários em crise objetiva permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Não apenas preserva-se com o instituto o interesse dos credores, diretamente atingidos pela eventual decretação da falência, mas também do Estado, cuja higidez do sistema econômico e confiança do mercado são dependentes da solvência dos agentes.

Pode-se dizer que a LRFE possui como fundamentos deontológicos a função social da empresa, o princípio preservacionista da empresa, a participação ativa dos credores na condução do processo e a superação da crise da empresa através de uma solução de mercado (geralmente advinda dos credores, por entenderem mais de mercado).

A recuperação judicial tem natureza jurídica contratual e processual, haja vista consistir em acordo entre o devedor e seus credores (não ocorrendo sem a anuência destes) e ser realizada através de procedimento jurisdicional e oficioso. Essa natureza contratual é ratificada pelo juiz na mesma decisão alhures mencionada, vejamos:

De modo a garantir a reestruturação efetiva da atividade, ao contrário da concordata, a Lei garantiu aos credores da empresa a efetiva participação no processo de recuperação. Nessa reestruturação, a participação dos credores é ativa e a superação deveria ser baseada em um plano de reestruturação que promovesse o desenvolvimento da atividade comprometida, mediante a aprovação da maioria qualificada dos credores em Assembleia.

O objetivo da recuperação judicial é previsto no art. 47, o qual afirma como objetivos da recuperação judicial *“permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”*. Nesse diapasão, nota-se estar a Lei intrinsecamente conectada com os princípios gerais da ordem econômica, previstos no art. 170 da CF/88, especialmente os da função social da propriedade, da livre concorrência e da busca do pleno emprego.

O devedor entra com o pedido de recuperação judicial, devendo os credores o aceitar de forma tácita - caso não se manifestem - ou de forma expressa, através de assembleia de credores, rejeitá-lo ou modificá-lo (contraproposta que deve ser aceita expressamente).

Não é proveitoso para o Estado, em nome da coletividade, admitir a recuperação judicial de todas as empresas, devendo observar se o processo, ao final, retribuirá à sociedade o investimento feito. Em grande parte dos casos, devido a inúmeros fatores – expostos mais adiantes – é melhor a decretação da falência ainda em seu limiar.

Contudo, o instituto não pode, sob o fundamento da função preservacionista da empresa e com a anuência do Judiciário, servir à frustração

dos créditos dos credores, desfigurando o instrumento e fazendo com que se torne meio usado para lesar não apenas a quem se deve, mas também o mercado. Desse modo decidiu o juiz do caso em questão na decisão supracitada:

(...) ao longo de todos esses anos evidenciou-se que as empresas recuperandas não possuem capacidade produtiva apta a satisfazer a demanda, não possuem uma estrutura organizacional hígida e sólida para lidar com seu passivo, bem como não possuem condições de se reestruturar e desenvolver atividade produtiva de modo a reverter o quadro deficitário em que ingressaram. Logo, o princípio da preservação da empresa, não absoluto, não deve ser aplicado, sob pena de não se garantir a própria segurança dos demais agentes do mercado. As empresas devem ser extirpadas do mercado para que os recursos e fatores de produção sejam empregados em uma atividade mais útil a todo o sistema.

Nesse diapasão, será primordial a ponderação de diversos fatores antes da concessão da recuperação judicial. Fabio Ulhôa, a fim de criar critérios mais objetivos para o aferimento da capacidade da empresa devolver à sociedade o gasto empregado, fala de um exame de viabilidade, composto de diversos fatores, quais sejam: a) a importância social (relevância da empresa para economia); b) mão de obra e tecnologia empregadas; c) volume do ativo e passivo; d) idade da empresa; e) porte econômico. Tais fatores deverão ser analisados em conjunto e de modo sistemático, não podendo, por exemplo, aceitar o pedido de recuperação judicial de empresa com pouca relevância econômica, baixa utilização de mão de obra, tecnologicamente atrasada e baixo porte econômico apenas devido à idade e tradição da empresa.

In casu, alguns desses fatores da Agreco certamente foram levados em consideração para a análise dos pedidos recuperação judicial. Primeiro, a importância social, que é relevante, uma vez que a empresa, funcionando, tem capacidade para processar 2% da soja brasileira[3]. A empresa, segundo seus executivos, é capaz de gerar uma receita anual de US\$ 1,3 bilhão (cerca de R\$ 2,8 bilhões).

Em relação à mão de obra empregada, em novembro de 2011, demitiu 108 funcionários do quadro total (120 funcionários), por causa da falta de caixa, faltando dinheiro até para comprar soja, restringindo as atividades a esmagar a soja que já tinha armazenada. No tocante à tecnologia, tinha duas unidades produtoras de biodiesel, uma no Mato Grosso e outra no Mato Grosso do Sul. O complexo de Alto Araguaia tinha capacidade anual para esmagar 900 mil toneladas de soja e produzir 630 mil toneladas de farelo de soja, além de 176 mil toneladas de óleo de soja, sendo o único do Brasil com produção integrada e

tecnologia que permite flexibilidade para a produção de diversos tipos de farelos, óleos vegetais, biodiesel, além de energia elétrica. [4]

Já o volume do passivo foi certamente o maior empecilho para lograr êxito nas recuperações judiciais, pois possuía dívida de cerca de 1,5 bilhão. No tocante à idade da empresa, podia ser considerada nova, tendo sido criada em 2004.

2.2. Motivos determinantes para a crise

Interessante é ter a empresa, em 2007, captado o valor de R\$ 666 milhões de reais em oferta pública inicial de recibos de ações na BM&FBovespa, cuja finalidade da verba seria financiar a expansão, através da construção de três processadores de soja, e pagar as dívidas. [5]

Apenas oito meses após estrear na Bolsa, a multinacional brasileira entrou em colapso, com os principais executivos presos pela Polícia Federal e as ações despencando para 88% do seu valor.

Entende a holding holandesa ter sido a prisão do fundador e de 30 de seus executivos pela Polícia Federal, na Operação Influenza, que investigava crimes de fraude e lavagem de dinheiro, a grande causa para o desmoronamento dos negócios[6]. Pode-se afirmar ter razão a holding, tendo em vista o consequente desgaste da imagem e a apreensão dos livros e documentos da empresa, os quais demoraram a retornar, e quando retornaram, estavam desordenados. Por corolário lógico, levou-se tempo para organizar todo o material apreendido, que são essenciais para a administração da empresa. Ademais, em decorrência da operação, credores começaram a se movimentar para obter os vencimentos e fornecedores desviaram suas produções para outras *tradings* com medo de não receber[7].

O diretor de relações com investidores, Antonio Modesti, afirmou como causas, além da Operação Influenza, a construção de três novas fábricas ao mesmo tempo e o *timing* da abertura de capital, pegando o mercado em baixa. Outro fator essencial foi a crise mundial dos títulos *subprime* de 2008, a qual tornou mais difícil ainda a capitalização da empresa e a superação das dificuldades financeiras, gerando a desvalorização das ações investidas na BM&FBovespa.

Segundo o executivo Antonio Modesti, em março de 2008, o patrimônio líquido da Agrenco Limited era de cerca de R\$ 280 milhões. Três meses depois, em junho, conforme Bastos, havia passado ao negativo de R\$ 460 milhões. A KPMG concluiu ter sido o motivo dessa mudança brusca de patrimônio a perda de R\$ 378,70 milhões, em operações realizadas pela companhia com derivativos[8].

2.3. Os planos para a recuperação da empresa e análise pormenorizada do 4º Plano de Recuperação Judicial

A Agrenco passou por 4 planos de recuperação judicial, sendo aprovados os primeiros dois, os quais previam o pagamento integral da dívida, porém não foram cumpridos. O terceiro pedido, apresentado em maio de 2013, dividia a recuperação entre as subsidiárias da companhia, havendo um plano para cada uma delas, o que beneficiaria a Agrenco Bionergia, concentradora de menos de 10% de toda a dívida. Entretanto, a Justiça decidiu pela irregularidade, exigindo um único plano para todo o grupo de empresas. Após o desgaste pelos descumprimentos, veio o quarto e último pedido de recuperação judicial.

O quarto pedido de recuperação judicial, o mais importante, inicia com a expressa observação que está de acordo com os requisitos cumulativos do art. 53 da LFRE (discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados e seu resumo, demonstração de sua viabilidade econômica e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada).

2.3.1. Introdução e objetivo

O primeiro tópico é o da introdução e objetivo do plano, no qual faz um breve resumo do ínterim entre a crise e o pedido. Alega ter tomado – e que vai tomar ainda - diversas medidas para buscar satisfazer as obrigações da empresa com os seus credores, dentre elas: a) tentativa mal sucedida de venda do Grupo Agrenco (Brasil) a terceiros; b) venda imediata dos ativos, cujos valores foram investidos na medida do possível, devido a impossibilidade de satisfazer todos os créditos apenas com ele; c) liquidação do Grupo; d) arrendamento de certas unidades isoladas, buscando-se um comprometimento com o término imediato das fábricas, a fim de em 2 ou 3 anos tê-las terminado e pago aos fornecedores; e) tentativa de reinício das operações do Grupo, mediante a alienação de determinadas unidades produtivas e outros ativos e término da construção das fábricas. Além disso, tenta persuadir os credores afirmando ser fonte de geração de bens, recursos, empregos e tributos, e ter grandes consumidores - principalmente europeus - como clientes.

2.3.2. Credores da recuperação judicial

O segundo tópico aborda as cláusulas referentes aos credores da recuperação, assim qualificados os que se encontrassem no Quadro de Credores apresentado pelo Administrador Judicial, sendo este o gestor das atividades do devedor, vide art. 65, § 1º da LRF. Dispõe, ainda, sobre a possibilidade de cessão dos créditos, desde que haja a comunicação ao Juízo da Recuperação e os respectivos cessionários recebam e confirmem o recebimento de cópia do Plano, reconhecendo que, quando da sua aprovação, o crédito cedido estará sujeito a

suas cláusulas, sob pena de a cessão ser reputada ineficaz em relação ao devedor da obrigação cedida.

Outrossim, divide os credores nas classes do art. 41: trabalhistas, com garantia real e quirografários, sem falar sobre os enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, haja vista terem sido esses incluídos no rol apenas com a Lei Complementar nº 47 de 2014, posterior ao plano. Por fim, ratifica o previsto no art. 45 da LFRE, isto é, que o *quórum* para aprovação e modificação do plano é a maioria.

2.3.3. Premissas para a consecução do 4º Plano

O terceiro tópico fala das premissas para a consecução do plano, ou seja, os meios a serem utilizados para a sua execução. Os meios de recuperação judicial estão previstos no art. 50 da LFRE, todavia não há taxatividade neles, possibilitando o uso de outras medidas.

De forma resumida, foram utilizados: a) reorganização societária das Sociedades em Recuperação (art. 50, III, da LFRE); b) cessão e transferência de ativos (art. 50, II, da LFRE); c) alienação fiduciária das ações da Operacional à totalidade de credores (art. 50, II, da LFRE); d) alienação fiduciária de certos ativos ao credor HSH (art. 50, II, da LFRE); e) concessão aos credores de opção de compra de ações da Operacional, podendo ceder ou transferir esta opção a terceiros (art. 50, II, da LFRE); f) mesma opção “e” à totalidade de credores; g) alienação da fábrica Marialva e da Agrenco Argentina e de estoques (art. 50, VII e XI, da LFRE); h) alienação de estoques com anuência prévia dos credores titulares (art. 50, XI, da LFRE); i) se necessário, obtenção de financiamentos para término das indústrias e retomada das atividades (meio não previsto no rol enumerativo do art. 50 da LFRE); j) contratação de Operador mediante anuência da Totalidade de Credores para gerir as atividades das Sociedades em Recuperação e, oportunamente, da Operacional, prestar contas à Totalidade de Credores e destinar os pagamentos cabíveis à Operacional diretamente à Totalidade de Credores (art. 50, I e V, da LFRE); e k) as Sociedades em Recuperação, a Operacional, a Holding e os acionistas não poderão constituir outra empresa do mesmo ramo de atividade ou de atividades conexas, sem a anuência da Totalidade de Credores (meio não incluído no rol do art. 50 da LFRE).

2.3.4. Condomínio de credores

O quarto ponto é sobre as disposições referentes ao condomínio de credores, que já definido de início como a Totalidade de Credores, a qual nomeará um representante dessa totalidade (agente fiduciário). Tal agente terá a responsabilidade de - além de representar a totalidade em todos e quaisquer atos

e documentos referentes ao plano - se submeter às regras definidas no Contrato de Compartilhamento.

O condomínio terá aplicável a si o Contrato de Compartilhamento de Garantias e Direitos entre Credores. É excluído expressamente do condomínio o Banco do Brasil e as garantias firmadas em relação a determinada cédula de crédito comercial. A Totalidade irá ainda poder contratar entre si, observadas as regras de administração conjunta dos créditos e direitos relacionados que detêm contra as Sociedades em Recuperação.

Além dessas disposições há muitas outras, dentre as quais consideramos mais importantes poder parte dos credores fazer com que o agente fiduciário se abstenha de tomar algumas medidas e a necessidade de o agente fiduciário convocar uma RC para deliberar sobre a possibilidade de cessão, transferência ou venda da Opção de Compra de Ações, ou Opção de Compra de Ativos a terceiros ou o início das medidas judiciais e/ou administrativas necessárias para a execução das garantias fiduciárias previstas neste Plano, diante de inadimplemento por 45 dias.

2.3.5. Garantias fiduciárias

A quinta parte expõe as garantias fiduciárias concedidas. À Totalidade de Credores foram dadas como garantias as ações e os ativos da Operacional, com exceção dos que são garantia para o Banco do Brasil em certa cédula de crédito comercial e o HSH. Para a liberação das garantias, far-se-á necessária autorização prévia e expressa da Totalidade de Credores.

Outras cláusulas importantes são as que dão prazo de 30 (trinta) dias para conclusão dos contratos de alienação fiduciária das ações e dos ativos da Operacional, diferindo entre os pactos apenas os modelos utilizados e quem deveria assinar: no primeiro, é a Totalidade de Credores, representado pelo agente fiduciário, a Holding e a Operacional, enquanto, no segundo, é a Totalidade de Credores, representado pelo agente fiduciário e a Operacional apenas.

Caberia ao agente fiduciário obedecer rigorosamente a ordem e mecanismo de distribuição estabelecida no Plano e Contrato de Compartilhamento de Garantias, quando fosse distribuir eventuais rendas logradas com a excussão das garantias fiduciárias, ou com a venda de opção de compra das ações ou da opção de compra dos ativos.

Em caso de ocorrência da conseqüente alienação de opções de compra de ativos e ações (por inadimplemento ou não), apesar de a deliberação ser feita pela Totalidade de Credores, o valor seria dividido entre os grupos, com preferência para as classes de credores dos grupos I, II e III. Os valores que

sobram do pagamento da Totalidade de Credores, serão restituídos à sociedade em recuperação. Também cria dispositivos específicos para os créditos do Credit Suisse, Banco do Brasil e HSH.

2.3.6. Alienação de ativos e de unidades produtivas isoladas

Aqui se diz quais ativos e unidades produtivas podem ser alienadas e como dar-se-ia essa alienação (conta de depósito, destinação dos valores obtidos etc).

Poderiam ser alienadas as seguintes unidades produtivas isoladas: a unidade de biodiesel de Marialva/PR, as operações da Agrenco Argentina e os estoques de soja, compondo-se as duas primeiras por ativos, tangíveis e intangíveis, e contratos, obrigações e direitos. Haveria a possibilidade de realização de leilão para a alienação da Marialva e Agrenco Argentina, desde que tenha aprovação por credores titulares de maioria simples dos créditos da Totalidade de Credores.

2.3.7. Novos financiamentos

O Plano prevê nesse ponto a possibilidade de caso seja necessário para o término das plantas industriais originalmente pertencentes à Agrenco Bioenergia e/ou para o pagamento de fornecedores estratégicos (considerados os essenciais para a complementação e operacionalização das Plantas Industriais) da Agrenco Bioenergia, poderão as sociedades em recuperação, em conjunto ou isoladamente, ou a Holding ou Operacional, contratar novos financiamentos.

Tais financiamentos seriam considerados créditos extraconcursais, tendo prioridade de pagamento sobre os outros credores, o que certamente pesa para o insucesso de um Plano, vide capítulo seguinte.

2.3.8. Operação e administração do Grupo Agrenco (Brasil)

Explana o tópico 8 do 4º Plano sobre como se daria a escolha do conselho de administração e a diretoria das Sociedades em Recuperação, da Holding e/ou da Operacional e do Operador, tendo a eleição desses administradores de ser aprovada pela Totalidade de Credores.

Outrossim, há a figura do Operador, que deverá ser pessoa jurídica idônea com capacidade financeira e experiência em administrar plantas industriais do setor; interesse em investir no setor do agronegócio brasileiro; e potencial interesse em cogeração de energia e biodiesel. São enumeradas funções para o Operador, a título de exemplo: tomar todas as medidas necessárias para maximizar o valor da cadeia produtiva das Sociedades em Recuperação e otimizar o nível de emprego do Grupo Agrenco (Brasil). Entretanto, a função do Operador

inclui responsabilidade subjetiva (culpa ou dolo) pelos prejuízos que ocasionar às sociedades em recuperação.

2.3.9. Opção de compra de ações e opção de compra de ativos

Conforme já falado em tópicos anteriores, especialmente o das premissas do Plano, insurgiria a possibilidade de opção de compra de ações e opção de compra de ativos pela Totalidade de Credores. Pontua-se acerca de quem deve assinar e aprovar tais contratos, o prazo para assinatura, o modelo dos mesmos e o limite de preço a ser respeitado.

2.3.10. Condições resolutivas

As condições resolutivas, quando ocorridas, implicariam em cancelamento do que já estava aprovado e, por conseguinte, a imediata convocação de Assembleia Geral de Credores para deliberar a respeito de uma alternativa ao Plano ou a falência do Grupo Agrenco (Brasil).

Foram consideradas quatro condições resolutivas, que foram: a) não aprovação, pelos Credores, do nome ou dos termos de contratação do Operador ou de uma equipe administrativa profissional até o dia 28 de Abril de 2009, sem que este prazo seja prorrogado; b) não formalização de instrumentos relativos à concordância dos credores titulares de pelo menos 85% (oitenta e cinco por cento) dos ACCs e credores fiduciários no prazo de 20 (vinte) dias a contar da aprovação do Plano pelos Credores; c) não conclusão, no prazo estabelecido no Plano, da Reorganização Societária; e d) não formalização, pelas sociedades em recuperação, Holding e/ou Operacional, conforme o caso, e competentes registros, de determinados contratos.

2.3.11. Pagamento aos credores

O tópico 11 coloca a forma e proporções que será dado o pagamento da Totalidade de Credores. Importante observar a obrigatoriedade de contratação de empresa de auditoria de primeira linha, pelas sociedades em recuperação, para auditar balanços, resultados e dados gerenciais e apresentar relatório detalhado para a Totalidade dos Credores em relação ao cumprimento das obrigações financeiras previstas no Plano. E o que seria essa empresa de primeira linha? O Plano não prevê, tornando-se, assim, uma questão subjetiva.

Além disso, não poderia ter distribuição de recursos, a qualquer título, aos sócios e acionistas das sociedades em recuperação, da Holding e/ou da Operacional antes de integralmente cumpridas todas as obrigações previstas no Plano. Vemos como razoável essa disposição, haja vista a necessidade de priorizar o cumprimento do pactuado na recuperação antes de poder dispor dos recursos, a fim de evitar fraudes.

Também se percebe o tratamento diferenciado dado nessa seção aos credores trabalhistas que venham a ter os seus créditos apurados durante o processo de recuperação judicial em razão de eventuais créditos laborais anteriores ao pedido de recuperação.

2.3.12. Vencimento antecipado da dívida

O Plano lista casos de antecipação de vencimento da dívida, dentre eles: o inadimplemento total ou parcial; não realização de pagamento mínimo estimado nas projeções que embasaram-no; descumprimento de qualquer obrigação assumida nos Contratos de Alienação Fiduciária de Ações e Ativos; decretação de falência de qualquer das sociedades em recuperação, da Operacional ou da Holding, o que já é imposto pelo art. 77 da LFRE; alteração do objeto social, da composição de seu capital social, ocorrência de qualquer mudança, transferência ou cessão, direta ou indireta, de seu controle societário/acionário, ou ainda sua incorporação, fusão ou cisão sem a anuência expressa da Totalidade dos Credores; dentre outros. Essa medida certamente é primordial para o sucesso de um plano de recuperação judicial, pois é, por exemplo, sanção grave à empresa que descumprir cláusulas contratuais ou tentar usar de meios fraudatórios diretos ou indiretos para o seu insucesso.

2.3.13. Disposições finais

Na parte das disposições finais, incluem-se diversos dispositivos essenciais para a análise do Plano. Primeiramente, fala-se o óbvio: o plano aprovado obrigará o Grupo Agrenco (Brasil), assim como suas sucessoras e credores sujeitos à recuperação judicial ou que tiverem o assinado. Prossegue com cláusula necessária, mas também lógica, afirmando que os atos mencionados no Plano que exigirem autorização ou homologação judicial para sua eficácia ou validade, apenas serão eficazes ou válidos após a respectiva autorização ou homologação.

Entre a homologação do Plano e o cumprimento, os credores não poderiam ingressar ou continuar com ações ou execuções judiciais só contra as sociedades em recuperação, restando as que tiverem em curso suspensas, salvo descumprimento de obrigações ou ocorrência de condições resolutivas. Como já dito no tópico dos novos financiamentos, permanecem válidas e eficazes as dívidas contraídas e garantias prestadas frente a terceiros para a satisfação das dívidas, podem já ser executadas, havendo disposições especiais para os garantidores pessoas físicas.

Após 2 anos da homologação do Plano, se o Grupo Agrenco cumprisse o estabelecido, poderia requerer o encerramento do processo de recuperação judicial. Ao final, se houvesse o pagamento integral de todos os credores, os

créditos, conseqüentemente, dar-se-iam por quitados. Por outro lado, se ocorresse a falência durante o Plano (o que não aconteceu, já que nem chegou a ser aprovado), seria considerado como valor do bem objeto da garantia pignoratícia sobre estoques liberados e vendidos durante esta recuperação, a importância efetivamente recebida com a sua respectiva venda, conforme o disposto artigo 83, § 1º, da LFRE.

Finaliza-se o Plano elegendo como foro de eleição o juízo da recuperação para dirimir qualquer controvérsia ou disputa referente a ele até a sua finalização. Após isso, o Foro competente para tais questões seria o da Comarca de São Paulo. Vale observar que é competente para deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil, conforme art. 3º da LFRE, o qual foi respeitado. *In casu*, este juízo foi a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.

3. Conclusão

A Lei nº 11.101 de 2005 institucionalizou a recuperação judicial com a finalidade preservar a empresa, sua função social e o incentivo à atividade econômica. Portanto, consiste em benefício para situações de crise e que busca permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores e do Estado.

No caso do Grupo Agrenco, verificou-se que diversos fatores levaram as empresas ao contexto de crise que permitiu a decretação da recuperação judicial, dentre eles: a crise econômica mundial de 2008, a Operação Influenza - investigação de crimes financeiros realizada de maneira conjunta entre a Polícia Federal e a Receita Federal, ambas brasileiras – e a diminuição brusca no valor das ações negociadas na bolsa de valores, as quais despencaram cerca de 88% do seu valor em comparação com 2007.

Ademais, podem ser apontados também como fatores decisivos a apreensão na sede do grupo de documentos e registros dez dias antes do fechamento do segundo trimestre de 2008, o que impossibilitou a apresentação das contas, acarretando a suspensão da negociação de ações. Por fim, ainda em decorrência da Operação Influenza, diversos credores buscaram obter os vencimentos e fornecedores desviaram suas produções para outras *tradings*.

Diante de todo o contexto acima mencionado, as quatro empresas em questão pleitearam, no ano de 2008, a sua recuperação judicial, apresentando uma sucessão de planos recuperacionais, dos quais os dois primeiros foram aprovados, porém não cumpridos.

Como consequência da inabilidade dos planos até então propostos de solucionar a situação adversa, houve a apresentação de novas propostas, sendo a de 2013 por fim recusada pela maioria dos credores. Ocorreu, pois, a convalidação da recuperação judicial em falência.

Diante da análise pormenorizada do último plano de recuperação judicial apresentado, em meados de 2013, nos pareceu claro que a proposta das empresas AGRENCO DO BRASIL S/A, AGRENCO SERVIÇOS DE ARMAZENAGEM LTDA., AGRENCO ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/A e AGRENCO BIOENERGIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ÓLEOS E BIODIESEL LTDA era insuficiente.

4. Referências

BIODIESELBR. Agrenco demite 108 dos 120 funcionários que mantinha na fábrica de Alto Araguaia. Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/noticias/usinas/info/agrenco-demite-fabrica-alto-araguaia-1311111.htm>. Acessado em 07/06/2015.

BIODIESELBR. Disputa na Agrenco: briga entre controladora e consultoria. Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/noticias/em-foco/disputa-agrenco-briga-controladora-consultoria-160710.html>. Acessado em 29/05/2015.

CANÁRIO, Pedro. Investigação anulada: Empresa pede reparação por abusos em operação da PF. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-01/empresa-reparacao-uniao-abusos-operacao-policia-federal>. Acessado em 04/06/2015.

COELHO, Ulhoa Fábio. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 484.

ÉPOCA. Sócio do Hopi Hari é acusado de tentar provocar falência de empresa processadora de soja. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Negocios-e-carreira/noticia/2012/04/dono-do-hopi-hari-e-acusado-de-tentar-provocar-falencia-de-empresa-processadora-de-soja.html>. Acessado em 07/06/2015.

VALOR ECONÔMICO. Com recusa de plano, Agrenco pode ir à falência. Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/noticias/usinas/info/recusa-plano-agrenco-falencia.htm>. Acessado em 06/06/2015.

REVISTA DINHEIRO RURAL. Agrenco limpa a casa. Disponível em: <http://revistadinheirorural.terra.com.br/secao/agronegocios/agrenco-limpa-a-casa>. Acessado em: 29/05/2015.

NOTAS:

[1]CANÁRIO, PEDRO. **Investigação anulada: Empresa pede reparação por abusos em operação da PF.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-01/empresa-reparacao-uniao-abusos-operacao-policia-federal>. Acessado em 04/06/2015.

[2]COELHO, Ulhoa Fábio. **Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa.** 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 484.

[3]ÉPOCA. Sócio do Hopi Hari é acusado de tentar provocar falência de empresa processadora de soja. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Negocios-e-carreira/noticia/2012/04/dono-do-hopi-hari-e-acusado-de-tentar-provocar-falencia-de-empresa-processadora-de-soja.html>. Acessado em 07/06/2015.

[4]BIODIESELBR. Agreco demite 108 dos 120 funcionários que mantinha na fábrica de Alto Araguaia. Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/noticias/usinas/info/agreco-demite-fabrica-alto-araguaia-131111.htm>. Acessado em 07/06/2015.

[5]VALOR ECONÔMICO. Com recusa de plano, Agreco pode ir à falência. Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/noticias/usinas/info/recusa-plano-agreco-falencia.htm>. Acessado em 06/06/2015.

[6]BIODIESELBR. **Disputa na Agreco: briga entre controladora e consultoria.** Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/noticias/em-foco/disputa-agreco-briga-controladora-consultoria-160710.html>. Acessado em 29/05/2015.

[7]REVISTA DINHEIRO RURAL. Agreco limpa a casa. Disponível em: <http://revistadinheirorural.terra.com.br/secao/agronegocios/agreco-limpa-a-casa>. Acessado em: 29/05/2015.

[8]BIODIESELBR. **Disputa na Agreco: briga entre controladora e consultoria.** Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/noticias/em-foco/disputa-agreco-briga-controladora-consultoria-160710.html>. Acessado em 29/05/2015.



UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA - UNEB
CURSO DE DIREITO

GESSÉ BEZERRA DE BRITO JÚNIOR

**A IMPUTAÇÃO DO TIPO DOLOSO NOS HOMICÍDIOS DE TRÂNSITO
QUE ENVOLVEM EMBRIAGUEZ**

GESSÉ BEZERRA DE BRITO JÚNIOR

**A IMPUTAÇÃO DO TIPO DOLOSO NOS HOMICÍDIOS DE TRÂNSITO
QUE ENVOLVEM EMBRIAGUEZ**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia – Campus VIII, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor orientador José Allan Miranda.

FOLHA DE APROVAÇÃO

GESSÉ BEZERRA DE BRITO JÚNIOR

A IMPUTAÇÃO DO TIPO DOLOSO NOS HOMICÍDIOS DE TRÂNSITO QUE ENVOLVEM EMBRIAGUEZ

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Campus XIII, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Aprovada em 15/12/2017

BANCA EXAMINADORA / COMISSÃO AVALIADORA

Prof. Dr. José Allan Miranda
Especialização pelo CESMAC - Alagoas.

Prof. Amim Seba Taissun
Mestre em Psicologia Cognitiva pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Jean Roubert Felix Netto
Pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Estácio de Sá

Ao meu filho Matheus, a quem tenho o privilégio de dedicar a minha vida e o meu conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que me concedeu a vida e a redenção por meio do sacrifício do Seu Cristo e, que me proporcionou sabedoria e aptidão física e mental para a realização deste trabalho.

À minha esposa Jéssica Britto, que tem sido meu braço direito em todos os meus projetos e que sempre me incentivou.

Aos meus queridos e amados pais, Gessé e Edvânia, responsáveis pela minha formação moral e escolar.

Aos demais familiares, por todos os momentos em que passamos juntos, pelas conquistas compartilhadas e por não medirem esforços para me ajudar nessa jornada acadêmica.

Aos meus amigos de turmas, pelo apoio e companheirismo durante o curso.

Meus sinceros agradecimentos aos professores, em especial ao meu orientador, que não hesitaram em compartilhar seus preciosos conhecimentos.

***"O Direito Penal não serve como panaceia
de todos os males"***

(Cezar Roberto Bittencourt)

RESUMO

Este estudo buscou compreender a questionável atuação dos tribunais acerca da imputação do dolo nos casos de homicídios de trânsito que envolvem embriaguez, bem como distinguir o dolo eventual e a culpa consciente, analisar as investidas do legislador para coibir as mortes no trânsito e analisar a divergência entre a jurisprudência e a legislação no tocante às condutas de embriaguez que resultam em morte. Para tanto, foi utilizado como método para coleta de dados a pesquisa bibliográfica, através do estudo levantado no referencial teórico sobre os conceitos e divergências doutrinárias, além da exploração dos aspectos técnicos contidos na legislação. Assim, a partir da análise da jurisprudência, foi possível perceber a importância do tema, tendo em vista o divergente posicionamento dos Tribunais em relação à legislação especial e a doutrina. Por fim, foi possível constatar a influência da opinião pública sobre as decisões proferidas pelos Tribunais.

Palavras-chave: Dolo eventual; homicídios de trânsito; embriaguez.

ABSTRACT

This study sought to understand the questionable behavior of the courts regarding the imputation of intent in cases of traffic homicides involving drunkenness, as well as distinguish eventual felony and conscious guilt; analyze the investiture of the legislator to restrain traffic deaths; and to analyze the divergence between jurisprudence and legislation regarding drunkenness that results in death. Therefore, a bibliographical research was used as a method for collecting data through study based on the theoretical reference on doctrinal concepts and divergences, besides the exploration of the technical aspects within the legislation. Thus, from the analysis of the jurisprudence, it was possible to perceive the importance of the subject, owing to the divergent position of the Courts in relation to the special legislation and the doctrine. Finally, it was possible to verify the influence of public opinion on the decisions handed down by the Courts.

Keywords: Eventual felony; traffic homicides; drunkenness

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANFAVEA – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS FABRICANTES DE VEÍCULOS

CPB – CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

CTB – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	8
1. INTRODUÇÃO	11
2. A DISTINÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE	14
2.1 Teorias do dolo	14
2.2 As espécies de dolo	17
2.3 A culpa consciente e a culpa inconsciente.....	19
2.4 A difícil distinção entre o Dolo Eventual e a Culpa Consciente	21
2.5 A aplicabilidade da Lei Penal subsidiariamente à lei especial.	24
3. O PROBLEMA DAS MORTES NO TRÂNSITO E AS INVESTIDAS DO LEGISLADOR.....	26
3.1 Contextualização histórica e aspectos gerais da violência no trânsito.....	26
3.2 O advento do Código de Trânsito Brasileiro - Lei nº 9.503/97	29
3.3 A evolução da Lei nº 9.503/97	32
3.4 As últimas atualizações do CTB.....	35
4. A JURISPRUDÊNCIA NOS DELITOS DE TRÂNSITO.....	39
4.1. A mídia e a opinião popular	39
4.2 O posicionamento dos Tribunais Superiores	41
4.3 Análise das decisões judiciais à luz da doutrina	45
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS.....	50
ANEXO A – Acórdãos na íntegra (STF)	56
ANEXO B – Acórdãos na íntegra (STJ).....	59

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, os acidentes de trânsito são apontados como uma das principais causas de mortes não naturais, sobretudo por causa das grandes imprudências praticadas por motoristas que persistem na inobservância dos dispositivos legais que norteiam as regras de condução. As fatalidades ocorridas no trânsito de fato alcançam anualmente números alarmantes, assemelhando-se a números de guerras, o que os tornam dignos de preocupação e merecedores de prioridade na solução.

De forma geral, grande parte das condutas que incidem na origem dos acidentes de trânsito correspondem às condutas ilícitas devidamente tipificadas como sendo criminosas no Código de Trânsito Brasileiro. Contudo, as penalidades previstas para estas condutas ilícitas parecem não contribuir efetivamente para uma redução acentuada do número de vítimas, ou pelo menos, não tem correspondido aos anseios da sociedade, tendo em vista a intensificação do clamor popular a cada caso de violência no trânsito.

Assim, tribunais têm sido cada vez mais influenciados pelo clamor popular a punir de forma mais rígida os casos de crimes praticados no trânsito, de forma que se têm buscado reiteradamente a caracterização da modalidade dolosa para as mortes em que o responsável pela condução do veículo tenha anteriormente ingerido bebidas alcoólicas, sob o argumento de que este assume o risco de produzir o resultado ao combinar o álcool com velocidades excessivas ou outras manobras abusivas na via pública. Este anseio popular parece ter origem nas publicações sensacionalistas de notícias veiculadas a cada caso de homicídio no trânsito.

Em virtude da ausência de disposição legal para o tipo doloso no Código de Trânsito Brasileiro, mesmo este passando por inúmeras atualizações pelo legislador, grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da caracterização do tipo penal nos delitos de trânsito têm sido travadas pelos aplicadores do direito, tendo em vista a falta de disposição legal da modalidade dolosa na legislação especial.

Neste contexto, tornou-se comum aos debates promovidos pela mídia acerca das novas compreensões sobre a culpa consciente e o dolo eventual. Até então, pareciam devidamente definidos e distinguidos no Direito Penal, contudo, passou estes institutos a tratamento no âmbito da subjetividade, subsidiando a necessidade de promover satisfação à sociedade.

Neste sentido, a aplicação do dolo eventual nos homicídios de trânsito tem sido alvo de enormes críticas por parte da doutrina, que julga haver certa banalização do instituto. Mas por que estaria o Poder Judiciário recorrendo ao dolo eventual previsto na legislação penal ao invés da culpa consciente do Código de Trânsito Brasileiro? Estariam estas decisões pautadas no clamor popular vinculado à ineficiência punitiva do legislador? O estudo acerca da diferenciação do dolo eventual e a culpa consciente e a análise da jurisprudência poderá possibilitar melhor elucidação acerca da atuação dos tribunais.

Por isso, tem esse trabalho por finalidade compreender a atuação dos tribunais acerca da imputação do dolo nos casos de homicídios de trânsito que envolvem embriaguez. Importante também compreender a atuação do legislador que, apesar de ter com grande frequência atualizado a legislação de trânsito, tem optado por manter na lei especial somente a previsão para a modalidade culposa do homicídio, mesmo mediante a consciência do infrator quanto ao resultado.

Diante de um cenário de tamanho impacto e número de vidas ceifadas, onde diariamente famílias perdem seus entes queridos em face da imprudência ou mesmo da indiferença de alguns, parece cada vez mais urgente a necessidade de que o estado se posicione de forma mais efetiva para evitar tantas mortes. Por esta causa, surgem rotineiramente debates e questionamentos acerca da existência do dolo eventual nos homicídios de trânsito onde o motorista dirigia embriagado ou participava de competições em vias públicas.

Para tanto, o desequilíbrio interpretativo existente entre os poderes legislativos e judiciário acarretam aparente insegurança jurídica para os casos de homicídios no trânsito, tendo em vista que casos semelhantes são julgados de formas diferentes, incorrendo em penalidades desproporcionais umas das outras. Assim, tais poderes precisam convergir em maior afinidade com as necessidades da sociedade, de forma a conduzir a sua tutela de forme equilibrada. A proposta deste trabalho científico é apresentar conceitos e definições sobre os institutos do dolo e da culpa, verificando-os quanto a atual aplicação no caso concreto.

Através de uma pesquisa bibliográfica, assentando-se no conhecimento doutrinário, normativo e jurisprudencial, no que concerne aos casos de homicídios de trânsito envolvendo embriaguez, este trabalho buscará analisar a atuação do poder judiciário quanto a aplicação do dolo eventual nos homicídios de trânsito, identificando assim os elementos contribuidores para este posicionamento. A pesquisa de julgados

veiculados na internet a respeito de casos de homicídios por embriaguez ao volante e a análise das tendências dos tribunais nas conclusões dos casos concretos permitirão uma melhor percepção das divergências entre os tribunais e a norma.

O trabalho de conclusão de curso estrutura-se em 3 capítulos, apresentando-se no primeiro acerca da conceituação de dolo e culpa, compreendendo a distinção doutrinária entre o dolo eventual e a culpa consciente. No segundo capítulo é abordado o cenário das mortes no Brasil e as investidas do Poder Público no sentido de combater tal violência através da atualização da legislação. No terceiro é apresentado a pesquisa da jurisprudência relacionada a casos de homicídios de trânsito que envolvem embriaguez.

2. A DISTINÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

Um dos maiores dilemas, pois, do direito penal, corresponde à discussão acerca da imputação do dolo eventual, tendo em vista a limitada possibilidade de comprovação do elemento volitivo do agente. De uma forma geral, a consciência do agente acerca da possibilidade de provocação do resultado não demonstra por si só a sua aceitação pela conclusão deste.

Em diversos casos, a jurisprudência tem enxergado a modalidade dolosa nos homicídios cometidos na direção veicular quando agregadas às condutas conhecidamente proibidas e combatidas pelo poder público. De sorte que, estas condutas têm sido cada vez mais destacadas em campanhas nacionais, fazendo com que cada vez mais sejam estas condutas reprovadas pela sociedade (NUCCI, 2009).

Bem verdade é que o Estado tem promovido ao longo dos últimos anos muitas campanhas educativas nos mais variados meios de comunicação no sentido de conscientizar os condutores quanto aos perigos de condutas irresponsáveis como o uso do álcool antes de dirigir, ou ainda, quanto à velocidade excessiva ou outras manobras perigosas. Desta forma, estas condutas conhecidamente reprovadas pela sociedade e ainda praticadas por motoristas indiferentes a esta tutela por parte do Poder Público revelam um caráter descompromissado do condutor com as vidas ceifadas diariamente nas estradas brasileiras.

Assim, o comportamento do condutor ao volante que incorre nestas ações perigosas deve ser devidamente avaliado, sobretudo no sentido de concluir sobre dolosidade ou não da sua conduta perigosa. Neste sentido, faz-se necessário compreender, inicialmente, os institutos do dolo eventual e da culpa consciente, a fim de avaliá-los quanto à sua aplicação, na prática. Deve-se, portanto, buscar esclarecimentos nas origens dos elementos constituintes de cada um deles, de forma que, compreendendo ambos individualmente, seja possível distingui-los na aplicação prática dos homicídios de trânsito.

2.1 Teorias do dolo

A ideia de dolo compreende a concretização dos elementos práticos do tipo, do nexo causal e o resultado. Em suma, incorre no dolo o agente que possuía a intenção

de produzir determinado resultado, ou ainda, o agente que se comporta de tal modo indiferente à responsabilidade da conduta, que assume um alto risco em produzi-lo.

Assim, o dolo compreende uma relação da vontade e da consciência do agente, externadas em uma conduta prevista como ilícita no Direito Penal, para a obtenção de resultado presumível (GRECO, 2008). Entretanto, não se ordena para a existência de dolo, a consciência do agente quanto a antijuridicidade da conduta exercida por ele. Esta valoração será feita no campo da culpabilidade, pois, o dolo é um ato psicológico atual, que se desdobra e limita ao conhecimento dos elementos do tipo (SMANIO e MORAES, 2007).

Num exemplo prático, o motorista que intencionalmente direciona o seu veículo para atropelar um pedestre por terem eles se desentendido em momento anterior, ainda que o motorista desconheça as minúcias da legislação penal para a sua conduta, poderá ser este acusado quanto ao dolo por sua conduta que é conhecidamente prevista em lei. Nesse sentido, as circunstâncias do fato exposto seriam suficientes para compreender a relação entre a vontade do agente, a previsão do resultado e a sua conduta.

Para melhor compreensão acerca da caracterização do dolo na conduta do agente, a doutrina estabeleceu diversas teorias importantes que versam sobre o dolo e sua caracterização no caso concreto. Sendo muitas as teorias dispostas pela doutrina, são relevantes a este trabalho, portanto, destacadas, as teorias *da vontade*, *do assentimento*, *da representação* e *da possibilidade*.

Segundo a *Teoria da Vontade*, o dolo eventual é identificado por meio de prepostos como a intenção ou elemento volitivo, e ainda, a consciência sobre a possibilidade do resultado, que corresponde ao elemento intelectual. Neste sentido, a vontade do agente em produzir o resultado é necessária para a caracterização do dolo, não sendo suficiente a mera aceitação do risco de produzi-lo.

Para esta teoria, o agente pratica o ato lesivo direcionado à obtenção do resultado presumido. Isso independe do seu conhecimento quanto a antijuridicidade da conduta praticada, bastando somente o ato direcionado a obtenção do resultado. (BITENCOURT, 2000). Esta teoria é acatada pela legislação penal no tocante ao chamado dolo direito. A caracterização do dolo não considera no plano principal a consciência sobre o fato, mas intenção de causar o resultado.

Faz-se importante, segundo esta teoria, que o agente detenha real consciência dos seus atos e interesse direito na produção do resultado, praticando a conduta para

este determinado fim. Assim, incorre neste dolo um motorista que arremessa o seu veículo em alta velocidade sobre uma vítima a qual possuía a intenção de matá-la, e o faz.

A *Teoria do Assentimento* preconiza que o agente atua com dolo quando se comporta de forma indiferente à obtenção do resultado. Não é interesse direto deste a produção do resultado, entretanto, assume o risco de produzi-lo. O agente se conforma com a possibilidade do resultado ao assumir o risco para que tal ocorra (GRECO, 2017).

Esta teoria tem sido considerada dominante em virtude da relação emocional do agente com o resultado. Para tanto, o agente conhece as possibilidades de ser o resultado ocasionado mediante a sua conduta, porém, aceita e o assume, realizando assim a conduta danosa.

A *Teoria da Representação*, por sua vez, defende a premissa de que a simples previsão do resultado caracteriza o dolo da conduta do agente. Esta teoria tem sido alvo de inúmeras críticas, tendo em vista a ofuscação do dolo se demonstrado a falta de intenção do agente em produzir o resultado.

Neste sentido, embora a vontade de agir se faça presente no ato, importância atentar tal somente para a existência da consciência de produção do dano, sem a qual, nada representa (MIRABETE, 2008). Assim, reveste-se de particular importância a necessidade de haver uma relação direta da consciência do agente com a produção do resultado. Alguns doutrinadores visualizam esta teoria como já inserida na teoria do assentimento.

Em verdade esta teoria compreende uma desclassificação do dolo para a culpa, não sendo à-toa, portanto, os motivos de sua desconsideração por parte da doutrina. Nesta concepção, ainda que o agente pratique uma conduta danosa presumindo o resultado, ou até mesmo tenha-o admitindo como possível, não incorreria no dolo se demonstrasse vontade direta em produzi-lo.

Já a *Teoria da Possibilidade* compreende o entendimento de que, ao assumir relevante grau de risco, o agente consiga prever a possibilidade de produzir o dano, e ainda assim, insistindo aquele na sua conduta, restará caracterizado o dolo. Não importa para tanto o quanto o agente acreditava poder evitar o dano. Assim, segundo esta teoria, deve pesar a avaliação da possibilidade de ocorrência do dano, tendo em vista a sua probabilidade (BITENCOURT, 2010).

Ao verificar o disposto no art. 18, inciso I, do Código Penal Brasileiro, é possível concluir que a legislação penal aderiu às teorias da vontade e do assentimento, tendo em vista a caracterização do dolo quando o agente demonstra interesse em obter o resultado, ou ainda, quando o agente assume o risco de produzi-lo. Desta forma, conforme entendimento doutrinário, a legislação penal brasileira não poderia imputar o dolo ao agente pela mera presunção do resultado, tendo em vista a necessidade de se demonstrar a sua vontade direta ou sua aceitação quando a ocorrência daquele.

2.2 As espécies de dolo

A relação entre a vontade do agente e o objetivo de se atingir o resultado proporciona o surgimento das espécies de dolo. Neste diapasão, a doutrina divide o dolo em dolo *direto* ou *imediato*, e o *dolo indireto*. Por sua vez, o dolo indireto é subdividido em dolo eventual e dolo alternativo (BITENCOURT, 2010).

Estas classificações são devidas e estritamente elencadas pela doutrina, de sorte que, o Código Penal Brasileiro não dispôs sobre tal diferenciação, pois, tratou o instituto do dolo em modalidade *una* no seu art. 18, inciso I, que diz:

Art. 18 - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (BRASIL, 1940);

Neste sentido, a legislação penal adotou a concepção do dolo natural, sendo esta parte da conduta tipificada na Lei. Não é relevante o fato do agente conhecer ou não acerca da ilicitude do seu ato, bastando para a caracterização do dolo o emprego da vontade e a consciência do agente em buscar o resultado.

O dolo *direto* corresponde ao dolo propriamente dito, no qual o agente realiza conduta com manifestada vontade de atingir o resultado proposto. Assim, o resultado pretendido possui direta relação com previsão do agente, uma vez que este o antecipa no seu intelecto e externa a sua vontade por meio da conduta.

Para o professor Guilherme Nucci (NUCCI, 2010, p. 205), o dolo direto “é a vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto”. Neste sentido, quando se fala em dolo direto, torna-se irrelevante a concretização ou não do resultado pretendido, bastando que o agente, além de prever o resultado, tenha agido diretamente com a intenção de alcançá-lo (BETTIOL, 2000).

Nas palavras do professor Aníbal Bruno também é possível compreender melhor o dolo direto:

Diz-se o dolo direto quando o resultado no mundo exterior corresponde perfeitamente à intenção e vontade do agente. O objetivo por ele representado e a direção da vontade se coadunam com o resultado do fato praticado (2005, p. 46).

No dolo direto, portanto, o agente insiste voluntariamente na sua conduta com o objetivo intuito produzir o resultado que outrora idealizara na mente. O agente age em consonância com a metodologia idealizada com o fim de obter o resultado pretendido.

Exemplo deste tipo doloso pode ser visto em um indivíduo, que observando o seu alvo, desfere contra estes disparos de arma de fogo e ceifar-lhe a vida. Resta no exemplo configurado a intenção de tirar a vida do seu alvo, de forma que o agente promoveu os meios e atingiu o resultado pretendido inicialmente.

O dolo *indireto*, por sua vez, difere do anterior pelo fato do agente não possuir vontade direta relacionada ao resultado previsto, submetendo-se, portanto, à possibilidade de o atingir. No dolo indireto o agente assume o risco de produzir o resultado ao realizar conduta com potencial risco de dano. Conforme já mencionado, o dolo indireto é subdividido ainda pela doutrina em dolo *alternativo* e dolo *eventual* (JESUS, 2011).

O dolo *alternativo* configura-se pela alternativa da vontade do agente em alcançar quaisquer dos resultados possíveis. Neste caso, o agente não possui um fim específico, mas se satisfaz com a produção de qualquer dos resultados possíveis.

No dolo *alternativo*, o agente age voluntariamente para provocar o dano. Este dano, porém, será alternativo entre a dimensão do resultado ou a pessoa do sujeito passivo. Age com dolo alternativo, por exemplo, o condutor que arremessa seu veículo contra um grupo de pessoas para atingir o seu desafeto que está entre eles. Neste caso, para o condutor, a possibilidade de causar o dano ao seu desafeto motiva a sua conduta, sendo para ele indiferente a dimensão do dano provocado no seu alvo, como também o dano causado aos demais integrantes daquele grupo.

O dolo *eventual*, por sua vez, caracteriza-se pela indiferença do agente em produzir o resultado. Ao agir pleiteando um resultado específico, o agente assume o risco de atingir outros resultados possíveis. Nesse caso, o agente não possui interesse direto no resultado, mas age de forma tal que torna o resultado muito provável.

A grande diferença entre o dolo alternativo e o dolo eventual é que, naquele, o agente visualiza a pluralidade de resultados e satisfaz-se em alcançar qualquer deles. No dolo eventual, entretanto, o agente visualiza a pluralidade de resultados, mas age para a concretização de um deles, sendo, contudo, indiferente a realização dos demais que por ventura decorram da sua conduta.

No dolo eventual, portanto, o agente não possui intenção direta em obter o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo, sendo indiferente a ocorrência de qualquer dos resultados possíveis. Assim, nas palavras do professor Damásio:

“O sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois, se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas assim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele” (2005, p. 290-291).

Exemplo desta modalidade pode ser encontrado no caso fictício do condutor que dirige seu veículo em via pública movimentada, e ali realiza ali manobras arriscadas no intuito de demonstrar suas habilidades. Neste caso, prevendo a possibilidade de perder o controle da direção e atropelar e matar algum pedestre, insiste na conduta assumindo o risco potencial de fazê-lo. Para ele, existe a possibilidade de produzir o resultado, contudo, acredita não o cometer.

Importante trazer à baila as palavras do ilustre Francisco Muñoz Conde:

No dolo eventual, o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas conta com ele, admite sua produção, assume o risco, etc. (1988, p. 60).

A conceituação do dolo eventual promove uma boa compreensão teórica do instituto. Contudo, a aplicação prática não parece dispor da mesma facilidade, tendo em vista a dificuldade de identificar no caso concreto o elemento volitivo do agente. Em que pese a identificação da consciência do agente quanto ao resultado, a dificuldade de verificar a vontade do agente incorre por tornar mais tênue a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente. Esta distinção será tratada mais adiante, pois, por ora, faz-se necessário compreender acerca da culpa.

2.3 A culpa consciente e a culpa inconsciente

O ordenamento jurídico tem por finalidade organizar as relações sociais entre os indivíduos, de forma que funciona no sentido de proteger as pessoas e os seus

bens. Desta forma, regras de convívio são impostas para que a ordem seja mantida, cabendo aos integrantes da sociedade cumpri-las para que esta viva em devida harmonia.

Desta forma, regras de condutas são impostas pelo Estado, com intuito de proteger os cidadãos que compõe a sociedade através da instituição de direitos e deveres de cuidado. Assim, compreende-se o conceito de culpa àquele que, sem observar os devidos cuidados, produz resultado danoso não desejoso (BITENCOURT, 2010).

Nas palavras do conceituado jurista Guilherme de Souza Nucci: “O dolo é a regra; a culpa, exceção. Para se punir alguém por delito culposo, é indispensável que a culpa venha expressamente delineada no tipo penal” (NUCCI, 2009, p. 231). A conduta culposa corresponde à semelhança do dolo, à ação voluntária por parte do agente, entretanto, este não possui interesse na ocorrência do resultado. Incorre, portanto, o agente em conduta lícita, provocando o resultado danoso por imprudência, negligência ou imperícia (GRECO, 2008).

Realiza o agente, portanto, conduta com certo defeito, de forma imprudente, negligente ou mesmo sem perícia para tal, de maneira que a sua irresponsabilidade fere o dever de cuidado e conseqüentemente produz um resultado danoso. Para melhor compreensão do instituto da culpa, a doutrina classifica esta modalidade culposa em duas espécies: A culpa *inconsciente* e a *consciente*.

A culpa *inconsciente* compreende a modalidade na qual o agente não compreende a possibilidade do resultado. Assim, na culpa inconsciente o agente não prevê o resultado fruto da sua conduta, em que pese ser o resultado previsível, pois, aquele desconhece o perigo efetivo que o seu ato pode provocar ao bem tutelado (MIRABETE, 2008).

Exemplo de conduta culposa inconsciente compreende um indivíduo que arremessa o objeto pela janela, acreditando não haver ninguém do outro lado que possa ser atingido. Neste caso, a conduta de arremessar o objeto não possui tipificação penal, e também não existe intenção do agente em provocar qualquer dano. Contudo, a falta de cuidado na conduta, ao gerar o dano, imputará ao agente a responsabilidade pelo resultado provocado à título de culpa.

Com relação à culpa *consciente*, esta compreende a situação em que o agente preveja a possibilidade do resultado, contudo, entenda ser possível evitá-lo, mesmo agindo com perceptiva falta de cuidado. Importante ressaltar que se faz necessário

que o agente, além de prever o resultado da sua conduta, manifeste sua intenção em evitá-lo, e até mesmo, empreenda esforços neste sentido.

Neste sentido, a conduta do agente não deve demonstrar qualquer vontade com a obtenção do resultado, devendo este ter plena convicção de que pode evitá-lo por meio da sua habilidade ou circunstância impeditiva.

Neste diapasão, esclarece o professor Damásio:

A culpa consciente, ou culpa com representação, culpa *ex lascívia*, surge quando o sujeito é capaz de prever o resultado, o prevê, porém crê piamente em sua não-produção; ele confia em que sua ação conduzirá tão-somente ao resultado que pretende, o que só não ocorre por erro no cálculo ou erro na execução (JESUS, 2016, p. 1404).

É importante considerar que o resultado ocorre por erro na execução da ação, seja porque o agente confia nas suas habilidades para evitá-lo, ou, porque acredita ser mínima a possibilidade de ocorrência do mesmo. Não se trata de indiferença do agente no tocante à ocorrência do resultado, mas em sua convicção de que este não ocorrerá.

Na prática, esta distinção entre as modalidades de culpa não possui grande relevância para aplicação do tipo culposo previsto em lei. Contudo, tem a doutrina considerado esta subclassificação como fator relevante, tratando desta forma a culpa consciente como mais grave em face da previsibilidade do resultado, e a culpa inconsciente, como de menor gravidade em face da convicção de não ocorrência do resultado.

2.4 A difícil distinção entre o Dolo Eventual e a Culpa Consciente

São os institutos do dolo eventual e da culpa consciente mui similares dentro do Direito Penal, de forma que, diferenciar um do outro é uma tarefa extremamente difícil. Trata-se de uma das mais complexas discussões dogmáticas do Direito Penal, uma vez que em ambos o agente prevê o risco do dano e persiste na conduta. Isto faz com seja praticamente impossível sustentar elementos que distingam os dois institutos (MEZGER *apud* PIERANGELI, 2007). Esta concepção mostra o quanto a doutrina, mesmo mediante a tantos esforços, labutam em meios a dificuldades quanto a estabelecer um sólido e conclusivo diferencial entre estes institutos.

A maior dificuldade na diferenciação do dolo eventual da culpa consciente está na complexidade de identificar a vontade do agente ou a sua indiferença quanto a

ocorrência do resultado. Assim, a vontade não pode ser reconhecida por mera especulação baseada no fator emocional (WELZEL *apud* PIERANGELI, 2007).

Desta forma, conforme explicado acima, a própria divergência doutrinária contribui para que haja uma insegurança jurídica na produção da jurisprudência, pois, o limiar tênue entre a caracterização do dolo eventual e a culpa consciente dificultam tal aplicação. Em ambas as situações, seja pelo dolo ou pela culpa, o agente tem a possibilidade de prever o resultado da sua ação, morando com tudo a diferença num contexto de subjetividade do seu consciente.

A previsão de resultado é, portanto, ponto comum entre os tipos do dolo eventual e da culpa consciente, diferindo assim no que tange a aceitação da produção do resultado. Em virtude de residir a questão da vontade no intelecto do agente, muitos doutrinadores criticam a figura do dolo eventual, uma vez que consideram impossível acessar a dimensão da intenção de produzir o resultado ou sua indiferença em provocá-lo, conforme quadro ilustrativo:

RESULTADO	CULPA CONSCIENTE	DOLO EVENTUAL
PREVISÍVEL (Previsibilidade objetiva)	SIM	SIM
PREVISTO (Previsibilidade subjetiva)	SIM	SIM
ACEITO (teoria do assentimento)	NÃO	SIM
DESEJADO (teoria da vontade)	NÃO	NÃO

Parece sobremodo complexo distinguir o dolo eventual da culpa consciente no caso prático, em virtude da dificuldade de se mensurar o elemento subjetivo do dolo eventual delimitado pelo intelecto do agente causador do dano. Para o renomado professor e doutor Cezar Bitencourt:

Os limites fronteiriços entre o dolo eventual e a culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da Teoria do delito. Há entre ambos um traço em comum: a previsão do resultado proibido. Mas, enquanto no dolo eventual o agente anui ao advento desse resultado, assumindo o risco de produzi-lo, em vez de renunciar à ação na culpa consciente, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, na esperança convicta de que este não ocorrerá. (BITENCOURT, 2010, p. 331).

O autor deixa claro que o elemento de diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente se debruça sobre a consentimento do agente em produzir o resultado, sendo este indiferente a provocação do dano, ainda que não deseje diretamente produzi-lo. Assim, além de reconhecer o risco de provocar danos ao bem tutelado, é necessário o conformismo do agente com relação ao resultado.

Contudo, compreende-se também que não se conseguiria condenar o agente infrator se necessário fosse provar a sua vontade subjetiva em produzir o resultado, uma vez que isso só seria possível mediante confissão do próprio, vez que somente ele pode externar acerca do seu intelecto e, uma vez que não existe fórmula psíquica ostensiva para determinar o seu consentimento em produzir o resultado (JESUS, 2011). Assim, deve se ater então ao momento anterior à ação, avaliando, portanto, o comportamento do agente e a sua Indiferença com relação ao resultado.

Pode-se dizer que na culpa consciente, apesar de existir a previsão do resultado, compreende-se que o agente tem plena convicção de que este não ocorrerá, uma vez que considera possível evitá-lo. No dolo eventual, por sua vez, o agente, ainda que não planeje obter o resultado, comporta-se indiferente à sua produção, aceitando o risco de produzi-lo.

Neste sentido, os juristas Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli esclarecem que o dolo eventual se caracteriza na “conduta daquele que diz a si mesmo: ‘que agente’, ‘que se incomode’, ‘se acontecer, azar’, ‘não me importo’ [...]. É, portanto, o limite entre o dolo eventual e a culpa com representação um terreno movediço, embora bem mais no campo processual do que no penal” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 428).

Segundo o Mestre Cleber Masson: "(...) o dolo eventual, assim como o dolo direto, não tem a sua comprovação limitada ao psiquismo interno do agente" (2010, p. 252). Neste sentido, não se pode adotar a possibilidade do dolo eventual buscando comprovação da vontade direta do agente, pois, ainda que não desejando propositalmente o resultado produzido, pode o agente aceitar que isto ocorra, se comportando de forma indiferente a sua ocorrência. Segundo o autor, a doutrina majoritária tem se posicionado no sentido de que, para a caracterização do dolo eventual, faz-se desnecessária a comprovação do consentimento do agente com o resultado, devendo para tanto serem consideradas as circunstâncias que antecederam o delito cometido.

Nesta linha de raciocínio, conforme explicado acima, tem-se por exemplo, que um motorista que por ventura ocasione a morte de alguém após combinar a ingestão de bebidas alcoólicas com uma velocidade além dos limites regulamentares em uma via extremamente movimentada, pode ser julgado pelo homicídio a título de dolo, tendo em vista as circunstâncias que antecedem ao fato, pois, estas demonstram um descaso excessivo com relação ao risco de produzir o resultado danoso.

Desta forma, ainda que não tenha intenção de causar a morte de outrem ao dirigir seu veículo automotor em circunstâncias precárias e irresponsável como nos casos de embriaguez e outras condutas vedadas pela legislação de trânsito, o agente pode responder dolosamente pela morte provocada, tendo em vista o grau de risco assumido na conduta. Não obstante, a plena convicção de que o agente não queria o resultado, acreditando não incorrer em riscos para o cometê-lo, poderá caracterizar a modalidade culposa, conforme entendimento jurisprudencial.

2.5 A aplicabilidade da Lei Penal subsidiariamente à lei especial.

Importante destacar que a legislação penal dispôs sobre a sua aplicabilidade aos fatos vedados pela legislação especial para os casos em que esta não dispusesse argumento em contrário. Vale ressaltar que, diferentemente da evolução despenalizadora da legislação penal brasileira, o CTB, quando criado, apresentou uma verdadeira exasperação de pena (BITENCOURT, 1999), pois, elencou a aplicação de acréscimos de pena para resultados decorrentes de uma mesma conduta.

Assim, percebe-se uma falta de sintonia do legislador quanto a elaboração das normas citadas. Contudo, em que pese a regra já estabelecida anteriormente na legislação penal, o Código de Trânsito Brasileiro previu no seu conteúdo a possibilidade da aplicação subsidiária das normas gerais do Direito Penal e do Direito Processual Penal nos crimes de trânsito, ratificando assim a regra já estabelecida na legislação geral, conforme *caput* do art. 291 do CTB:

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber (BRASIL, 1997).

Não se valendo apenas de críticas pela distorção quanto a despenalização de condutas menos graves, a nova legislação de trânsito trouxe importantes inovações como a criminalização das condutas de embriaguez na condução de veículos automotores e o homicídio e lesão corporal praticados na direção destes.

Importante, pois, assimilar que à medida que a lei especial, neste caso o CTB, se abstém de dispor sobre regras que devem ser impostas ao tratamento das suas condutas típicas, servir-se-á, portanto, ao caso concreto, das normas gerais do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

A dogmática jurídica preza pela observação dos conceitos inerentes ao Direito Penal, de forma que estes devem embasar a aplicação do direito em questão. Deve haver uma incursão do aplicador no intuito de buscar o correto pensamento que impulsionou o legislador na elaboração da norma. Como já visto, o dolo difere da culpa, o que naturalmente imputa penalidades totalmente diversas um instituto do outro.

Ao que parece, preferiu compreender o legislador que o homicídio decorrente do uso do álcool tão somente pode configurar a modalidade culposa, haja vista a manutenção da ausência do tipo dolo no CTB, mesmo mediante diversas alterações. Naturalmente que há de se observar a gravidade da conduta de dirigir um veículo sob o efeito de álcool, mas também se faz necessário analisar o caso e a norma antes compreender este ato como sendo doloso, evitando assim imputar o dolo onde deveria ser culpa.

3. O PROBLEMA DAS MORTES NO TRÂNSITO E AS INVESTIDAS DO LEGISLADOR

3.1 Contextualização histórica e aspectos gerais da violência no trânsito

Para melhor compreender acerca das mortes no trânsito, é necessário considerar um aspecto histórico sobretudo importante: O aumento da frota nacional ao longo dos anos e sua relação com o número de residentes no país. O número de veículos aumentou em maior proporção que o crescimento da população. O número de pessoas com automóveis no Brasil cresceu de forma acelerada, de forma que em 1996 o número de residentes por automóvel correspondia aproximadamente a 9,4. Alguns anos depois, mais precisamente por volta do ano de 2005, esse número havia evoluído para 8,0 (ANFAVEA, 2007).

Ocorre que já por volta do ano de 1970, o país alcançou uma marca de 3,1 milhões de automóveis, sendo que este número saltou para mais de 26 milhões em apenas 25 anos. Uma década mais tarde, em 2006, esta marca ultrapassara os mais de 45 milhões de veículos no território nacional. Esses números demonstram que houvera uma grande necessidade de uma política pública que acompanhasse essa evolução do trânsito. Contudo, as medidas tomadas pelo Congresso Nacional parecem não ter acompanhado na mesma velocidade o aumento da frota de veículos e também da população, de forma que o aperfeiçoamento dessa relação, que estava se expandindo entre o automóvel e o ser humano, marchou em maior velocidade que o previsto.

Importante destacar que o desenvolvimento viário e o projeto de crescimento urbano também não acompanharam em equilibrada proporção o aumento do volume do tráfego, vez que este ocorreu de forma bem mais acelerada. Desta maneira, o avanço do trânsito impactou na qualidade de vida do cidadão brasileiro, sobretudo nas grandes urbes, que sofreram primeiro as consequências disto por lhe darem com fatores como a poluição ocasionada pelos veículos automotores, o acréscimo de tempo dos trajetos trazido por engarrafamentos de trânsito, entre outros. Esse novo cenário de estresse humano, ocasionado pelos problemas acima mencionados, acabou trazendo à tona muitos conflitos e ocorrências de acidentes no trânsito, contribuindo assim com o passar do tempo, juntamente com o aumento de veículos,

para o desencadeamento de diferentes tipos de agressão no trânsito (MARIN e QUEIROZ, 2000).

O trânsito passou vigorar como importante fator da vida social, influenciando até mesmo o estilo de vida do brasileiro. O transporte rodoviário passou a ser, e até hoje é, o principal meio de locomoção entre os brasileiros, de forma que também se revelou como um elemento contribuidor de relacionamentos interpessoais e profissionais, e até mesmo, passou a atribuir ao indivíduo um maior status e poder social. Não é por acaso que o trânsito é palco para a exasperação de sentimentos e comportamentos hostis, de forma que funciona como teatro para ocorrências violentas que decorrem de imprudências e mesmo de condutas criminosas.

Diversos são os fatores que contribuem para a ocorrência de acidentes, dentre os quais vale destacar a questão da velocidade excessiva. Obviamente que outras razões podem contribuir ou mesmo ser o motivo principal da ocorrência do acidente no trânsito, contudo, importante destaque deve ser dado à velocidade excessiva, tendo em vista que esta, mesmo quando não atrelada à causa principal do acidente, potencializa os seus danos.

Não obstante, a atenção destinada à contribuição da velocidade excessiva para a ocorrência dos acidentes ou agravamento destes, outros fatores como a falha mecânica, as más condições das vias de circulação, a falta de atenção do motorista, entre outros, pode figurar com impulsionador principal da ocorrência de acidente. Desta forma, ao longo dos anos foram desenvolvidas medidas de segurança direcionadas, na maioria das vezes, ao controle da velocidade que muitos condutores desenvolvem, buscando assim, por meio da lei, minimizar os danos decorrentes desta (ENOKI, 2004).

O número elevado de mortes no trânsito brasileiro faz deste um importante problema de saúde pública, tendo em vista que sobrecarrega a máquina pública em função dos elevados percentuais de internação e dos altos custos hospitalares que promove. Além disto, provocam outros problemas graves para a sociedade tais como as perdas materiais, despesas previdenciárias e, por óbvio, enorme sofrimento para as vítimas e seus familiares, decorrentes das vidas ceifadas nos acidentes de trânsito (BRANCO e BEKESAS, 1999).

Assim, conforme explicado acima, além ceifar preciosas e produtivas vidas da sociedade, a violência no trânsito contribui para enormes despesas que vão desde as internações, exames de alto custo e procedimentos cirúrgicos, até mesmo

abrangendo questões como a necessidade do acompanhamento psicológico, próteses e reabilitação. O prejuízo à saúde daqueles que escapam da morte se estende aos seus sonhos e a sua vida produtiva, trazendo à sociedade novos e indesejados custos.

Os acidentes de trânsito, hoje, são alvos de preocupação não só no Brasil, mas na maior parte do mundo. E neste quesito, os números brasileiros são alarmantes e representam grande parcela das ocorrências em todo o planeta. Infelizmente, cada vez mais os acidentes que provocam mortes no mundo inteiro estão associados aos veículos automotores, de forma que estes alcançam pessoas das mais variadas idades, conforme ratificam Selma Maffei de Andrade e Maria Helena P. de Mello Jorge:

Os acidentes de transporte terrestre são juntados em um agrupamento de razões de mortes não naturais, chamadas causas externas, em que se compreendem todos os tipos de acidente (de transporte, quedas, afogamentos e outros), as lesões intencionais (homicídios, suicídios e intervenções legais) e as lesões geradas em situações de intencionalidade ignorada (ou causa de tipo ignorado), sendo, hoje, considerada no capítulo XX da Classificação Internacional de doenças, décima revisão (ANDRADE e JORGE, 2000, p. 149).

O Brasil, em virtude da desenfreada e descontrolada assiduidade dos acidentes de trânsito no Brasil, tem se destacado nos últimos entre os países com maiores números de genocídio motorizado. Neste cenário de guerra do trânsito brasileiro, nenhuma pessoa está inteiramente excluída de ser vitimada, e isso independe do círculo social ou classe econômica a que pertença, ou ainda, do gênero ou da idade. Qualquer um podem acabar sendo vítima de pessoas inconsequentes e ter suas preciosas vidas perdidas na guerra cotidiana que ocorre no trânsito nacional.

Ressalta-se que os jovens estão entre as principais vítimas da violência no trânsito brasileiro, de forma que uma importante análise acerca desta faixa etária da sociedade necessita ser realizada. Em grande parte dos casos de acidentes que acabam em morte, conforme mencionam Maria Tereza Mardin Sauer e Mario Bernardes Wagner, o condutor que está envolvido é, na maior parte das vezes, um jovem ou adulto jovem:

Tanto condutores quanto passageiros jovens estão desproporcionalmente abrangidos em acidentes de trânsito com vítimas, quando confrontados com condutores de outras faixas etárias. Ratificam que peculiares próprias dessa faixa etária como: precocidade, sentimento de onipotência, disposição de superestimar suas capacidades, pouco conhecimento e habilidade para conduzir e comportamentos de risco são fatores de riscos para acidente de trânsito (SAUER e WAGNER, 2003, p. 1519).

Observa-se elevada incidência de acidentes de trânsito envolvendo pessoas do sexo masculino, sobretudo jovens, pois, eles mais frequentemente se abstêm de suas responsabilidades nos acidentes de trânsito. Em grande parte das vezes, os jovens ignoram o senso de responsabilidade e consomem bebidas alcoólicas e/ou também outras drogas de forma acentuada, por isso, acabam abusando dos limites de velocidade e desobedecem outras normas de segurança no trânsito. Consequência disto é o aumento dos casos de acidentes com mortes de condutores jovens (ANDRADE, 2003).

Destaca-se que muitas são as demais razões que contribuem para a ocorrência dos desastres no trânsito, entre elas: A falha humana como descuido, imperícia, precipitação, a falta de informação sobre o veículo e a desobediência às leis de trânsito; A falha mecânica; As más qualidades das estradas e rodovias como a falta de sinalização, buracos e em alguns episódios águas sobre a pista; E ainda pneus em más condições e também freios desgastados (BRUNS, 2005). Contudo, a combinação de álcool e direção reserva um espaço de grande abrangência nas estatísticas de mortes no trânsito.

Também é no trânsito que a violência mostra a sua face cruel: competição, brigas, agressões, assassinatos por motivos fúteis, desafios às autoridades, infrações, crimes, impunidade, desrespeito pelos semelhantes, etc. (HOFFMAN, CRUZ e ALCHIERI, 2003, p. 130).

Como é possível compreender, segundo os autores já mencionados, grande parcela dos acidentes de trânsito acontece por puro desrespeito à legislação pertinente e às orientações de segurança preventiva, e como visto, isto vai além da faixa etária, do gênero, ou mesmo das classes socioeconômicas. O desrespeito às normas de trânsito envolve, em grande parte dos casos, aspectos como o excesso de velocidade combinada com o consumo de bebidas alcoólicas antecipadamente à direção de veículos automotores.

3.2 O advento do Código de Trânsito Brasileiro - Lei nº 9.503/97

Antes de vigorar o CTB, os condutores de veículos que praticassem infrações graves eram punidos pela subsunção e aplicação de tipos previstos no Código Penal Brasileiro e também na Lei de Contravenções Penais. Deste modo, pode-se dizer, que antes do código de trânsito, a título de exemplo, o condutor que provocasse lesões

corporais em outrem enquanto dirigia o seu veículo automotor seria punido pelo crime de lesões corporais, e isso poderia ser interpretado como sendo uma ação dolosa ou culposa. Importava apenas a verificação objetiva acerca da existência do dolo ou da culpa na referida conduta (GULLI, 2012). Desta forma, se por ventura alguém fosse flagrado dirigindo embriagado e inserido numa conduta que gerasse qualquer perigo, deveria responder o condutor criminalmente, vez que estaria praticando uma contravenção penal, que por sua vez, doutrinariamente, era chamada de direção perigosa.

Assim, a promulgação da Lei nº 9.503/97 trouxe muitas inovações para normatização do trânsito brasileiro no intuito de frear o auto índice de acidentes de trânsito à época “para fazer face a este incremento, que nos levou à triste condição de recordista mundial de acidentes” (NASCIMENTO, 1999, p. 1). O capitalismo inserido no modo de vida do brasileiro fez com que, ao longo dos anos, o veículo se tornasse objeto de projeção social, contribuindo para a ascensão da violência por meio do trânsito.

Os acidentes, que outrora se limitavam às estradas rurais, passaram a migrar para os centros urbanos, onde se fazia presente maior necessidade de demonstração de poder social. Não foi à-toa que o legislador, através da Lei nº 9.503/97, estendeu aos municípios à responsabilidade de promover medidas em pró da segurança do trânsito, combatendo assim os elevados números de acidentes registrados.

A chegada das normas de circulação instituiu um novo direito: o direito de usufruir de um trânsito seguro, devendo ser este incluído entre os direitos avaliados como sendo essenciais para a vida de todos, tais como: cidadania, soberania, liberdade e tantos outros, elencados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (RIZZARDO, 2013).

Conforme explicado acima, seria importante que o estado promovesse uma garantia do direito ao trânsito seguro, preparado ou esquematizado, resguardando à vida e a incolumidade física das pessoas. Neste sentido, a legislação de trânsito passou por diversas modificações, sobretudo, com intuito de punir as condutas irresponsáveis praticadas ao volante.

Inicialmente, a Lei nº 9.503/97 promoveu alguns avanços nas regras de circulação, criminalizando condutas antes tidas como meras contravenções, majorando também condutas infracionais já tipificadas até então. Estudos, porém, passaram a coligar medidas reais de controle na tentativa de reduzir o número de

ocorrências e/ou a questão da gravidade dos acidentes (SOARES e BARROS, 2006). Contudo, foi elaborada a supracitada Lei com um enfoque de pacificidade, vez que buscara a conscientização do condutor e cidadão. Não obstante, elencou no seu arcabouço um capítulo destinado especificamente aos crimes de trânsito, fato este sobremodo importante.

Contudo, parece este apelo de conscientização dos condutores quanto à responsabilidade no trânsito ter sido também o viés da elaboração das punições destinadas aos infratores em casos de cometimento de crimes ao volante. Exemplo disto foram as tolerâncias estabelecidas em lei como o percentual mínimo de alcoolemia no sangue. O texto original da Lei nº 9.503/97 trazia até mesmo na seara administrativa a possibilidade de o condutor ingerir uma quantidade de álcool de até seis decigramas por litro de sangue sem que cometesse qualquer ilícito.

Importante salientar que, em grande parte dos acidentes de trânsito, o condutor age de forma indiferente à legislação, e mesmo com total desrespeito às normas de circulação, envolvendo muitas vezes o excesso de velocidade combinado com o consumo de bebidas alcoólicas antecipadamente à direção de veículos automotores:

As pesquisas e as estatísticas de organismos oficiais evidenciam que, no trânsito, entre as falhas mais frequentes e importantes, estão o abuso do álcool, a velocidade, o sono, a fadiga, as distrações e alguns estados psicofísicos especiais (HOFFMAN, CRUZ e ALCHIERI, 2003, p. 383).

Assim, inevitavelmente o legislador necessitou criminalizar condutas conhecidamente provocadoras de acidentes. Condutas como a embriaguez ao volante e o emprego de alta velocidade nas vias públicas passaram a ser alvos do poder público para que vidas fossem preservadas. O direito de ir e vir pertence ao cidadão, entretanto, a condução de veículo automotor em via pública deve ser tratada como concessão do estado, pois, envolvem a segurança coletiva.

Naquele momento da sua promulgação, o CTB foi muito importante para distribuir responsabilidades entre os entes federativos, de modo a acompanhar o cenário que se desenhava em torno do trânsito nacional. Vale ressaltar, porém, o rápido crescimento do trânsito e suas peculiaridades, pois, logo se demonstrara como teatro de inúmeras vidas ceifadas por condutas irresponsáveis que não possuíam a devida penalidade. Desta forma, deveria tão logo o legislador promover atualizações na Lei para que vidas fossem preservadas.

3.3 A evolução da Lei nº 9.503/97

A legislação de trânsito passou por inúmeras atualizações, das quais vale destacar a ocorrida em 2006, com a Lei nº 11.275/06, que trouxe ao CTB algumas importantes alterações, sobretudo, no que diz respeito a ingestão de bebidas alcoólicas e a direção veicular. Reconhecendo a ineficácia da legislação anterior no tocante ao enfrentamento do crime de embriaguez ao volante, o poder público retirou o limite mínimo de álcool da infração administrativa, promovendo também outras poucas alterações ao dispositivo original.

A nova lei trouxe uma proposta inovadora com a retirada do limite de tolerância que era estabelecido na infração administrativa. Deixou, contudo, de promover qualquer alteração a conduta do crime (NOGUEIRA, 2009). Assim, para a caracterização do delito do artigo 306, referente ao crime de embriaguez ao volante, além da ingestão de álcool acima dos limites estabelecidos em lei, ou uso de substância com efeitos análogos, era necessário que o agente promovesse um perigo concreto de dano, sem o qual restava descaracterizado o crime.

No que tange às medidas de comprovação da condição de embriaguez do condutor por parte do agente da autoridade de trânsito, passou-se a aceitar como prova o laudo de constatação acerca da alteração dos sinais psicomotores do motorista. Desta forma, se o condutor se recusasse a se submeter aos testes previstos no *caput* do artigo 277 do CTB, poderia o agente, por meio de critérios técnicos, atestar o comprometimento da sua capacidade de dirigir.

Vale salientar que as novas regras inseridas no artigo 277 abrangeram tão somente as infrações administrativas, não contemplando o capítulo dos crimes de trânsito da Lei nº 9.503/97.

Outra mudança importante trazida Lei nº 11.275/06, todavia, alvo de críticas por parte de doutrinadores, foi a inserção da condução sob efeito de álcool, substância tóxica, ou ainda por substâncias análogas, como causa de aumento de pena do crime previsto no artigo 302. Desta forma, pelo menos, o legislador cessou por ora a dúvida doutrinária quanto a absorção ou não da embriaguez pelos delitos de homicídio e lesão corporal culposos (JESUS, 2009).

Depois, disto, em 2008, a legislação de trânsito passou por nova reformulação, quando foi promulgada a Lei nº 11.705/08, a qual acabou trouxe modificações para o tipo penal que constava no art. 306, retirando a exigência do aspecto elementar

“expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Apesar de manter alguns aspectos já previstos na Lei nº 9.503/97, como, por exemplo a exigência de que a direção do veículo automotor se desse em via pública, a chegada da Lei nº 11.705/08 trouxe normas diretamente atreladas aos níveis de alcoolemia no sangue, ou influência de outro tipo de substância psicoativa, de forma que o nível de embriaguez ao volante deveria obrigatoriamente ser constatado para que fosse configurado o ato lesivo (FONSECA, 2013).

Ao estabelecer o índice quantitativo de álcool no sangue, amarrou o legislador a caracterização do crime à necessidade realização de exame para constatação do nível de embriaguez do motorista. Assim, quando o teste acusasse teor de álcool abaixo de seis decigramas por litro de sangue, ou se a substância identificada não fosse psicoativa e geradora de dependência, isso resultaria erro de tipo, não havendo cometimento do crime de trânsito.

Ressalta ainda José Geraldo da Fonseca no tocante às “substâncias psicoativas”, pois, dentro deste conceito estão inseridas todas aquelas que atuam de modo a alterar o funcionamento cerebral, comprometendo a capacidade psicomotora do condutor. Portanto, destaca-se que isso acomete não somente as drogas ilícitas, mas também algumas drogas lícitas. Os fármacos, por exemplo, seja ele de uso regular ou controlado, constituem também drogas, e podem ser compreendidos como substâncias ilícitas quando relacionadas à conduta do art. 306. Assim, psicotrópicos; hipnóticos; indutores de sono; antidepressivos; ansiolíticos; moderadores de apetite; e mesmo anestésicos, podem imputar ao condutor do veículo a dependência citada pela legislação, caracterizando o crime de trânsito.

A proposta trazida pela Lei nº 11.275/06, no tocante à recusa do condutor em e submeter aos testes de alcoolemia, foi aprimorada pela nova redação que, além de confirmar a possibilidade de prova por meio da constatação dos “notórios sinais de embriaguez”, passou a acatar o relato do agente da autoridade de trânsito acerca da “excitação ou torpor” relacionados à ingestão de álcool. Isto implica dizer que caberá ao agente de trânsito promover os meios para comprovar a infração por das possibilidades previstas no parágrafo 2º do art. 277 do CTB.

Em 2012 a legislação passou por nova alteração com as premissas trazidas pela Lei nº 12.760/12, a nova e mais dura “Lei Seca”, que, diferentemente da anterior, não estabeleceu nenhum grau de concentração de álcool ou outra substância psicoativa a ser medida no sangue do condutor. Assim, bastava que se atestasse o

comprometimento da capacidade psicomotora do motorista no momento do acidente, e que esta decorreria da ingestão de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que causasse dependência (OLIVEIRA, 2013). Para efeitos da infração administrativa, a nova Lei estabeleceu a tolerância zero para o consumo de álcool ao volante.

Destarte, em se tratando do tempo de pena para o infrator de trânsito do art. 306 do CTB, não houve alteração, prevalecendo a pena anteriormente prevista de 6 meses a 3 anos de detenção. Caracterizar-se-ia o perigo de dano quando verificada a concentração de álcool sanguínea ou pulmonar, não se estabelecendo mais a ocorrência de dano (GOMES, 2013).

Desta forma, restaria caracterizado o perigo pelo simples fato de ter o condutor ingerido bebida alcoólica ou substância análoga acima dos limites estabelecidos em lei. O crime de embriaguez passou então a configurar como crime de perigo abstrato na conduta prevista no inciso I.

Fato relevante diz respeito a outra inovação desenvolvida pela lei de 2012 que, em seus artigos, inseriu o direito da pessoa acusada à contraprova, dispositivo que não existia na redação anterior (ARAÚJO JR, 2013). Portanto, ficou estabelecido que, caso o condutor fosse flagrado com capacidade psicomotora comprometida por meios legais pelos agentes, teria o infrator uma chance de poder apresentar laudo de verificação por meio de perícia particular, ou ainda, poderia por lei ter direito de requisitar à autoridade policial a realização de exames com maior exatidão. Esses laudos particulares poderiam ser considerados pela autoridade quando em análise posterior da sua conduta criminosa. O novo regulamento acompanhou uma tendência ora foi iniciada pela Lei nº 12.403/11 no tocante ao contraditório durante a fase preliminar de investigação.

Fato importante a ser mensurado é que, antes da Lei nº 12.760/12, no que respeito ao cometimento do crime de embriaguez ao volante, era necessário que a condução de veículo automotor se desse em via pública. Tem-se aqui outra mudança, portanto, da nova Lei, que modificou a redação do art. 306, suprimindo o critério da localidade pública, considerando o crime de embriaguez ao volante independentemente do local da ocorrência, seja o local público ou privado. Esta mudança conseguiu representar estimável ampliação no alcance da regra punitiva. O ajustamento estabelecido pela nova redação trouxe maior coerência com as infrações de homicídio culposo e lesão corporal culposa, as quais, por sua vez, não estavam atreladas ao cometimento em via pública.

Assim, houve uma evolução da redação do Código de Trânsito Brasileiro desde a redação original, passando pelas mudanças importantes da Lei nº 11.705/08, sobretudo no tocante ao art. 306 do CTB, onde antes era exigido a ocorrência de perigo concreto, passando então a ser acatado o simples perigo abstrato (SANNINI NETO e CABETTE, 2012).

Vale ressaltar que os defeitos da velha Lei Seca foram os motivos principais pelo qual o legislador promulgou com urgência a Lei nº 12.760/12, como, por exemplo a dependência da comprovação técnica da exata quantidade de álcool no sangue do condutor, de modo que em caso contrário, não era possível imputação de qualquer infração penal mediante a falta da prova prevista (OLIVEIRA, 2013).

Destaca-se também na Lei nº 12.971/12 a inserção do exame toxicológico, inserido nos parágrafos 2º e 3º do art. 306 do antigo CTB. A partir de então, passou a ser possível a obtenção de prova da capacidade psicomotora alterada meio do teste toxicológico.

3.4 As últimas atualizações do CTB

Ao longo dos últimos anos, a irresponsabilidade continuou imperando no trânsito brasileiro, de forma que muitas foram as mortes decorrentes de condutas ilícitas como a conhecida ingestão de álcool antecipadamente à direção de veículos automotores. O número crescente de infrações de trânsito, principalmente quanto ao consumo exagerado de álcool, deu novo enfoque ao cenário de discussão sobre a possibilidade de imputação do tipo penal doloso nos crimes de trânsito.

Neste cenário, as notícias acerca da violência no trânsito ganharam destaque nos diversos meios de comunicação, de forma que a imprensa começou a desenvolver matérias sensacionalistas a cada caso de morte no trânsito. Sendo grande parcela das mortes decorrentes da conduta de embriaguez ao volante, buscava a mídia questionar acerca da impunidade dos agentes causadores, demonstrando muitas vezes nas reportagens cenas traumáticas das ocorrências e entrevistas com familiares abatidos pela perda do ente querido.

Assim, instalou-se um clamor popular e uma necessidade de se buscar através destas matérias uma maior rigidez para os casos de homicídios praticados no trânsito, de forma que o condutor que provocara a morte de outrem deveria ser penalizado com dor proporcional ao sofrimento que causou (GOMES, 2013). Debruçou-se assim a

mídia a explorar a propaganda sobre a violência do trânsito através da inclinação para a solução por meio reconhecimento do dolo eventual naquelas condutas.

Desta forma, a reiterada veiculação de casos de homicídios de trânsito decorrentes do uso de álcool na mídia incitou o clamor popular para que medidas emergenciais neste sentido fossem tomadas, o que contribuiu para que os tribunais, considerando a passividade do legislador, buscasse meios de penalizar tais condutas com maior rigor. Nas palavras do professor Rogério Greco:

A Justiça, previda pelas notícias veiculadas, bem como pelo clamor social, começou a se intimidar e passou a mudar conceitos que, até então, eram tratados com distinção pelo Direito Penal. As teorias, que motivaram a inclusão dessas modalidades de elementos subjetivos em nossa legislação penal, foram sendo, aos poucos, deixadas de lado. O que importava, na verdade, era dar uma resposta dura e rápida a esses infratores (GRECO, 2014).

Segundo o autor, os tribunais sofreram influência do da difusão midiática que conduziu a popular à necessidade de justiça por meio de maior rigor aos casos de mortes ocorridas no trânsito. De forma que, no intuito de promover satisfação à sociedade, tribunais desconsideraram premissas importantes do Direito Penal, permitindo que reinasse razoável instabilidade jurídica no âmbito destes julgamentos.

Instalada tamanha insegurança jurídica por serem casos similares julgados de forma sobremodo diferentes em decorrência, por exemplo da publicação da mídia acerca de alguns deles, tornou-se necessário que alguma providência por parte do legislador deveria ser tomada no intuito de direcionar as interpretações jurisprudenciais num mesmo sentido. Neste sentido, visando dirimir conflitos acerca da imputação do tipo dolo ou culposos nos homicídios de trânsito, o legislador elaborou a Lei nº 12.971/14.

Importantes alterações foram trazidas ao CTB pela promulgação da Lei nº 12.971/14, que destacou importantes modificações, sobretudo, relacionadas à parte penal da norma. A nova norma direcionou enfoque em coibir de forma mais rigorosa as condutas de embriaguez e participação em competições realizadas na via pública. Contudo, foi a nova Lei alvo de inúmeras críticas pela doutrina, principalmente em decorrência da sua má elaboração.

Entretanto, o legislador perdeu mais uma vez a oportunidade de reformar e aperfeiçoar a norma no que diz respeito ao homicídio de trânsito de forma a torná-la mais eficiente e equilibrada com como homicídio previsto na legislação penal. Manteve o legislador, portanto, a modalidade única já prevista quanto ao homicídio

culposo. Desta forma, ao verificar a presença do elemento doloso, o Poder Judiciário continuaria necessitando remeter o crime de trânsito à legislação geral (NUCCI, 2014).

De forma equivocada o legislador um parágrafo ao crime de homicídio praticado no trânsito, onde previu que o agente que conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, mantendo o tempo da pena de 2 a 4 anos, modificando somente o tipo qualificado de detenção para reclusão.

A simples alteração da pena privativa de liberdade de detenção para reclusão pelo uso do álcool ao volante não promoveu grande diferença quanto à sensação de impunidade que alimenta a crescente de mortes decorrente destes crimes. Desta forma, o legislador perdeu a oportunidade de dirimir alguns conflitos doutrinários e, sobretudo, perdeu a oportunidade de real majorar às penas para o homicídio praticado ao volante, culminando a modalidade qualificada nas mesmas penas previstas no *caput* do art. 302.

Desta forma, o legislador perdeu a oportunidade de dirimir alguns conflitos doutrinários e, sobretudo, perdeu a oportunidade de real majorar às penas para o homicídio praticado ao volante. Sua pródiga elaboração em mais serviria para promover novos conflitos doutrinários do que para dirimir os existentes, vez que buscara afastar a figura do dolo eventual do homicídio de trânsito por meio de majoração fictícia da pena. O comportamento conhecidamente tido como mais grave pela sociedade, que homicídio decorrente da embriaguez ao volante, passou a ser penalidade, na prática, com as mesmas penas do homicídio culposo simples no trânsito. No que diz respeito ao crime de embriaguez do art. 306, a Lei nº 12.971/14 se restringiu a inserir a possibilidade de prova desta por meio de teste toxicológico.

A criticada Lei ainda instituiu dois tipos penais com nítido conflito quanto à aplicabilidade deles, tendo em vista que ambos compreendem a mesma conduta por parte do agente, divergindo, entretanto, na fixação de penalidades. No art. 302, § 2º, a Lei nº 12.971/14 instituiu a modalidade qualificada para o homicídio culposo praticado por agente que participa de corrida ou outra competição automobilística não autorizada, imputando-lhe a pena de reclusão de 2 a 4 anos. Entretanto, no seu art. 308, a norma instituiu o crime de participar de competição em via pública, de forma que no seu § 2º previu a modalidade qualificada para a situação que desta conduta resulte à morte de outrem, imputando-lhe desta vez a pena de 5 a 10 anos de reclusão.

Dada a inviabilidade das mudanças propostas pela Lei nº 12.971/14, doutrinadores se posicionaram a favor da revogação, por exemplo, do § 2º do art. 302 do CTB, tendo em vista que muito mais promoveu discordância quanto a aplicação da Lei, do que solução para os conflitos doutrinários. Desta forma, o legislador logo necessitou realizar outra alteração através da Lei nº 13.281/16.

Para coibir de forma mais rigorosa a conduta de embriaguez ao volante, a nova Lei instituiu uma maneira de obrigar o condutor a se submeter ao teste de alcoolemia. Segundo o art. 165-A, inserido pela nova redação, o condutor que se recusasse a realizar o teste de alcoolemia receberia punição administrativa similar ao caso de embriaguez. Por óbvio que esta obrigatoriedade de submissão ao exame de alcoolemia gera muita polêmica quanto ao texto constitucional. De todo modo, percebe-se que o legislador ainda busca meios de combater às condutas de uso de álcool ao volante, de forma que é possível visualizar a evolução punitiva no âmbito administrativo neste sentido.

Em decorrência das várias críticas doutrinárias acerca do § 2º do art. 302, o legislador optou por revogá-lo, de forma que a embriaguez deixou de ser considerada elemento qualificador da modalidade culposa. Como o legislador se absteve de inserir nova redação sobre o pleito, perdurou-se a discussão acerca do dolo eventual no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

Assim, atualmente a legislação continua sem dispor do tipo penal doloso para os casos de homicídios praticados aos volantes, de forma que o Poder Judiciário, ao reconhecer o referido tipo penal, deverá remeter à aplicação do Código Penal Brasileiro, submetendo o agente causador da morte ao julgamento o popular.

4. A JURISPRUDÊNCIA NOS DELITOS DE TRÂNSITO

4.1. A mídia e a opinião popular

O problema dos acidentes de trânsito e as mortes consequentes destes é fato relevante e conhecido no Brasil e no mundo. Este assunto é tão relevante que em 2011 a ONU lançou a chamada “Década de ação pela segurança no trânsito”, campanha da qual o Brasil se fez signatário. A campanha tinha por finalidade convocar os países participantes a desenvolverem políticas para redução de mortes no trânsito, vez que cerca de 1,3 milhão de pessoas morriam por ano em todo mundo (ONU, 2011).

O Brasil, por sua vez, representa uma parcela expressiva dentro dos dados levantados pela ONU, tendo em vista as mais de 50 mil mortes ocorridas por ano neste cenário caótico do trânsito nacional.

Ressalta o Cel. Edmundo José de Bastos Júnior que:

(...) o trânsito vem assumindo características de verdadeira calamidade pública, pela quantidade de mortos e feridos e de danos materiais que provoca. Há, por isso, movimento em favor da elaboração de leis especiais e mais rigorosas para tratar dos denominados delitos do ‘automóvel’. Contudo existe outra corrente, mais branda, que enfoca a educação no trânsito. Educar é ensinar que direção perigosa não leva a nada, exceto ao risco. A direção defensiva é uma poderosa ‘arma’ para o combate à violência automobilística (BASTOS JUNIOR, 2006, p. 58).

A mortalidade no trânsito chama a atenção da sociedade e incita a população a desejar maior punição para os casos de homicídios cometidos em decorrência do desrespeito às normas de trânsito, sobretudo quando cometido em razão de condutas seriamente pleiteadas em campanhas e notícias jornalísticas, como é o caso do uso do álcool antes de dirigir. Neste sentido, os meios de comunicação, de uma forma geral, têm influenciado a opinião pública acerca de diversos assuntos, entre eles a violência no trânsito.

É sabido que o sensacionalismo midiático, que impacta na atualidade a sociedade com a publicação de grandes catástrofes através da veiculação de fortes imagens e relatos assombrosos, encontrou nos homicídios de trânsito um meio de angariar audiência e lucratividade (NACIF, 2010). Desta forma, a mídia atrai as atenções da sociedade e, conseqüentemente, influencia a opinião popular acerca dos casos que envolvem as mortes no trânsito.

As veiculações das notícias vinculadas à violência no trânsito têm assegurado à sociedade maior percepção sobre o assunto e a sua gravidade. Ocorre que atualmente a população absorver as informações repassadas pela mídia, de forma que juízos de valores hoje são mais facilmente atribuídos pela opinião popular para casos de mortes no trânsito que decorram de condutas irresponsáveis.

Tem, portanto, absorvido a população uma sensação de brandura por parte do legislador no tocante às condutas de crimes realizadas ao volante, de forma que esta tem cobrado do poder público punições mais severas para os casos de mortes provocadas por condutores irresponsáveis.

Neste seguimento, a população parece não mais assimilar que condutas nocivas como a embriaguez ao volante sejam tratadas pelas autoridades como pura falta de zelo por parte do condutor. Afinal, as estatísticas e campanhas governamentais já deixaram esclarecidos os resultados atingidos pela recorrência de tais condutas. Assim, hoje a sociedade encontra-se mais atenta a cada caso que é veiculada nas mídias sobre mortes no trânsito provocadas por condutores embriagados.

Embora realmente o legislador tenha aderido aos crimes de trânsito certa brandura quanto às penalidades, parece certo concluir que esta atual sensação de impunidade da sociedade tem como combustível principal o sensacionalismo midiático inseridos nas notícias sobre mortes no trânsito. Para aperfeiçoamento da sua audiência, os meios de comunicação veiculam cada vez mais informações e discussões os homicídios de trânsito e os tratamentos jurisdicionais dispensados a estes. Assim, a discussão sobre a aplicação do dolo eventual tem sido cada vez mais recorrente, sobretudo quando decorrem de condutas abusivas à lei especial.

O problema é que esta exploração do assunto pelas mídias sociais e seu conseqüentemente recrutamento da opinião pública influenciam com razoável poder as decisões da magistratura, pressionando juízes e promotores a visualizarem a possibilidade da imputação do tipo doloso nos homicídios de trânsito que envolvem o uso de álcool e velocidade excessiva (GRECO, 2011).

Para o professor Fabrício Corrêa, a repercussão dos homicídios de trânsito em face da extrema divulgação nas mídias sociais parecem distorcer muitas vezes o entendimento dos tribunais, vez que estes vislumbram grande preocupação com a repercussão negativa da decisão em favor do réu acusado de provocar a morte de alguém por razão de sua irresponsabilidade no trânsito (CORREA, 2012).

O professor Rogério Greco, por sua vez, já mencionara há algum tempo que:

Muito se tem discutido ultimamente quanto aos chamados delitos de trânsito. Os jornais, quase que diariamente, dão-nos notícias de motoristas que, além de embriagados, dirigem em velocidade excessiva e, em virtude disso, produzem resultados lastimáveis.

Em geral, ou causam a morte ou deixam sequelas gravíssimas em suas vítimas. Em razão do elevado número de casos de delitos ocorridos no trânsito, surgiram, em vários Estados da Federação, associações com a finalidade de combater esse tipo de criminalidade. O movimento da mídia, exigindo punições mais rígidas, fez com que juízes e promotores passassem a enxergar o delito de trânsito cometido nessas circunstâncias, ou seja, quando houvesse a conjugação da velocidade excessiva com a embriaguez do motorista atropelador, como de dolo eventual, tudo por causa da frase contida na segunda parte do inciso I do art. 18 do Código Penal, que diz ser dolosa a conduta quando o agente assume o risco de produzir o resultado (GRECO, 2011, p. 205).

É preocupante o pressuposto de que condutas como a embriaguez ao volante e a velocidade excessiva podem constituir por si só motivos objetivos para imputação do tipo penal doloso. Estes comportamentos não identificam de forma objetiva o aspecto volitivo do condutor, vez que no seu íntimo pode não haver a indiferença quanto a obtenção do resultado morte decorrente da sua conduta (GRECO, 2011). A imputação do dolo eventual consiste de convicção da consciência da possibilidade do resultado por parte do agente e a sua indiferença quanto à ocorrência do mesmo. Na culpa consciente, por sua vez, o agente não acredita não estar assumindo o risco de produzi o resultado.

Não se pode, contudo, descartar que os homicídios de trânsito podem ser levados ao Tribunal de Júri por meio da imputação do tipo doloso. Fazendo-se presente a previsão do resultado e a sua indiferença quanto a ocorrência do dano, deve então o agente ser devidamente representado pelo delito hediondo da legislação penal.

4.2 O posicionamento dos Tribunais Superiores

Em se tratando da discussão a respeito da aplicação do dolo eventual, certamente os homicídios de trânsito provocados pelo uso de álcool ao dirigir tem sido seu maior alvo. O ato de ingerir bebida alcoólica antes de dirigir não parece por si só suficiente para a imputação do tipo doloso, vez que não comprova a indiferença na conduta do agente causador do dano.

Não obstante, faz-se importante ressaltar o apelo em pró das boas práticas para manutenção da paz social e da vida e, conseqüentemente pela não combinação

de álcool e volante presentes nas diversas campanhas governamentais e particulares. Contudo, ainda que em meio a críticas doutrinárias, o STF, num julgado mais recente, entendeu pela manutenção do dolo eventual no caso de homicídio em que o condutor se encontrava em estado de embriaguez. Vale salientar com outros aspectos foram considerados para a imputação do dolo como o fato de dirigir em alta velocidade, pela contramão de direção, conforme é possível verificar baixo e conforme acórdão completo no anexo A:

Ementa: HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DENÚNCIA POR HOMICÍDIO DOLOSO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITO CULPOSO. EXAME DO ELEMENTO SUBJETIVO. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA VIA. NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO INICIAL PELO JUÍZO COMPETENTE. TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM DENEGADA. 1. Apresentada denúncia por homicídio na condução de veículo automotor, na modalidade de dolo eventual, havendo indícios mínimos que apontem para o elemento subjetivo descrito, tal qual a embriaguez ao volante, a alta velocidade e o acesso à via pela contramão, não há que se falar em imediata desclassificação para crime culposo antes da análise a ser perquirida pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri [...] (BRASIL, 2016).

HC 121654, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 18-10-2016 PUBLIC 19-10-2016)

Na ocasião, o Ministro Luís Roberto Barroso reiterou acerca da importância da prevenção quanto às condutas tipificadas como crime no CTB. Contudo, salientou quanto à função também preventiva exercida pelo Tribunal de Júri. Neste caso, as circunstâncias que ora antecipara ocorrência do homicídio, conforme havia predito o professor Damásio (JESUS, 2011), levaram a 1ª Turma a concluir que o somatório da conduta de embriaguez e o excesso de velocidade culminou na configuração do dolo eventual. Assim, contrariou a supracitada decisão à teoria do consentimento adotada pela legislação penal, tendo em vista a falta de preenchimento do elemento volitivo do agente.

Ainda sustentando decisão favorável quanto a aceitação do dolo eventual em virtude do uso do álcool por parte do motorista, o STF, conforme pode ser verificado abaixo e no anexo A, assim também decidiu:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA.

ORDEM DENEGADA. [...] naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual. IV - Habeas Corpus denegado (BRASIL, 2013).

(STF - HC: 115352 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)

O ministro denegou a ordem, reconhecendo o dolo em decorrência da comprovação da *actio libera in causa* acatada pelo Tribunal de Júri. É, contudo, possível perceber que em ambos os casos foram constadas outras condutas agregadas à embriaguez ao volante, como a velocidade excessiva e condução pela contramão da via. Tem, porém, o fator embriaguez, sido fortemente utilizado para sustentação de decisões interlocutórias nos casos de homicídios de trânsito.

Em momento anterior, havia o STF acatado a desclassificação do crime de embriaguez do tipo doloso para o tipo culposo, sob o argumento de que apenas a embriaguez preordenada, no intuito de encorajamento para o cometimento do crime, poderia acarretar ao crime o caráter doloso (Acórdão completo no anexo A):

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. [...] 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte.[...] § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato [...] (BRASIL, 2011).

(STF - HC: 107801 SP, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011)

Neste sentido, já decidira também o STJ há alguns anos pela manutenção do homicídio culposo em caso de homicídio decorrente de embriaguez ao volante, tendo em vista ser a embriaguez a única base levantada para a caracterização do dolo (Acórdão completo no anexo B):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. HOMICÍDIO. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. DOLO EVENTUAL. AFERIÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. 2. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em delitos de trânsito, não é possível a conclusão automática de ocorrência de dolo eventual apenas com base em embriaguez do agente. Sendo os crimes de trânsito em regra culposos, impõe-se a indicação de elementos concretos dos autos que indiquem o oposto, demonstrando que o agente tenha assumido o risco do advento do dano, em flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado [...] (BRASIL, 2009)

(STJ - HC: 58826 RS 2006/0099967-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 29/06/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 08/09/2009)

Contudo, em posicionamento semelhante ao do STF, o STJ já se manifestara em favor da manutenção do dolo eventual em caso que a embriaguez foi somada a outros aspectos flagrados na dirigibilidade do motorista como a direção pela contramão em local de grande fluxo (o Acórdão completo encontra-se no anexo B):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO E LESÕES CORPORAIS (POR CINCO VEZES) NA DIREÇÃO DE VEÍCULOS E ART. 305 DO CTB. PRETENDIDA IMPRONÚNCIA. DOLO EVENTUAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS SUPOSTAMENTE VIOLADOS. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DO ENUNCIADO N.º 284 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...]1. O acórdão recorrido vai ao encontro de jurisprudência assente desta Corte Superior no sentido de que, havendo elementos nos autos que, a princípio, podem configurar o dolo eventual, como in casu (presença de embriaguez ao volante, direção em ziguezague e na contramão, em rodovia federal de intenso movimento) [...] (BRASIL, 2017)

(AgRg no AREsp 965.572/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 19/05/2017).

Em mais uma ocasião, ainda decidida pelo STJ, percebe-se que, a conduta de embriaguez, quando combinada com outras ações vedadas pela legislação de trânsito que potencializam os riscos de acidente, tem sido amplamente acatada como elemento preponderante e suficiente para a configuração do dolo eventual (o Acórdão completo encontra-se no anexo B):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. HOMICÍDIO CONSUMADO E TENTADO. DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO. CRIMES DE TRÂNSITO. IMPOSSIBILIDADE. EMBRIAGUEZ. CONSTATAÇÃO TÉCNICA DO GRAU DE ALCOOLEMIA. OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE REVELAM A OCORRÊNCIA DE DOLO EVENTUAL. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. DILAÇÃO PROBATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. É admissível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual, a depender das circunstâncias concretas da conduta. 2. A questão relativa à incompatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, razão pela qual não pode ser examinada por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. 3. A embriaguez não foi a única circunstância externa configuradora do dolo

eventual. Assim, na espécie, a Corte de origem entendeu, com base nas provas dos autos, que "o recorrente não está sendo processado em razão de uma simples embriaguez ao volante da qual resultou uma morte, mas sim de dirigir em velocidade incompatível com o local, à noite, na contramão de direção em rodovia" (fl. 69). Tais circunstâncias indicam, em tese, terem sido os crimes praticados com dolo eventual. 4. Infirmar a conclusão alcançada pela Corte de origem demandaria dilação probatória, iniciativa inviável no âmbito desta ação constitucional. 5. Habeas Corpus não conhecido (BRASIL, 2016).

(STJ - HC 303.872/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017).

Portanto, os tribunais, mesmo em meio às críticas e divergências doutrinárias acerca a caracterização do dolo eventual nos homicídios de trânsito, têm acatado e reconhecido tal instituto com bastante recorrência, classificando o delito para a competência do Tribunal de Júri. Importante ressaltar que esta classificação do tipo doloso possui o condão de impor penalidade bem mais rígida aos acusados de homicídio de trânsito, tendo em vista as penalidades previstas para o crime de homicídio doloso no CPB.

4.3 Análise das decisões judiciais à luz da doutrina

Este posicionamento por parte dos tribunais certamente aquece as discussões doutrinárias que, em grande parte, diverge em entendimento por compreender que os acidentes de trânsito estão inseridos num contexto de imprevisibilidade, ainda que agregado a conduta de dirigir sob o efeito de álcool. Para muitos, agirá sempre com culpa o agente que provocar morte no trânsito em decorrência de sua irresponsabilidade, salvo caso em que a ingestão de álcool foi prerrogativa para encorajamento de conduta previamente pretendida.

Na visão de Rogério Greco:

Embora em alguns raros casos seja possível cogitar de dolo eventual em crimes de trânsito, não é pela conjugação da embriaguez com a velocidade excessiva que se pode chegar a essa conclusão, mas, sim, considerando o seu elemento anímico. Se mesmo antevendo como possível a ocorrência do resultado com ele não se importava, atua com dolo eventual; se, representando-o mentalmente, confiava sinceramente na sua não ocorrência, atua com culpa consciente. E, para arrematar, se ao final do processo pelo qual o motorista estava sendo processado por um crime doloso (com dolo eventual) houver dúvida com relação a este elemento subjetivo, deverá ser a infração penal desclassificada para aquela de natureza culposa, pois, *in dubio pro réu*, e não, como querem alguns, *in dubio pro societate* (GRECO, 2011, p. 208).

Segundo o autor, a fórmula somatória de embriaguez mais excesso de velocidade não pode configurar por si só a existência do dolo eventual, como tem ocorrido em algumas decisões judiciais. É necessário identificar a indiferença do agente quanto a ocorrência do resultado, de forma que caso esta não seja possível, deve o agente responder à título de culpa, conforme previsão legal do CTB.

Em que pese as divergências doutrinárias sobre a imputação do dolo eventual nos homicídios de trânsito, os julgados supracitados demonstram que os tribunais têm construído suas decisões priorizando o princípio *in dubio pro societate*, buscando atender de forma imediata os reclames da sociedade. As decisões indicam que o dolo eventual é facilmente acatado pelos Tribunais quando há a combinação da embriaguez por parte do condutor com outras condutas inerentes a dirigibilidade como a velocidade, a direção na contramão e outras condutas do tipo.

Assim, parece os Tribunais distarem da preocupação quanto ao elemento volitivo do agente, de forma que a busca pela sua indiferença quanto ao resultado tem ocorrido de forma superficial. As decisões estão pautadas muitas vezes em mera constatação do comprometimento da capacidade psicomotora, sendo que esta decorre do uso do álcool. Em outras palavras, a embriaguez acaba por, ainda que indiretamente, sendo o motivo para submeter o condutor infrator ao Tribunal de Júri, visto que condutas como zigzague ou dirigir pela contramão podem ser reflexos dos efeitos do álcool.

Há, portanto, uma banalização do instituto do dolo eventual nos homicídios de trânsito, que vem sendo enxergado em face de somatório de condutas irregulares com a ingestão de álcool, sendo desconsiderado, para tanto, a devida investigação da vontade do agente e/ou a sua aceitação quanto a ocorrência do dano.

Ademais, tem parte neste imbróglio jurídico o legislador, pois, apesar de muitas alterações na legislação de trânsito, se eximiu de imputar maior rigidez aos crimes cometidos por condutores embriagados. A discrepância entre as punições previstas no CTB e o retrato da violência no trânsito brasileiro certamente contribui para a sensação de impunidade da sociedade e, conseqüentemente, para a forçada distorção da atuação dos tribunais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento deste estudo possibilitou uma análise panorâmica de como os tribunais superiores têm absorvido o clamor popular sobre os homicídios de trânsito, sobretudo, aqueles que decorrem do uso de álcool ou substância de efeitos análogos antes de dirigir, e dessa forma, contrariando muitas vezes a doutrina concernente aos institutos estudados. Além disso, permitiu deduzir acerca da necessidade de se desenvolver maior equilíbrio entre as necessidades da sociedade e o posicionamento do legislador, de forma a responder em razoável proporção à pretensão de segurança daquela no âmbito do trânsito nacional.

Há uma dificuldade imensa de distinguir no caso prático o dolo eventual da culpa consciente, e falta de observação minuciosa da dogmática jurídica pode acarretar consequências sobremodo razoáveis, direcionando o julgamento do agente para o Tribunal de Júri, o que em regra poderá ocasionar uma penalidade muito além da prevista na legislação de trânsito. De modo geral, a doutrina se divide quanto a caracterização do dolo eventual nos crimes de trânsito, tendo em vista a dificuldade de mensuração do elemento volitivo do agente mediante o seu comprometimento da capacidade psicomotora antes de dirigir.

Em que pese as circunstâncias evolutivas do trânsito brasileiro e sua ascendência no número de acidentes e mortes ocasionadas por condutas inapropriadas e conscientemente ilegais no âmbito nacional, tem o legislador ao longo dos últimos anos buscado reformular a legislação especial no sentido de promover as devidas adequações ao cenário caótico do trânsito brasileiro. Todavia, à luz da sensação de impunidade da sociedade, agravado pela veiculação desta violência nos meios de comunicação, parece o legislador não ter conseguido tratar de forma eficiente e satisfatória os crimes cometidos ao volante dos veículos automotores.

Os tribunais claramente têm acatado com certa facilidade o instituto do dolo eventual nos crimes de trânsito, sobretudo quando estes envolvem combinação de embriaguez com outros aspectos como o excesso de velocidade. Desta forma, o poder judiciário tem valorizado o elemento cognitivo da ação, atribuindo grande importância à presunção do resultado. Contudo, parece ter minimizado a importância do elemento volitivo do agente, vez que este, muitas vezes não configurado, tem sido desconsiderado para efeitos de desclassificação do crime para a modalidade culposa.

Esta ascensão dos casos dolosos em meio às mortes provocadas no trânsito tem sido fruto de grande influência da opinião popular sobre os tribunais. Há um sentimento de emergência de punição para estes casos explorados pelos meios de comunicação e, conseqüentemente, adotados pela sociedade. Assim, acarretam estes fatores em uma política expansionista por parte dos tribunais.

A análise doutrinária sobre a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente proporcionou melhor compreensão destes institutos e sua aplicabilidade aos casos de homicídios de trânsito. Percebe-se que, contudo, que persiste a dificuldade doutrinária e, conseqüentemente, jurisprudencial, de elencar elementos no âmbito da conduta lesiva ao volante que permitam uma imputação objetiva do dolo eventual. Está longe a doutrina de caminhar no sentido de unificar a compreensão acerca da aplicação do instituto nos crimes de trânsito.

A avaliação da origem do problema dos acidentes e das mortes no trânsito evidenciaram a falta de sintonia entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. O primeiro parece dispor de dificuldades para agregar a norma à necessidade da sociedade. Realizou diversas alterações num curto espaço de tempo na tentativa de prover maior rigor contra às condutas conhecidamente ilícitas no trânsito. Contudo, não obteve êxito quanto a pacificação da jurisprudência tendo em vista o posicionamento dos tribunais que ignoraram a legislação especial e recorrem à legislação geral.

A averiguação do posicionamento jurisprudencial sobre casos de homicídios de trânsito ocasionados em decorrência da ingestão de álcool ao volante se demonstrou importante no sentido de apresentar o emergente posicionamento dos tribunais que, em meio a divergência doutrinária acerca do dolo eventual e da culpa consciente, tem acatado com certa facilidade a imputação do tipo doloso. Tem os tribunais compreendido a necessidade de penalizar de forma mais rigorosa, remediando o tratamento mais brando previsto na legislação de trânsito, através da imputação do dolo nos casos em que as circunstâncias anteriores ao resultado demonstram grande irresponsabilidade por parte do condutor.

Dada a relevância do tema, torna-se interessante o desenvolvimento de novos projetos que visualizem o estudo de majoração das penas previstas no Código de Trânsito Brasileiro, ainda que o legislador persista na manutenção da modalidade culposa. Uma real majoração das penas previstas no CTB para os homicídios

cometidos em decorrência do uso de álcool, tendo em vista que se trata de causa conhecida de mortes, poderia minimizar os clamores da sociedade neste sentido.

Desta forma, o estudo da aplicação jurisprudencial do dolo eventual nos crimes de trânsito decorrentes de embriaguez ao volante proporciona uma reflexão acerca da necessidade de real e contemporânea atualização da legislação de trânsito no sentido de promover real sensação de segurança à sociedade. Ao mesmo tempo, proporciona o pensamento sobre a possibilidade de cometimento de injustiça por parte dos tribunais ao adotar o dolo eventual mediante a dúvida da existência da vontade indiferente do agente.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, S. M. D. **Comportamentos de risco para acidentes de trânsito: um inquérito entre estudantes de medicina na região sul do Brasil**. Revista da Associação Médica Brasileira, São Paulo, v. 49, 2003. ISSN 4.
- ANDRADE, S. M. D.; JORGE, M. H. P. D. M. **Características das vítimas por acidentes de transporte terrestre em município da Região Sul do Brasil**. Revista Saúde Pública, São Paulo, v. 34, 2000. ISSN 2.
- ARAÚJO JR, M. A. **Leis Penais Especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, 2013.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS FABRICANTES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES ANFAVEA. **Anuário da Indústria Automobilística Brasileira**. São Paulo: [s.n.], 2007.
- BASTOS JUNIOR, E. J. D. **Código Penal em Exemplos Práticos**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- BETTIOL, G. **Direito Penal - Parte Geral**. Campinas: Red Livros, 2000. 789 p.
- BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000.
- _____. **Novas Penas Alternativas. Análise Político-Criminal da Lei nº 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRANCO, M.; BEKESAS, M. C. M. **A segurança nas rodovias**. Brasil Engenharia, São Paulo, n. 542, 1999.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**, 7 set 1940.
- _____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**, 26 setembro 1995.
- _____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**, 23 set 1997.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 303.872/SP**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017), 15 dezembro 2016. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433538305/habeas-corpus-hc-303872-sp-2014-0230430-5/inteiro-teor-433538315?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 outubro 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **STJ - AgRg no AREsp: 965572 RS 2016/0210743-0**, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 09/05/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2017, 09 maio 2017.

Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/463903315/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-965572-rs-2016-0210743-0/inteiro-teor-463903328?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 outubro 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **STJ - HC: 58826 RS 2006/0099967-9**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 29/06/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 08/09/2009, 29 junho 2009.

Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6060293/habeas-corpus-hc-58826-rs-2006-0099967-9/inteiro-teor-12192509>>. Acesso em: 07 outubro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 107801 SP**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011, 06 setembro 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621651/habeas-corpus-hc-107801-sp-stf>>. Acesso em: 18 outubro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 115352 DF**, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, 16 abril 2013.

Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23110860/habeas-corpus-hc-115352-df-stf>>. Acesso em: 17 outubro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 121654 MG**, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 18-10-2016 PUBLIC 19-10-2016, 21 junho 2016. Disponível em: <Disponível em

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25215265/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-121654-mg-stf>>. Acesso em: 17 outubro 2017.

BRUNO, A. **Direito Penal - Parte Geral**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 255-358 p.

BRUNS, C. B. **Curso de Formação de Condutores**. 15ª. ed. Curitiba: Tecnodata, 2005.

CABETTE, E. L. S. **Lei 12.971/14 e suas alterações na parte penal do Código de Trânsito Brasileiro: O ápice da insanidade na legislação pátria**. Jus Brasil, 2014. Disponível em: <jusbrasil.com.br/artigos/150396578/lei-12971-14-e-suas-alteracoes-na-parte-penal-do-codigo-de-transito-brasileiro-oapice-da-insanidade-na-legislacao-patria>. Acesso em: 10 agosto 2017.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDE, F. M. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CORREA, F. D. M. **A banalização do dolo eventual**. Jus Brasil, 2012. Disponível em: <<https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941322/a-banalizacao-do-dolo-eventual?ref=home>>. Acesso em: 17 outubro 2017.

ENOKI, S. C. **Publicidade de automóveis no contexto da educação para o trânsito**. Unniversidade de Brasília. Brasília. 2004.

FONSECA, J. G. D. **A nova Lei Seca e o crime de perigo abstrato**. Jus Navegandi, fevereiro 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23762/a-nova-lei-seca-e-o-crime-de-perigo-abstrato>>. Acesso em: 19 setembro 2017.

GOMES, L. F. **Criminologia midiática e os exageros da nova lei seca**. Olhar Jurídico, 15 fevereiro 2013. Disponível em: <<http://www.olhardireto.com.br/juridico/artigos/exibir.asp?artigo=criminologia-midiatica-e-os-exageros-da-nova-lei-seca&id=232>>. Acesso em: 15 setembro 2017.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10ª. ed. Niterói: Impetus, v. 1, 2008.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19^a. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2017.

_____. **Os absurdos da Lei nº 12.971**, de 9 de maio de 2014. Impetus.com, 29 maio 2014. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/786/os-absurdos-da-lei-n-12971-de-9-de-maio-de-2014>>. Acesso em: 18 agosto 2017.

GULLI, V. J. **Dirigir embriagado: umma conduta, várias consequências**. Jus.com, ' 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21122/dirigir-embriagado-uma-conduta-varias-consequencias>>. Acesso em: 18 outubro 2017.

HOFFMAN, H.; CRUZ, R. M.; ALCHIERI, J. C. **Comportamento humano no trânsito**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

HONORATO, C. M. **Trânsito, infrações e crimes**. Campinas: Millenium, 2000. 604 p.

JESUS, D. E. **Código Penal anotado**. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Crimes de Trânsito: Anotações à Parte Criminal do Trânsito**. 8^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Penal - Parte Geral**. 28^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, v. 32^a, 2011.

MARIN, L.; QUEIROZ, M. S. **A atualidade dos acidentes de trânsito na era da velocidade: uma visão geral**. Campinas: Cadernos de Saúde Pública, v. 16, 2000.

MASSON, C. **Direito Penal esquematizado: Parte Geral**. 3^a. ed. São Paulo: Método, 2010.

MEZGER, E. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de Arturo Rodriguez MUÑOZ. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

MIRABETE, J. **Manual de Direito Penal**. 24^a. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2008.

NACIF, E. R. **A mídia e o Processo Penal**. Observatório da Imprensa, 28 dezembro 2010. Disponível em: <<http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/a-midia-e-o-processo-penal-23316/>>. Acesso em: 30 outubro 2017.

NASCIMENTO, F. G. D. **Direito de Trânsito**. São Paulo: J Oliveira, 1999. 148 p.

NOGUEIRA, F. C. D. B. **Crimes do Código de Trânsito**. 2ª. ed. Leme: JH Mizuno, 2009.

NUCCI, G. D. S. **Código Penal Comentado**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Manual de Direito Penal**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 6ª. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, A. A. D. **Nova Lei Seca: corrigiram-se afinal os equívocos da lei anterior?** Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12662>. Acesso em: 10 setembro 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Década de ação pelo trânsito seguro**. nacoesunidas.org, 11 maio 2011. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/decada-de-acao-pela-seguranca-no-transito-2011-2020-e-lancada-oficialmente-hoje-11-em-todo-o-mundo>>. Acesso em: 17 outubro 2017.

PIERANGELI, J. H. **Morte no trânsito : culpa consciente ou dolo eventual?** BDJur, dezembro 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26014>>. Acesso em: 15 agosto 2017.

RIZZARDO, A. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANNINI NETO, F.; CABETTE, E. L. S. **Lei nº 12.760/2012: a nova Lei Seca**. Jus.com, dezembro 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23321/lei-n-12-760-2012-a-nova-lei-seca>>. Acesso em: 20 setembro 2017.

SAUER, M. T. N.; WAGNER, M. B. **Acidentes de trânsito fatais e sua associação com a taxa de mortalidade infantil e adolescência**. Rio de Janeiro: Cadernos de Saúde Pública, v. 19, 2003.

SMANIO, G. P.; MORAES, A. D. **Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOARES, F. P. D. P.; BARROS, M. B. D. A. **Fatores associados ao risco de internação por acidentes de trânsito no Município de Maringá-PR.** São Paulo: Epidemiol, v. 9, 2006.

TÉCNICAS, A. B. D. N. **TÍTULO: SUBTÍTULO >> NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos.** Rio de Janeiro. 2002.

WELZEL, H. **Derecho Penal Aleman.** Tradução de Juán Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

WUNDERLICH, A. **O dolo eventual nos homicídios de trânsito: Uma tentativa frustrada.** Jus.com, 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1732/o-dolo-eventual-nos-homicidios-de-transito/1>>. Acesso em: 18 outubro 2017.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal brasileiro.** 6^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANEXO A – Acórdãos na íntegra (STF)

Ementa: HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DENÚNCIA POR HOMICÍDIO DOLOSO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITO CULPOSO. EXAME DO ELEMENTO SUBJETIVO. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA VIA. NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO INICIAL PELO JUÍZO COMPETENTE. TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM DENEGADA. 1. Apresentada denúncia por homicídio na condução de veículo automotor, na modalidade de dolo eventual, havendo indícios mínimos que apontem para o elemento subjetivo descrito, tal qual a embriaguez ao volante, a alta velocidade e o acesso à via pela contramão, não há que se falar em imediata desclassificação para crime culposo antes da análise a ser perquirida pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. 2. O enfrentamento acerca do elemento subjetivo do delito de homicídio demanda profunda análise fático-probatória, o que, nessa medida, é inalcançável em sede de habeas corpus. 3. Ordem denegada, revogando-se a liminar anteriormente deferida. (HC 121654, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 18-10-2016 PUBLIC 19-10-2016).

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente aqui suscitadas – o Tribunal do Júri - concluiu pela prática do crime de homicídio com dolo eventual, de modo que não cabe a este Tribunal, na via estreita do habeas corpus, decidir de modo diverso. II - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do habeas corpus por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. III – Não tem aplicação o precedente invocado pela

defesa, qual seja, o HC 107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual. IV - Habeas Corpus denegado.

(STF - HC: 115352 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influenciando na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do *due process of law*, é reformável pela via do habeas corpus. 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte. 5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que “O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: 'A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º. Se a

embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato”. (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243) 6. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela *lex mitior*, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime sub judice e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP.

(STF - HC: 107801 SP, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011)

ANEXO B – Acórdãos na íntegra (STJ)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO E LESÕES CORPORAIS (POR CINCO VEZES) NA DIREÇÃO DE VEÍCULOS E ART. 305 DO CTB. PRETENDIDA IMPRONÚNCIA. DOLO EVENTUAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS SUPOSTAMENTE VIOLADOS. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DO ENUNCIADO N.º 284 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O recorrente, ao fundamentar a sua insurgência no artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, afastou-se da técnica necessária à admissibilidade do recurso especial, na medida em que se olvidou em indicar qual o dispositivo ou dispositivos de lei federal que reputou violados, limitando-se a argumentar que o dolo específico lhe teria sido atribuído tão somente em razão da constatação de sua embriaguez. 2. É cediço que a admissibilidade do recurso especial, seja ele interposto pela alínea a, seja pela alínea c, exige a clara indicação dos dispositivos supostamente violados, o que não se observou in casu, circunstância que atrai a incidência do Enunciado n.º 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO NOS TERMOS LEGAIS. 1. O conhecimento do recurso especial interposto pela alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração do dissídio jurisprudencial, nos termos do artigo 255, § 2.º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, com a redação vigente à época da interposição da insurgência. 2. Na espécie, deixou o recorrente de realizar o cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, destacando que foram adotadas soluções diversas em litígios semelhantes, sendo insuficiente a mera transcrição de excertos dos julgados apontados como paradigmas. DOLO EVENTUAL x CULPA CONSCIENTE. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. VEDAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. O acórdão recorrido vai ao encontro de jurisprudência assente desta Corte Superior no sentido de que, havendo elementos nos autos que, a princípio, podem configurar o dolo eventual, como in casu (presença de embriaguez ao volante, direção em ziguezague e na contramão, em rodovia federal de intenso movimento), o julgamento acerca da sua ocorrência ou da culpa consciente compete à Corte Popular, juiz natural da causa, de

acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal. 2. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 965.572/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 19/05/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. HOMICÍDIO CONSUMADO E TENTADO. DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO. CRIMES DE TRÂNSITO. IMPOSSIBILIDADE. EMBRIAGUEZ. CONSTATAÇÃO TÉCNICA DO GRAU DE ALCOOLEMIA. OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE REVELAM A OCORRÊNCIA DE DOLO EVENTUAL. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. DILAÇÃO PROBATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. É admissível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual, a depender das circunstâncias concretas da conduta. 2. A questão relativa à incompatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, razão pela qual não pode ser examinada por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

3. A embriaguez não foi a única circunstância externa configuradora do dolo eventual. Assim, na espécie, a Corte de origem entendeu, com base nas provas dos autos, que "o recorrente não está sendo processado em razão de uma simples embriaguez ao volante da qual resultou uma morte, mas sim de dirigir em velocidade incompatível com o local, à noite, na contramão de direção em rodovia" (fl. 69). Tais circunstâncias indicam, em tese, terem sido os crimes praticados com dolo eventual. 4. Infirmar a conclusão alcançada pela Corte de origem demandaria dilação probatória, iniciativa inviável no âmbito desta ação constitucional. 5. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 303.872/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. HOMICÍDIO. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. DOLO EVENTUAL. AFERIÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. 2. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em delitos de trânsito, não é

possível a conclusão automática de ocorrência de dolo eventual apenas com base em embriaguez do agente. Sendo os crimes de trânsito em regra culposos, impõe-se a indicação de elementos concretos dos autos que indiquem o oposto, demonstrando que o agente tenha assumido o risco do advento do dano, em flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado. 2. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado, manter a decisão do magistrado de origem, que desclassificou o delito para homicídio culposo e determinou a remessa dos autos para o juízo comum.

(STJ - HC: 58826 RS 2006/0099967-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 29/06/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 08/09/2009).